

MATERNITÀ SURROGATA TRA CONDOTTE OFF SHORE E DIRITTO PENALE OFF LIMIT (*)

di Giuseppe Losappio

SOMMARIO: 1. Dati positivi e *de jure condendo*. – 2. Costanti e variabili delle PP.DD.LL. – 3. L’incerta definizione dei soggetti che realizzano la surrogazione di maternità. La dimensione *de iure condito*. – 4. Segue. *Le prospettive de iure condendo*. – 5. La locuzione della PDL n. 342 «*Al fine di ostacolare qualunque pratica che possa configurarsi come traffico commerciale di bambini*» e la “favola” del movente solidaristico.

1. Dati positivi e *de jure condendo*.

| | |
|---|--|
| Art. 12, comma 6, l. n. 40 del 2004 (testo in vigore) | Proposte di riforma |
| Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro. | <p>PDL n. 342 del 14 ottobre 2022, XIX legislatura, primo firmatario On.le Candiani</p> <p>1. Dopo il comma 6 dell’articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, è inserito il seguente: «6-<i>bis</i>. Al fine di ostacolare qualunque pratica che possa configurarsi come traffico commerciale di bambini, è vietato accedere alla surrogazione di maternità all’estero. Al cittadino italiano che ricorre alla surrogazione di maternità all’estero si applicano le pene previste al comma 6».</p> |
| | <p>PDL n. 887 del 15 febbraio 2023, XIX legislatura, primo firmatario On.le Varchi</p> <p>1. Al comma 6 dell’articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, è aggiunto, in fine, il seguente periodo: «Le pene stabilite dal</p> |

(*)Testo dell’Audizione, in videoconferenza, nell’ambito dell’esame, in sede referente, delle proposte di legge C. 342 Candiani, C. 887 Varchi e C. 1026 Lupi recanti modifica all’articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all’estero da cittadino italiano – 3 maggio 2023

| | |
|--|---|
| | <p>presente comma si applicano anche se il fatto è commesso all'estero»</p> <p>PDL n. 1026 del 21 marzo 2023, XIX legislatura, primo firmatario On.le Lupi</p> <p>1. Al comma 6 dell'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, è aggiunto, in fine, il seguente periodo: «Le pene stabilite dal presente comma per la surrogazione di maternità si applicano altresì quando il fatto è commesso all'estero da cittadino italiano».</p> |
|--|---|

Muoviamo da una chiara individuazione dei dati positivi e *de iure condendo* con i quali dobbiamo confrontarci e ai quali cercherò di restare rigorosamente legato nel mio breve intervento.

Le tre Proposte di legge¹ che sono chiamato a commentare non pongono in discussione il divieto della maternità surrogata ma prospettano solo alcune modifiche dirette ad incidere prevalentemente anche se non esclusivamente sulla c.d. "legge penale nello spazio" del delitto previsto dal comma 6 dell'art. 12 della l. n. 40 del 2004.

In questa prospettiva, accenno soltanto a due fonti piuttosto remote nel tempo che, per un verso, hanno espresso il rischio di inefficacia di «ogni regolamentazione esclusivamente nazionale ... dal momento che ogni attività in materia potrebbe essere espletata in un altro paese» che preveda una medesima regolamentazione più permissiva (CE, rac. 1046 (1986), § 12), per l'altro, hanno sottolineato l'urgenza di creare «come condizione di garanzia una sede internazionale interdisciplinare» con il «compito di assicurare le convergenze delle azioni intraprese dalle istanze nazionali» e quindi «di evitare in tal modo che vengano a crearsi dei "rifugi genetici"» (CE, rac. 1100 (1989), all. 9, § 12). Va da sé che l'esistenza di una istanza di politico-legislativa di omogeneizzazione globale o perlomeno regionale delle regole relative alle pratiche di fecondazione assistita non implica affatto che qualunque soluzione sia valida e men che meno rappresenta un avallo alle soluzioni delle PP.DD.LL. in esame, che puntano tutto sulla risorsa penalistica che forse – anzi senza forse – è la meno spendibile nella prospettiva di una maggiore uniformità normativa delle TFA oltre i confini nazionali. Com'è stato incisivamente osservato si «vorrebbe istituire un "reato universale" in relazione a un fatto che non è universalmente

¹ Si tratta di testi che reiterano nella XIX proposte analoghe della XVIII: C. 306, presentata il 23 marzo 2018, prima firmataria On. le Meloni; C. 2599, presentata il 20 luglio 2020, prima firmataria On. le Carfagna. Su questi testi cfr. il commento di M. PELISSERO, [Surrogazione di maternità: la pretesa di un diritto punitivo universale. Osservazioni sulle proposte di legge n. 2599 \(Carfagna\) e 306 \(Meloni\), Camera dei deputati](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2021, p. 30. Per ulteriori analoghe iniziative de iure condendo nelle legislature precedenti T. TRINCHERA, *Limiti spaziali all'applicazione della legge penale italiana e maternità surrogata all'estero*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 1418, nota 36.

reato»². Al contrario di quello che sembra accennare il Dossier del Servizio Studi³, nulla rileva l'avvertenza della sentenza della Consulta n. 162 del 2014 secondo cui il divieto di «surrogazione di maternità», non è inciso dall'affermazione dell'incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa e conserva quindi «perdurante validità ed efficacia». La Corte, lungi dall'argomentare sulla legittimità dell'art. 12, comma 6, ha semplicemente osservato che questa disposizione era estranea all'oggetto della questione oggetto di cognizione. Il tema, del resto, non è l'opzione penale relativa al divieto di questa TFA, che può trovare una giustificazione sia nella Costituzione che nelle fonti internazionali. Il tema è la proiezione *off shore* della legge penale nazionale in una materia nella quale - nonostante l'esigenza di uniformità comunque avvertita - le fonti e la giurisprudenza internazionale riconoscono «un ampio margine di apprezzamento agli Stati nazionali, trattandosi di opzioni che implicano valutazioni etiche rimesse ai singoli ordinamenti»⁴; una proiezione *off limit*, dunque. È del tutto evidente che l'approccio delle PP.DD.LL. in esame ribalta quello che - in questa materia - sembra il rapporto ortodosso tra prospettive extraterritoriali e legge penale, perché non si desume dalle fonti internazionali la legittimazione dell'intervento punitivo ma si proiettano oltre i confini nazionali scelte di politica-criminale, fortemente legate ad una "necessità etica"⁵ (che non sembra trovare pieno riscontro nel sentire sociale) e non condivise a livello globale o perlomeno "regionale".

2. Costanti e variabili delle PP.DD.LL.

Ciò posto, mi sembra importante evidenziare che - sotto questo profilo mi discosto da alcune opinioni espresse nelle audizioni già svolte - non ritengo del tutto esatto affermare che i tre testi sono tendenzialmente sovrapponibili. Rilevo piuttosto alcune significative differenze soprattutto nella chiave dei canoni dell'ermeneutica penalistica e, a monte, delle istanze di precisione e chiarezza che pone la peculiare natura della norma penale.

Le PP.DD.LL nn. 342 e 1026 si riferiscono solo alla surrogazione di maternità mentre la P.D.L. n. 887 rinvia a tutte le condotte richiamate dall'art. 12, comma 6 e, quindi, non solo alla maternità surrogata ma anche la commercializzazione di gameti o di embrioni; le PP.DD.LL nn. 342 e 1026 circoscrivono solo al cittadino l'estensione della punibilità del fatto commesso all'estero mentre la P.D.L. n. 887 "parla" in termini assai più generici di fatto «commesso all'estero» non escludendo (in astratto) una vera e propria universalizzazione della norma penale nazionale che risulterebbe applicabile anche allo straniero che ha commesso il fatto al di fuori dei confini nazionali. E ancora:

² G.L. GATTA, [Surrogazione di maternità come "reato universale"? A proposito di tre proposte di legge all'esame del Parlamento](#), in questa Rivista, 2 maggio 2023, p. 2.

³ Camera dei deputati XIX LEGISLATURA Documentazione per l'esame di Progetti di legge: perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero AA.C. 342 e 887, 22 marzo 2023, n. 76.

⁴ M. PELISSERO, *Surrogazione di maternità*, cit., p. 31.

⁵ Ancora M. PELISSERO, op. cit., p. 38.

la formula della P.D.L. n. 342 – «al cittadino italiano che ricorre alla surrogazione di maternità all'estero si applicano le pene previste al comma 6» – in realtà introduce un elemento di disallineamento rispetto al dato testuale di quest'ultima disposizione che punisce chi realizza, organizza o pubblicizza la maternità surrogata.

In termini più schematici possiamo osservare che le variabili delle tre PP.DD.LL. riguardano tre aspetti.

| | | |
|----|--|--|
| 1) | Le PP.DD.LL n. 342 e 1026 le PP.DD.LL n. 342 e 1026 si riferiscono solo alla surrogazione di maternità mentre | La P.D.L. n. 887 rinvia anche alla commercializzazione di gameti o di embrioni |
| 2) | Le PP.DD.LL n. 342 e 1026 si riferiscono solo alla punizione del cittadino italiano che ha commesso il reato all'estero | La P.D.L. n. 887 potrebbe riguardare anche la punizione dello straniero che ha commesso il fatto al di fuori dei confini nazionali |
| 3) | La P.D.L. n. 342 sembra alludere ad una definizione delle condotte punibili all'estero differente, più ampia e comunque asimmetrica rispetto a quella del comma 6 in vigore. | |

Il primo profilo, nei limiti stabiliti dalla Consulta, non presenta aspetti di particolare criticità dal punto di vista della fondazione dell'opzione politico-criminale che trova un riscontro costante nei documenti internazionali, a partire dalla raccomandazione del Consiglio europeo n. 1046 del 1986 fino alla direttiva 2004/23/CE⁶. Sul secondo sono già ampiamente intervenuti i colleghi penalisti che mi hanno preceduto (Gatta, Pasculli, Pelissero, Ruga Riva). Il terzo, invece, pone una questione molto delicata che non mi sembra essere stata oggetto di approfondimento.

3. L'incerta definizione dei soggetti che realizzano la surrogazione di maternità. La dimensione *de iure condito*.

Per comprendere la reale portata del problema occorre prendere le mosse dalla disposizione dell'art. 12, comma 8, della l. n. 40 del 2004 che reca una clausola di non punibilità per l'uomo e la donna ai quali sono applicate le TFA nei casi di ricorso alle tecniche di procreazione assistita da parte di coppie i cui componenti non siano entrambi viventi o maggiorenni o coniugati o conviventi o di sesso diverso, ovvero di applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita in strutture diverse da quelle autorizzate. La stessa esclusione della punibilità non è espressamente prevista per la maternità surrogata poiché, a differenza dei cinque commi precedenti, il comma 6 dell'art. 12 che punisce appunto il c.d. utero in affitto non viene richiamato dalla

⁶ La Suprema Corte ha chiarito che «La l. n. 40 del 2004, art. 12, comma 6, all'esito della pronuncia della Corte costituzionale n. 162 del 2014, punisce chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza l'acquisizione di gameti in violazione dei principi di volontarietà e gratuità della donazione»: Cass. pen., Sez. III, 6 giugno 2019, depositata il 19 agosto 2019, n. 36221.

disposizione in esame (comma 8). Non si tratta, tuttavia, di un elemento risolutivo⁷. Come osserva il Dossier della Camera, la selezione dei possibili soggetti attivi del delitto è condizionata dalla accezione più o meno ampia che si attribuisce al concetto di “realizzazione di surrogazione di maternità”⁸. Accogliendo una nozione restrittiva⁹, autori del reato sarebbero “esclusivamente” il medico che realizza l’intervento ed eventualmente gli altri soggetti che partecipano alla procedura che si completa con la consegna del neonato ai committenti: tutti o meno, ovvero anche la madre surrogata, l’eventuale donatrice dell’oocita o del seme, dipende da complesse considerazioni ermeneutiche che esulano dal contesto di questo intervento. La questione ben avvertita dalla letteratura penalistica è stata del tutto pretermessa dalle poche sentenze che si sono occupate del delitto previsto dall’art. 12, comma 6. In nessun caso la punibilità dei genitori di intenzione è stata posta in discussione¹⁰. Vero è, tuttavia, che il verbo realizzare, con il quale viene descritta la condotta di surrogazione punibile, non sembra per nulla riferibile al comportamento della coppia o comunque del soggetto “committente” i quali tutto fanno, fuorché “realizzare” la maternità surrogata (anzi

⁷ In tal senso, invece, M. PELISSERO, op. cit., p. 33: «A mio avviso, la responsabilità penale dei committenti trova un solido fondamento normativo nell’art. 12, comma 8 l. 40/2004, che escluda la responsabilità dell’uomo e della donna ai quali sono applicate le tecniche di procreazione medicalmente assistita nei casi di cui ai commi 1, 2, 4 e 5 dello stesso articolo: la mancata menzione del sesto comma, che contempla la surrogazione di maternità, rappresenta un chiaro indicatore della *voluntas legis* di coinvolgere anche i committenti, e poco importa, ai fini dei rilievi sulle due proposte, che ciò avvenga considerandoli destinatari diretti del precetto o concorrenti atipici nella condotta di realizzazione». All’opposto è stato osservato che «tra le ipotesi espressamente incluse nella lettera della disposizione non rientra la surrogazione di maternità di cui al comma 6, alla quale, peraltro, si ritiene che la causa di non punibilità non potrebbe applicarsi neanche analogicamente: l’esimente dunque non vale (oltre che, chiaramente, per i coniugi committenti) né per la madre surrogata, né per chi dona il seme o l’ovulo, sebbene questi si possano entrambi considerare soggetti “ai quali sono applicate” tecniche di PMA, e possano dunque, almeno la prima, considerarsi come sottoposti a sofferenze fisiche e psichiche per il fatto di subire l’applicazione della tecnica. Se sono punibili, deve dunque essere per ragioni diverse da questo fatto: ossia, per ragioni diverse dal loro “concorrere” – ex art. 110 c.p. – nell’esecuzione del trattamento da parte del (personale) medico; e dunque, piuttosto, per ragioni che abbiano invece a che fare con il loro contributo nel dar forma a quelle sovrastrutture semantiche, grazie alle quali una surrogazione di maternità spicca come cosa diversa da una “comune” fecondazione artificiale»: A. SPENA, *Una storia semplice? Surrogazioni, alterazioni, falsificazioni* (nota a Trib. Pisa, 15 aprile 2015, n. 687115), in *Riv. it. med. leg.*, 2015, pp. 1549-1550.

⁸ Camera dei deputati XIX LEGISLATURA *Documentazione per l’esame di Progetti di legge: perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all’estero* AA.C. 342 e 887, 22 marzo 2023, n. 76.

⁹ Per un primo fugace cenno a questa impostazione sia consentito rinviare a G. LOSAPPIO, *Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40, Norme in materia di procreazione assistita*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di F. PALAZZO, C.E. PALIERO, II ed., Padova, Cedam, 2007, p. 2062.

¹⁰ Cass. pen., sez. VI, 11 novembre 2015, depositata il 26 febbraio 2016, n. 8060; Cass. pen., Sez. V, Sent., 10 marzo 2016, depositata il 5 aprile 2016, n. 13525, in *Dir. pen. proc.*, 2016, pp. 1085 ss., con nota di A. MADEO, *La Cassazione interviene sulla rilevanza penale della surrogazione di maternità*; Cass. civ., Sez. I, Sentenza, 21 giugno 2016, depositata il 30 settembre 2016, n. 19599; Cass., sez. VI pen., 11 ottobre 2016 (dep. 17 novembre 2016), n. 48696, in *Cass. pen.*, 2017, pp. 1358 s. con nota di D. PULITANÒ, *Surrogazione di maternità all’estero. Problemi penalistici*; *ivi*, p. 2746 ss., con nota di A. CHIBELLI, *La maternità surrogata e il diritto penale: l’intervento della Corte di cassazione*; in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 896 ss., con nota di A. VALLINI, *La schiava di Abramo, il giudizio di Salomone e una clinica di Kiev: contorni sociali, penali e geografici della gestazione per altri*; Cass. pen., Sez. II, Sent., 19 dicembre 2019, depositata il 7 febbraio 2020, n. 5198.

accedono alla surroga proprio perché non sono in condizione di realizzare da sé la gravidanza). Per tale ragione è perlomeno molto dubbio che il reato dell'art. 12, comma 6, sia applicabile alla coppia o al single "locatari". Né, una volta accolta la tesi restrittiva, all'estensione della responsabilità penale nei loro confronti si potrebbe arrivare contestando il concorso. Condivido l'osservazione che la coppia o il committente sono sì soggetti necessari del fatto ma diversi dall'autore della condotta definita dal legislatore e quindi non possono essere chiamati a risponderne ex art. 110 c.p. Vale in tal senso l'argomento che il legislatore pur non potendo non avere considerato il comportamento dei genitori di intenzione nella fattispecie non ha ritenuto di estendere anche ad essi la tipicità, manifestando «una precisa volontà politico-criminale nel senso della loro non punibilità»¹¹. La formulazione della P.D.L. n. 342, invece, intende inequivocabilmente prevedere la punizione dei soggetti che accedono alla maternità surrogata all'estero con il risultato paradossale che, se fosse accolta l'interpretazione restrittiva appena ipotizzata, questa condotta non sarebbe punibile in Italia mentre lo sarebbe al di fuori dei confini nazionali.

4. Segue. *Le prospettive de iure condendo.*

S'impone, pertanto, un chiarimento di entrambe le formule che, per un verso, elimini i margini di incertezza della prima (ovvero quella vigente dell'art. 12, comma 6), per l'altro, non introduca lo scenario appena delineato, in palese contrasto con l'art. 3 della Costituzione.

La cruna dell'ago sono le valutazioni relative alla scelta di punire (o meno) la coppia o il committente della surrogazione di maternità, sia nell'ipotesi che la gravidanza abbia successo e, quindi, sia nato il bambino, sia nell'ipotesi che la TFA non abbia un esito positivo.

La prospettazione della soluzione delle due questioni non può prescindere da una sia pure sintetica premessa sulle coordinate costituzionali del rapporto diritto penale e bioetica, biodiritto in particolare:

- le pene comportano maggiori costi in termini di sacrifici dei diritti umani rispetto a qualsiasi altra conseguenza giuridica di carattere sanzionatorio e anche per questo la legittimazione dell'opzione penale non può prescindere del tutto dal riferimento ai valori fondamentali della società;
- l'intersezione tra laicità e democrazia nel contesto della cornice costituzionale implica che il consenso può partecipare alla selezione di questi valori ma nei limiti appunto del principio di laicità che non permette di punire (o non punire) un determinato comportamento solo perché corrisponde ad un certo quadro di idee o di credenze anche se queste fossero sorrette dall'opinione favorevole di una maggioranza sia pure plebiscitaria. Difficile sottrarsi alla suggestione di citare Sciascia: la giustizia penale, «sempre» e «dovunque»

¹¹ A. SPENA, *Una storia semplice?*, cit., p. 1549.

terrificante, lo è «specialmente quando fedi, credenze, superstizioni, ragioni di Stato o ragioni di fazione la dominano o si insinuano»¹².

- La natura stessa dei problemi della bioetica espone l'opzione penale all'osmosi che questi stessi problemi vivono con la morale e la religione e, quindi, è intrinsecamente in attrito con il principio di laicità.
- Sembra per ciò solo preferibile un atteggiamento – come dire astensionista – di rinuncia alla sanzione penale, salvo che l'estrema gravità dell'offesa (desumibile per esempio dall'univoca “condanna” di un evento o di una pratica di TFA nei documenti internazionali) giustifichi una soluzione differente sempre che – occorre ribadire – la coincidenza tra l'opzione penale e il valore iscritto nel firmamento di una morale o di una religione sia solo occasionale, ovverosia, nel senso che non si punisce l'offesa perché corrisponde ad un quadro di idee o di credenze ma si punisce l'offesa che trova altrimenti il proprio fondamento nonostante coincida con una fede o una morale.

È persino scontato osservare che l'astensione dalla sanzione penale non significa affatto rinunciare ad altre forme di regolamentazione, soprattutto in chiave di *soft law* che, in assenza di elementi stigmatizzanti, possono “dialogare” con maggiore “disinvoltura” con le opzioni morali e di fede presenti nella società.

Alla luce di questa premessa, valorizzando gli elementi comuni dei pur poliedrici insegnamenti delle SS.UU. Civili¹³, della Corte Europea dei diritti dell'uomo¹⁴ e della Consulta¹⁵, le direttrici dell'(eventuale) riforma dovrebbero essere tre.

La politica criminale in materia di maternità surrogata deve manifestarsi come espressione coerente dell'«imprescindibile necessità di assicurare il rispetto dei diritti dei minori» che fa carico al legislatore della «indifferibile individuazione delle soluzioni in grado di porre rimedio all'attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore».

Le Corti, tuttavia, escludono “tirannie” valoriali. Dev'essere chiaro, quindi, che non è in discussione la legittimità della scelta politico-legislativa di disincentivare la surrogazione di maternità. In funzione di questo obiettivo l'art. 12, comma 6, già colpisce le condotte – di organizzazione e pubblicizzazione – che fungono da vettore di queste TFA, cui (a differenza della scelta della *surrogate mother*, che può ben essere – e talvolta – è altruistica) non sono quasi mai estranee finalità economiche, obiettivi di profitto. Il magistero punitivo sotto questo versante potrebbe essere “rafforzato” estendendo anche al delitto in esame la responsabilità da reato degli enti ex d.lgs. n. 231 del 2001. In questa prospettiva, un'osservazione più attenta della realtà potrebbe condurre alla conclusione che non occorre dilatare oltre i confini nazionali l'ambito di applicazione della legge penale perché nella pressoché assoluta totalità dei casi le condotte di organizzazione e pubblicizzazione delle strutture che praticano la maternità surrogata sono almeno in

¹² L. SCIASCIA, *La strega e il capitano*, Milano, Bompiani, 1986, p. 26.

¹³ Cass. civ., Sez. Unite, 8 novembre 2022 (depositata il 30 dicembre 2022), n. 38162.

¹⁴ Corte europea diritti dell'uomo, 18 maggio 2021, n. 71552.

¹⁵ Corte cost., Sent., 27 gennaio 2021 (depositata il 9 marzo 2021), n. 33.

parte commesse in Italia e, per ciò solo, sono già soggette all'applicazione della legge italiana in forza dell'art. 6, comma 2, per effetto del quale «*il reato si considera commesso nel territorio dello Stato, quando l'azione o l'omissione, che lo costituisce, è ivi avvenuta in tutto o in parte*». Non è decisivo in senso contrario l'argomento dell'isolata sentenza che ha escluso di considerare commessa nel territorio italiano la surrogazione di maternità eseguita all'estero su mandato di due italiani che nel nostro paese si erano limitati a richiedere informazioni¹⁶ all'organizzazione che avrebbe realizzato *off shore* la TFA. All'opposto queste condotte dell'ente e dei suoi esponenti manifestano sicuramente una modalità organizzativa della maternità surrogata e, ai sensi dell'art. 6 c.p., ricadono nella giurisdizione dello stato italiano.

Se l'interesse del minore non è assoluto (tanto da non giustificare di per sé il riconoscimento della genitorialità intenzionale), in ogni caso, prevale rispetto alla pur legittima finalità di disincentivazione del ricorso alla surrogazione di maternità. Il bilanciamento, pur necessario, non deve mai tradursi in una soluzione che non assicuri la piena tutela del minore, obiettivo che – secondo la Corte Costituzionale – non può essere soddisfatto nemmeno dalle ipotesi dell'adozione in casi particolari (c.d. “non legittimante”), prevista dall'art. 44, comma 1, lett. d), della legge n. 184 del 1983. Nel caso la TFA abbia successo, rispetto a questa esigenza la punizione del genitore intenzionale appare davvero disfunzionale. È un dato di realismo considerare che la sovrapposizione tra una vicenda riproduttiva così peculiare e l'accusa se non la condanna in sede penale della coppia o del committente costituisce un fattore di aggravamento del rischio di sequele negative a carico del figlio di intenzione. Detto un po' rozzamente, che un figlio possa essere considerato “corpo del reato”. Se tra le ragioni spesso addotte a sostegno della incriminazione della maternità surrogata si spendono i “danni psichici ed esistenziali” a carico del figlio¹⁷, che, in realtà, sono privi di un chiaro e riconosciuto fondamento empirico, a maggior ragione il rischio ampiamente validato dalle scienze pediatriche di vittimizzazione secondaria del figlio di un imputato dovrebbero imporre il massimo *self restraint*. Esclusa la punibilità in questo caso, la stessa conclusione dev'essere formulata per l'ipotesi che la TFA non abbia successo per due ragioni: il principio di uguaglianza non potrebbe in nessun caso giustificare un trattamento sanzionatorio differente; una sorta di *ne bis in idem praeter-sostanziale* perché sarebbe ingiusto punire la coppia o il committente che hanno già dovuto sopportare la delusione e persino il dolore del fallimento del loro progetto procreativo (volendo – con la dovuta cautela e forse un indebito cedimento al gusto discutibile della citazione dotta – si potrebbe evocare la lettera a Lucilio di Seneca: *scelere in sceleris supplicium est*).

¹⁶ Cass. pen., Sez. II, Sent., 19 dicembre 2019, depositata il 7 febbraio 2020, n. 5198.

¹⁷ Cfr. A. VALLINI, *La schiava di Abramo*, cit., p. 904.

5. La locuzione della PDL n. 342 «Al fine di ostacolare qualunque pratica che possa configurarsi come traffico commerciale di bambini» e la “favola” del movente solidaristico.

Una considerazione a parte merita la locuzione della PDL n. 342 «Al fine di ostacolare qualunque pratica che possa configurarsi come traffico commerciale di bambini» che riversa (impropriamente) sulla norma una motivazione del procedimento legislativo (che in quella sede doveva restare confinata) di carattere meramente declamatorio perché non sembra in alcun modo incidere sul profilo della fattispecie. È da escludere, infatti, che si tratti di un elemento riferibile al dolo. Difficile anche cogliere una correlazione con i profili oggettivi tipicità perché nulla lascia intendere che l'applicazione della norma debba essere subordinata alla verifica di un qualche collegamento tra la condotta e un traffico commerciale di bambini. In altri termini, pare da escludere che la formulazione letterale possa (nell'ipotesi – è ovvio – che la proposta approdi al diritto positivo) chiamare il giudice ad accertare l'oggettiva correlazione tra la maternità surrogata e le condotte dell'art. 601, co 2., c.p. Non sembra nemmeno plausibile l'ipotesi che questa locuzione offra un'indicazione relativa all'oggetto di tutela della disposizione, sia perché l'orizzonte di tutela slitterebbe dalla protezione delle modalità di fecondazione dignitose a quella delle offese alla libertà personale legate ai traffici di persone, sia perché questa evoluzione del dato positivo riguarderebbe solo il fatto commesso all'estero. In realtà, la relazione accompagnatoria chiarisce che il riferimento ai traffici corrisponde alla presunzione che la surrogazione di maternità all'estero si associ sempre e comunque ad una cessione illecita del neonato – un “traffico” appunto – all'insegna del credo, a tinte fosche, secondo cui manifestazioni del c.d. utero in affitto dettate da moventi altruistici sono una «favola»¹⁸. Anche i cascami positivi di questo vero e proprio pregiudizio meriterebbero un'attenta rivalutazione. Ma forse è solo un wishfull thinking che la discussione delle PP.DD.LL. proceda anche nell'ottica di una più chiara e definitiva perimetrazione dell'intervento punitivo dismettendo la strada della panpenalizzazione che affastella nel contesto di una fattispecie dal tratto troppo generico quadri di vita completamente diversi fino a protendersi – paternalisticamente e disnomicamente – verso la dignità della donna anche rispetto agli atti di disposizione del proprio corpo frutto di libera autodeterminazione e di una scelta solidaristica¹⁹.

¹⁸ Così la P.D.L. n. 887.

¹⁹ M. PELISSERO, op. cit., p. 38. Oltre agli autori già citati nelle note precedenti, per tutti (con riferimento ai contributi specificamente ed esclusivamente dedicati ai profili penalistici della maternità surrogata): E. DOLCINI, *Surrogazione di maternità all'estero: alterazione di stato ex art. 567 comma 2 c.p.? Riflessioni a margine di un volume di Flamigni e Mori*, in *Politeia*, 2014 (115), p. 81.