

# GenIUS

RIVISTA DI STUDI GIURIDICI  
SULL'ORIENTAMENTO SESSUALE E L'IDENTITÀ DI GENERE

VINCENZO TIGANO

La surrogazione di maternità in prospettiva  
comparata: scelte di politica criminale e modelli  
regolamentativi di alcuni dei principali  
ordinamenti europei e nordamericani

PUBBLICAZIONE TELEMATICA SEMESTRALE REGISTRATA PRESSO IL TRIBUNALE DI BOLOGNA · ISSN 2384-9495

*online first*

*1 febbraio 2024*

# La surrogazione di maternità in prospettiva comparata: scelte di politica criminale e modelli regolamentativi di alcuni dei principali ordinamenti europei e nordamericani

## Sommario

1. Premessa: prospettazione delle questioni e metodologia adottata per l'esame comparatistico. – 2. La Germania: la surrogazione di maternità come fenomeno solo parzialmente illecito. – 2.1. La rilevanza penale dell'intervento sanitario nella P.M.A. finalizzata alla surrogazione di maternità (e la non punibilità della gestante e dei genitori di intenzione). – 2.2. La repressione della mediazione nella maternità surrogata artificiale o naturale. – 3. La Danimarca: i soggetti legittimati a ricorrere alla procreazione assistita e il divieto della surrogazione di maternità. – 3.1. Le fattispecie incriminatrici della maternità surrogata: l'intervento sanitario, la mediazione negli accordi tra le parti coinvolte e la pubblicizzazione (anche in caso di gestazione naturale). – 4. La Svizzera: la base costituzionale dei divieti in materia di surrogazione di maternità e i requisiti soggettivi di accesso alla procreazione assistita. – 4.1. La repressione penale dell'intervento medico e della mediazione anche non lucrativa nella maternità surrogata. – 5 L'Olanda: la maternità surrogata come fenomeno normativamente regolato. – 5.1 La repressione della pubblicizzazione e della mediazione professionale e imprenditoriale nella surrogazione di maternità mediante trattamenti medici o in via naturale. – 5.2. La specifica ipotesi della maternità surrogata attuata mediante P.M.A. in vitro (cd. *Hoogtechnologisch draagmoederschap*): disciplina normativa e ambito di liceità dell'intervento sanitario. – 6. La Francia: i requisiti di accesso all'assistenza medica alla procreazione dopo la riforma del 2021 e la perdurante limitazione per gli uomini *singles* e in coppia *same-sex*. – 6.1. Il divieto di procreazione e di gestazione per altri. – 6.2. Il delitto di intermediazione nell'accordo di procreazione e di gestazione per altri. – 7. L'Austria: i divieti generali in materia di accesso alla P.M.A e di donazione di gameti e l'assenza di una fattispecie incriminatrice della surrogazione di maternità. – 8. La Spagna: l'approccio liberale sulle condizioni di accesso alle tecniche di P.M.A. e il divieto non sanzionato della surrogazione di maternità. – 8.1. La mera nullità dell'accordo di surrogazione di maternità e l'assenza di fattispecie incriminatrici *ad hoc*. – 8.2. Gli effetti penali indiretti della maternità surrogata: la simulazione di parto, la consegna del minore a terzi, e l'intermediazione nello scambio illegale. – 9. Il Portogallo: il modello regolamentativo della gestazione sostitutiva mediante tecniche di P.M.A. – 9.1. Le condizioni legali per la stipulazione degli accordi di gestazione sostitutiva: effetti sul piano civile e penale. – 9.2. I reati previsti in materia: l'esecuzione dell'accordo a titolo oneroso e a titolo gratuito *contra legem*. – 9.3. La promozione degli accordi illeciti e la percezione di un vantaggio economico connesso alla stipulazione o all'opera di

---

\* Ricercatore TD-B di Diritto penale, Università degli studi *Magna Graecia* di Catanzaro. Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

promozione. – 10. La Grecia: la regolamentazione della maternità surrogata. – 10.1. L'esteso ricorso allo strumento penale: l'incriminazione e l'equiparazione sanzionatoria dell'intermediazione commerciale professionale e della partecipazione alla procedura *contra legem*. – 11. Il Regno Unito: la disciplina flessibile dell'accesso alle tecniche di procreazione assistita e l'apertura dell'*HFEA 2008* agli uomini e alle donne *singles* e in coppia *same-sex*. – 11.1. La regolamentazione della surrogazione di maternità. – 11.2. Le fattispecie incriminatrici dell'intermediazione negli accordi di surrogazione di maternità su base commerciale e la non punibilità delle parti direttamente coinvolte nell'accordo e degli enti *no-profit*. – 11.2.1. Il rinvio alle definizioni legislative di "accordo di surrogazione" e di "base commerciale". – 11.2.2. La clausola che esclude l'esistenza di un'intermediazione su base commerciale effettiva a vantaggio altrui. – 11.3. I reati di pubblicizzazione della surrogazione di maternità. – 12. Gli Stati Uniti: L'evoluzione liberale e il ridotto ricorso al diritto penale in materia di maternità surrogata. – 12.1. Le fattispecie di reato previste nel Michigan. – 12.2. Le fattispecie di reato previste nella Louisiana. – 13. Il Canada: linee generali dell'intervento legislativo in materia di maternità surrogata. – 13.1. Le fattispecie incriminatrici: la repressione diretta e indiretta della maternità surrogata commerciale. – 13.2. Il divieto della maternità surrogata per donne infraventunenni e le condotte incriminate. – 13.3. Il divieto di rimborsare la madre surrogata per le spese sostenute al di fuori dai casi previsti dai regolamenti. – 14 Conclusioni in chiave comparata: quali prospettive per l'ordinamento italiano?

## Abstract

Il contributo affronta un'analisi comparata delle legislazioni in materia di maternità surrogata vigenti in alcuni dei principali Paesi democratici dell'Europa e del Nord America, per mostrare come le diverse opzioni di politica criminale adottate – sebbene in certi casi discutibili sotto il profilo del ragionevole bilanciamento tra gli interessi giuridici in gioco – siano accomunabili e apprezzabili sia per l'estrema precisione nella formulazione delle norme incriminatrici sia per il ricorso a un intervento repressivo moderato nei confronti dei soggetti direttamente coinvolti nell'accordo e nelle delicate scelte procreative che ne stanno alla base. Attraverso l'analisi dei diversi modelli di reato riscontrabili negli ordinamenti esaminati, si prospetteranno le soluzioni adottabili dal legislatore italiano per superare i deficit di tassatività di una normativa priva di definizioni legislative, imprecisa nella descrizione dei fatti di reato ed estremamente incerta sul piano dell'applicazione giudiziaria.

*The contribution deals with a comparative analysis of surrogacy laws in force in some main democratic countries of Europe and North America, in order to show how different criminal policy options undertaken – although in some cases questionable in terms of right balance of the legal interests at stake – are similar and appreciable for both extreme precision in the description of criminal offences and adoption of a moderate repressive intervention towards subjects directly involved in the agreement and in delicate procreative choices connected to it. Following examination of different crime models found in the examined legal systems, some solutions will be proposed to the Italian legislator to overcome deficiencies affecting national regulation of surrogacy in terms of lacking in legislative definitions, inaccurate description of criminal acts and uncertain judicial application.*

## 1. Premessa: prospettazione delle questioni e metodologia adottata per l'esame comparatistico

La maternità surrogata nasce come fenomeno sociale, emerso con enfasi nell'ambito della procreazio-

ne medicalmente assistita (P.M.A.), ma invero profilabile già nel contesto della gestazione naturale, come testimoniato dalle fonti bibliche<sup>1</sup>: si tratta dell'accordo tra uno o più committenti e una donna disponibile ad avviare una gravidanza nell'interesse dei primi e a consegnare agli stessi il minore subito dopo il parto.

Molti degli ordinamenti europei e nordamericani hanno scelto di apprestare una disciplina della surrogazione o di vietarla, totalmente o parzialmente, laddove venga attuata attraverso le tecniche di P.M.A., poiché solo in questo contesto necessita l'assistenza medica e, conseguentemente, l'intervento del legislatore, sulla base dell'esigenza di bilanciare tra benefici e rischi sanitari per la paziente. Quando la surrogazione avvenga al di fuori dell'inseminazione artificiale, ossia attraverso rapporti sessuali intrattenuti dall'aspirante gestante con il proprio *partner* o con un terzo, invece, la tendenza prevalente tra gli Stati è quella di astenersi dall'imporre agli individui degli obblighi o dei divieti per ciò che concerne la fase del concepimento, non soltanto per la volontà di non interferire nelle scelte più intime dei consociati, ma anche per la difficoltà di dimostrare che una gravidanza naturale sia stata iniziata nell'altrui interesse. In tal senso, in queste ultime ipotesi, non viene incriminato l'accordo tra le parti, optandosi piuttosto per punire l'intermediazione di terzi nel preordinato concepimento di un bambino nell'interesse altrui, o la pubblicizzazione della disponibilità dei soggetti interessati a prendere parte a un simile patto; ferma l'applicabilità, nella fase finale della sua esecuzione, delle più generali fattispecie codicistiche che, anche al di fuori della pratica in esame, incriminano la cessione in via definitiva di un minore a terzi, o le condotte di intermediazione a ciò finalizzate, in violazione delle leggi sull'adozione e/o dietro prestazione di un corrispettivo alla madre naturale.

Sul piano delle sue manifestazioni fenomeniche, la surrogazione di maternità attraverso P.M.A. si articola in una pluralità di stadi cronologicamente successivi ed eventualmente interconnessi: la pubblicizzazione, la mediazione, l'accordo tra le parti, l'organizzazione della procedura, la preparazione e l'applicazione delle tecniche, l'intermediazione, la consegna del minore. Ciascuna di esse coinvolge soggetti differenti, come la madre surrogata e i committenti, nella fase contrattuale complessivamente intesa, i donatori di gameti e i medici, nella fase preparatoria e in quella applicativa dei trattamenti, i pubblicizzatori, i mediatori, gli organizzatori e gli intermediari, nella fase pre-contrattuale, in quella delle trattative, e in quella propriamente attuativa degli accordi. Di conseguenza, la presa d'atto della multidimensionalità del fenomeno e delle sue concrete manifestazioni, ha ragionevolmente spinto, in molti casi, i legislatori nazionali a definire con precisione i soggetti e le condotte da incriminare, in ossequio al principio di legalità.

La gravidanza può essere commissionata da un uomo singolo, una donna singola, una coppia di individui dello stesso sesso o di sesso diverso. Tuttavia, la trappola concettuale spesso indotta da una certa narrazione mediatica è quella di identificare le coppie di uomini come i soli, o almeno i principali, soggetti coinvolti nel fenomeno. Tale conclusione può essere superata analizzando il profilo della relazione tra limiti oggettivi e soggettivi alla procreazione assistita: il ricorso alla pratica si rende sempre necessario per l'uomo *single*, o in coppia *same-sex*, che nutra, o condivide con il suo eventuale compagno, un desiderio di genitorialità, poiché lo stesso non è in grado di realizzarlo per via di evi-

---

\* Ricercatore TD-B di Diritto penale, Università degli studi *Magna Graecia* di Catanzaro. Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

1 La dissociazione della maternità era una realtà diffusa già presso diverse culture antiche, come quella ebraica. L'Antico Testamento fa dei cenni a pratiche "naturali" di surrogazione di maternità, come nel caso di Sara che convinse Abramo a concepire un figlio con la propria schiava, o di Giacobbe che concepì due figli con la schiava della moglie Rachele. Si veda A. Vallini, *La schiava di Abramo, il giudizio di Salomone e una clinica di Kiev: contorni sociali, penali e geografici della gestazione per altri*, in *Diritto penale e processo*, 2017, 7, p. 900.

denti e insuperabili limiti fisiologici dovuti all'assoluta impossibilità di concepire un bambino e di consentirne la gestazione senza l'apporto di una donna esterna. Nel caso della donna *single*, in coppia *opposite-sex* o *same-sex*, invece, la gestazione su commissione si renderà necessaria solo in via eventuale, qualora sussista una patologia dell'apparato riproduttivo che impedisca alla stessa, o anche alla sua eventuale compagna, di iniziare o portare a termine una gravidanza. La maternità surrogata, quindi, non rappresenta una pratica a cui sono interessati soltanto gli uomini *singles* o in coppia con altri uomini. Piuttosto, queste categorie soggettive, rispetto alle altre, appaiono come le uniche *a priori* escluse dalla dimensione esistenziale della riproduzione e della genitorialità, sia biologicamente sia giuridicamente, in quegli ordinamenti che proibiscono la stipulazione e l'esecuzione di accordi di questo genere, generando profili di discriminazione, in particolare in quei Paesi in cui il divieto coesiste con l'istituto del matrimonio tra individui dello stesso sesso. A ciò si aggiunge l'eventualità che l'esclusione di alcuni soggetti dalle tecniche procreative, o dalla sola pratica della maternità surrogata, sulla base della loro identità sessuale o del loro *status*, si traduca nell'incriminazione degli stessi per l'accordo con la madre surrogata o per il contributo prestato all'intervento medico, facendo affiorare un possibile contrasto con i principi di offensività e di ragionevolezza.

La derivazione genetica dei gameti utilizzati per la fecondazione della madre surrogata comporta, poi, una serie di distinzioni che assumono rilievo, nei diversi ordinamenti, sia ai fini dell'attribuzione della genitorialità, in certi casi assegnata ai committenti sulla base del legame di sangue del concepito con uno o entrambi i genitori di intenzione, sia sul piano dell'incriminazione degli accordi e delle condotte agevolative di terzi qualora la gestazione per altri sia eseguita in assenza del richiesto legame con i committenti o con il contributo genetico della stessa madre surrogata.

Sul piano definitorio, la surrogazione di maternità "totale", detta anche "gestazionale", comporta il contributo biologico di una donna estranea disposta a portare in grembo l'embrione concepito con l'ovocita della committente o, eventualmente, di una donatrice. In quest'ultima ipotesi, tre saranno le figure femminili coinvolte nella P.M.A.: la donna che vi fa ricorso per realizzare il proprio desiderio di genitorialità, colei che fornisce i propri gameti per la fecondazione e la donna che dà la disponibilità del proprio ventre per condurre la gravidanza nell'esclusivo interesse della prima.

Si parlerà invece di surrogazione di maternità "parziale", o "tradizionale" (anche se quest'ultimo termine meglio si adatta alle manifestazioni naturali del fenomeno), qualora la madre surrogata, oltre a "prestare" il suo utero, fornisca anche l'ovocita da utilizzare per la fecondazione, così intrattenendo con il minore un vincolo sia genetico sia biologico.

Tutte le profilate ipotesi di surrogazione di maternità potranno poi suddividersi in ulteriori sottocategorie in base alla provenienza genetica del gamete maschile, che potrà essere fornito dal committente la gravidanza, da un donatore o anche dal *partner* della madre surrogata.

Un'ulteriore rilevante distinzione, infine, concerne il carattere gratuito od oneroso della prestazione della madre surrogata. In certe ipotesi, quest'ultima potrebbe agire per scopi puramente solidaristici, invero non messi in discussione, all'interno di molti sistemi normativi, dall'eventuale ricezione di un corrispettivo nella forma del rimborso delle spese affrontate o del risarcimento dei danni subiti come conseguenza della sua sottoposizione agli interventi procreativi, alla fase gestazionale e a quella *post-partum*. Alternativamente, la donna potrebbe essere mossa da fini lucrativi, concretizzabili nel conseguimento di una vera e propria retribuzione tale da conferire al suo gesto i tratti di un servizio reso a terzi. In quest'ultimo caso, alcuni Stati hanno scelto di escludere la punibilità dell'accordo a titolo oneroso, allo scopo sia di non infliggere alle parti coinvolte una sofferenza aggiuntiva rispetto a quella già insita nelle delicate scelte esistenziali che sono alla base del patto, sia di evitare al minore eventuali traumi legati alla consapevolezza di essere stato generato sulla base di un contratto retribuito che sia costato una condanna ai propri genitori.

Di contro, la quasi totalità degli ordinamenti analizzati ha optato per introdurre apposite fattispecie incriminatrici del contributo agevolatore fornito da terzi, in certi casi applicabili a prescindere che la prestazione sia svolta a titolo professionale o, comunque, per fini di lucro: un tale rigorismo appare

ragionevole (tranne nei casi in cui, a fronte dell'esclusione della responsabilità delle parti direttamente coinvolte nell'accordo, siano puniti come intermediari i soggetti che agiscono nell'esclusivo interesse di quelle e senza un tornaconto personale, perseguito o conseguito) sulla base dell'esigenza di prevenire il probabile sfruttamento del corpo della madre surrogata da parte di soggetti emotivamente estranei all'accordo e ai suoi esiti sul piano dei rapporti familiari così costituiti.

Vi sono, infine, degli Stati in cui la maternità surrogata è disciplinata nei suoi presupposti e nelle sue conseguenze, anche se, in questi contesti giuridici, il permissivismo è spesso controbilanciato da un largo ricorso al diritto penale anche nei confronti della stessa gestante e dei committenti, qualora stipulino ed eseguano il patto in violazione dei requisiti legali, quand'anche si tratti di accordi a titolo gratuito.

Fatte queste dovute premesse, bisogna infine chiarire la metodologia dell'analisi comparata qui condotta.

La disamina si concentrerà sugli interventi repressivi della surrogazione di maternità riscontrabili in alcuni dei principali Stati democratici occidentali, mentre non si soffermerà sulle norme, di portata più generale, che incriminano l'alterazione dello stato civile del minore mediante falsità o il suo illecito affidamento a terzi, a prescindere dalla previa conclusione di un accordo di surrogazione.

Verranno individuati i soggetti ammessi a ricorrere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita e alla maternità surrogata, focalizzando l'attenzione sui limiti legali eventualmente opposti a certe categorie soggettive, individuate in base al loro *status* e al loro orientamento sessuale, ed evidenziando le criticità dell'eventuale ricorso al diritto penale in queste ipotesi.

L'indagine si soffermerà, poi, sull'eventuale scelta di incriminare anche l'attività di promozione e di pubblicizzazione degli accordi di maternità surrogata, nell'ambito della gestazione per altri naturalmente iniziata.

Particolare attenzione sarà dedicata alla questione delle condotte incriminate e dei soggetti responsabili dei reati previsti in materia: anche se la maggior parte delle fattispecie introdotte dagli ordinamenti analizzati si limita a punire l'applicazione dei trattamenti sanitari e/o le condotte di intermediazione e di pubblicizzazione, riscontrandosi meno spesso norme che incriminano gli accordi tra i soggetti personalmente coinvolti, in certi casi si è reso necessario inserire delle clausole di non punibilità per evitare che la madre surrogata, e in certi casi anche i soggetti committenti, possano essere ritenuti responsabili come concorrenti nei reati propri dei soggetti terzi.

Verrà infine rivolto uno sguardo alle norme civilistiche che regolano l'attribuzione dello *status* genitoriale in questi ordinamenti, senza che ci si spinga ad analizzare le leggi di ordinamento civile e di diritto internazionale privato che regolano il riconoscimento e la trascrizione nazionale dei certificati di nascita o dei provvedimenti giudiziari costituiti all'estero, al centro, tra l'altro, di numerose pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo.

L'analisi comparata seguirà un ordine preciso. Si inizierà con l'esame degli ordinamenti europei in cui si è scelto di punire esclusivamente i medici (Germania, Danimarca, Svizzera), gli intermediari e i pubblicizzatori (Germania, Danimarca, Svizzera, Olanda, Francia), ma non le parti dell'accordo. Verranno, poi, passate in rassegna quelle legislazioni in cui non è espressamente punita la surrogazione di maternità, ma ove la repressione passa attraverso l'applicazione di fattispecie più generali, volte a sanzionare l'inosservanza dei limiti alle tecniche di P.M.A. lecitamente applicabili (Austria) o sistematicamente inquadrate tra quelle codicistiche poste a tutela delle relazioni familiari (Spagna). Ci si soffermerà su quei sistemi normativi in cui la pratica è regolamentata e consentita a certe condizioni ma, al contempo, presidiata da norme incriminatrici delle condotte realizzate in violazione dei requisiti legali, applicabili ai soggetti terzi che, a diverso titolo, agevolino tali accordi (Regno Unito) e talvolta anche agli individui direttamente coinvolti che stipulino o eseguano il contratto *contra legem* (il Portogallo e la Grecia). Infine, si guarderà alle scelte compiute dagli ordinamenti nordamericani, in cui, a fronte di una generale collocazione della surrogazione di maternità nello spazio libero dal diritto, si contrappone, in pochi casi, il ricorso allo strumento penale per reprimere gli accordi tra le parti con-

trari alla legge e le condotte di terzi che li promuovano o li facilitino (USA: Michigan, Louisiana; Canada).

In conclusione, si cercherà di trarre dallo studio comparato gli opportuni spunti per mettere in evidenza le carenze della legge italiana, in cui, al di là degli ampi intenti repressivi resi evidenti dalla normativa finora vigente e dalle recenti proposte di legge in materia, la maggiore criticità si incentra sulla mancanza di precisione delle norme incriminatrici e sulla conseguente loro possibile manipolabilità da parte dell'interprete, generando inevitabili frizioni con il principio di tassatività.

## 2. La Germania: la surrogazione di maternità come fenomeno solo parzialmente illecito

L'ordinamento tedesco si è dotato, fin dal 1990, di una legislazione rigoristica in materia di P.M.A. (*Embryonenschutzgesetz – ESchG*)<sup>2</sup>, simile a quella poi adottata in Italia più di un decennio dopo, ma più permissiva sul piano dei requisiti soggettivi di accesso alle tecniche e dei limiti di applicazione della fecondazione eterologa. Con specifico riferimento a quest'ultima, solo l'ovodonazione è vietata e punita ai sensi del § 1, comma 1, nn. 1) e 2) dell'*ESchG*, mentre è consentito attuare la fecondazione assistita con l'uso degli spermatozoi di un donatore anonimo. Quanto allo stato civile dei ricorrenti, nel silenzio della legge, le linee guida dell'Associazione medica tedesca, del 2006<sup>3</sup>, raccomandavano l'applicazione delle metodiche solo a beneficio delle coppie di individui di sesso diverso sposati, ed eccezionalmente di quelli conviventi<sup>4</sup>, con esclusione delle donne *singles* o in coppia con altre<sup>5</sup>. Di tale preclusione non si trova più traccia nelle successive linee guida sulla raccolta e il trasferimento di cellule umane nell'ambito della riproduzione assistita, del 2018<sup>6</sup>, anche a seguito dell'introduzione, nel

<sup>2</sup> Gesetz zum Schutz von Embryonen (*Embryonenschutzgesetz - ESchG*). Vollzitat: Embryonenschutzgesetz vom 13. Dezember 1990 (BGBl. I S. 2746), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 21. November 2011 (BGBl. I S. 2228) geändert worden ist, in *Bundesministerium der Justiz*, <https://www.gesetze-im-internet.de/eschg/BJNR027460990.html>.

<sup>3</sup> Bundesärztekammer, (*Muster-*)*Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion*, 17. Februar 2006, in *Aerzteblatt.de*, <https://www.aerzteblatt.de/pdf.asp?id=51526>.

<sup>4</sup> *Ibidem*, § 3.1.1.: «Methoden der assistierten Reproduktion sollen unter Beachtung des Kindeswohls grundsätzlich nur bei Ehepaaren angewandt werden [...]. Methoden der assistierten Reproduktion können auch bei einer nicht verheirateten Frau angewandt werden. Dies gilt nur, wenn die behandelnde Ärztin/der behandelnde Arzt zu der Einschätzung gelangt ist, dass – die Frau mit einem nicht verheirateten Mann in einer festgefügt Partnerschaft zusammenlebt und – dieser Mann die Vaterschaft an dem so gezeugten Kind anerkennen wird». La limitazione era dovuta all'intento di garantire il benessere del minore attraverso la garanzia di stabilità offerta dal vincolo coniugale dei genitori: così K. Köppen, H. Trappe, C. Schmitt, *Who Can Take Advantage of Medically Assisted Reproduction in Germany?*, in *Reproductive BioMedicine and Society Online*, 2021, 13, p. 52. Secondo H. Trappe, *Assisted Reproductive Technologies in Germany: a Review of the Current Situation*, in *Childlessness in Europe: Contexts, Causes, and Consequences*, M. Kreyenfeld, D. Konietzka (eds.), Cham, Springer, 2017, p. 283, si trattava di un retaggio dell'ideale familiare tradizionale. Ritiene che la previsione comportasse una discriminazione verso le donne *singles* e le coppie *same-sex*, K.-H. Möller, *Rechtliche Regelung der Reproduktionsmedizin in Deutschland* in *Reproduktionsmedizin*, K. Diedrich, M. Ludwig, G. Griesinger, (hrsgg.), Berlin, Springer, 2013, p. 595.

<sup>5</sup> Bundesärztekammer, (*Muster-*)*Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion. Kommentar, Zu 3.1.1. Statusrechtliche Voraussetzungen*, in *Aerzteblatt.de*, in <https://www.aerzteblatt.de/pdf.asp?id=51526>: «*Insemination zurzeit bei Frauen ausgeschlossen, die in keiner Partnerschaft oder in einer gleichgeschlechtlichen Partnerschaft leben*».

<sup>6</sup> Bundesärztekammer, *Richtlinie zur Entnahme und Übertragung von menschlichen Keimzellen im Rahmen der assistierten Reproduktion*, Deutsches Ärzteblatt, 11. Mai 2018, in *Bundesaerztekammer*,

2017, del matrimonio tra coppie di individui dello stesso sesso<sup>7</sup>. Permane, invece, il limite di accesso alla P.M.A. per gli uomini *singles* e per quelli in coppia *same-sex*, come conseguenza diretta, ma implicita, del divieto assoluto – cioè applicabile indipendentemente dallo *status* e dall'orientamento sessuale del committente o dei committenti – della surrogazione di maternità, oggetto di norme definitive e di fattispecie incriminatrici collocate sia nell'*ESchG* sia nell'*Adoptionsvermittlungsgesetz (AdVermiG)*<sup>8</sup>.

La maternità surrogata in senso contrattuale, intesa come accordo tra la madre portante e i genitori di intenzione, non è stata punita. Il legislatore ha, invece, scelto di ricorrere a delle fattispecie incriminatrici volte a colpire, in un primo momento storico, l'assistenza medica alla procreazione assistita finalizzata alla gestazione per altri e, in un secondo momento, la mediazione di soggetti terzi, così da ostacolare la diffusione del fenomeno senza generare conseguenze direttamente afflittive sulle parti direttamente coinvolte in esso<sup>9</sup>. In tale direzione, le due leggi in materia hanno anche espressamente escluso la punibilità del contributo dato, al medico o al mediatore, dalla madre surrogata e dai genitori di intenzione.

L'avversione dell'ordinamento tedesco verso questa pratica spiega anche l'assenza di rimedi civilistici specifici fruibili dai committenti intenzionati ad acquisire la genitorialità legale del minore. Madre legale del bambino, ai sensi del § 1591 del codice civile<sup>10</sup>, è la donna che lo ha partorito, mentre padre risulta essere il marito della donna, colui che abbia legalmente riconosciuto il minore o l'uomo la cui paternità sia stata accertata da un tribunale, *ex* § 1592 c.c. Tuttavia, nel caso in cui il terzo committente la gravidanza sia geneticamente legato al minore, e proceda al suo riconoscimento o ottenga l'accertamento legale del suo rapporto di paternità, la madre surrogata potrà rinunciare alla sua responsabilità genitoriale per acconsentire all'adozione del bambino da parte della donna coniugata con il padre genetico, *ex* § 1751 c.c.; ma, in base al § 1741, comma 1, c.c., andrà provato che l'adozione sia necessaria al benessere del minore, a causa del coinvolgimento della committente nell'allontanamento dello stesso dalla madre surrogata. Alle stesse conclusioni si può pervenire rispetto alle coppie di uomini che si rivolgano a una madre surrogata: la paternità legale del minore potrà essere assegnata all'uomo che abbia fornito i suoi spermatozoi per la fecondazione, mentre il suo *partner*, alle condizioni summenzionate, potrà adottare il figlio del congiunto<sup>11</sup>.

[https://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user\\_upload/old-files/downloads/pdf-Ordner/RL/Ass-Reproduktion\\_Richtlinie.pdf](https://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/old-files/downloads/pdf-Ordner/RL/Ass-Reproduktion_Richtlinie.pdf).

- 7 Cfr. F. Wapler, *Die Öffnung der Ehe und ihre Folgen – Hinweise für eine erfolgreiche Begleitung ihrer Umsetzung*, Kap. VI, *Assistierte Reproduktion*, Berlin, Friedrich-Ebert-Stiftung / Forum Politik und Gesellschaft, 2018, pp. 15-16.
- 8 Gesetz über die Vermittlung und Begleitung der Adoption und über das Verbot der Vermittlung von Ersatzmüttern (*Adoptionsvermittlungsgesetz - AdVermiG*). Vollzitat: *Adoptionsvermittlungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 21. Juni 2021 (BGBl. I S. 2010)*, in *Bundesministerium der Justiz*, [https://www.gesetze-im-internet.de/advermig\\_1976/BJNR017620976.html#BJNR017620976BJNG000104360](https://www.gesetze-im-internet.de/advermig_1976/BJNR017620976.html#BJNR017620976BJNG000104360).
- 9 Si veda Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, *Leihmutterchaft im europäischen und internationalen Vergleich. Rechtliche Regelungen und empirische Erkenntnisse zu den Auswirkungen einer gespaltenen Elternchaft auf das Kindeswohl*, Dokumentation WD 9 - 3000 - 039/18, 22 August 2018, in *Deutscher Bundestag*, <https://www.bundestag.de/resource/blob/592446/b04363cfd1cf5f6fa65c94b8c48495d9/WD-9-039-18-pdf-data.pdf>, p. 9.
- 10 Bürgerliches Gesetzbuch (**BGB**). Vollzitat: *Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738)*, das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 14. März 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 72) geändert worden ist, in *Bundesministerium der Justiz*, <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BJNR001950896.html#BJNR001950896BJNG000102377>.
- 11 Si veda E.C. Loibl, *The transnational illegal adoption market: A criminological study of the German and Dutch intercountry adoption systems*, Doctoral Thesis, Maastricht, Eleven International Publishing, 2019, in *Maastricht University*,

## 2.1. La rilevanza penale dell'intervento sanitario nella P.M.A. finalizzata alla surrogazione di maternità (e la non punibilità della gestante e dei genitori di intenzione)

La norma più risalente in materia trova sede nell'*ESchG* del 1990, che prevede una fattispecie incriminatrice della realizzazione della surrogazione di maternità, sostanzialmente costruita su una condotta realizzabile dal sanitario, nonostante la mancanza di formali riferimenti alla qualifica rivestita dal soggetto attivo<sup>12</sup>: il § 1, comma 1, n. 7, punisce con la reclusione fino a tre anni, o con una multa, chiunque si impegna ad effettuare l'inseminazione artificiale o a trasferire un embrione umano nel corpo di una donna disposta («*bereit*») a lasciare definitivamente il proprio figlio alle cure di terzi dopo il parto (cd. «*Ersatzmutter*»)<sup>13</sup>. Al terzo comma, n. 2, è prevista una clausola di non punibilità a favore della madre surrogata e della persona che intende accogliere il bambino: l'esenzione vale ad escludere la responsabilità penale per il contributo volontariamente prestato da tali soggetti all'atto medico illecito, riconducibile al concorso di persone, morale o materiale, nel reato, ai sensi dei §§ 26 ss. c.p.<sup>14</sup>.

La norma, come già si evince dalla sua collocazione sistematica, oltre che dalla struttura della condotta incriminata, si riferisce soltanto alla surrogazione di maternità che si verifichi all'interno dei processi procreativi artificiali, e punisce chi effettui un intervento di inseminazione artificiale *in vivo* («*wer [...] es unternimmt [...] eine künstliche Befruchtung durchzuführen*») o proceda al trasferimento dell'embrione, precedentemente prodotto *in vitro*, nell'utero materno («*oder auf sie einen menschlichen Embryo zu übertragen*»)<sup>15</sup>. Essenziale, sia per l'enucleazione del concetto di maternità surrogata, e dunque per l'individuazione della condotta incriminata, sia ai fini della definizione e dell'accertamento dell'elemento psicologico del soggetto attivo, è che la donna sottoposta ai trattamenti sia intenzionata ad affidare in via definitiva il bambino, una volta partorito<sup>16</sup>, a terzi<sup>17</sup> («*bei ei-*

<https://cris.maastrichtuniversity.nl/en/publications/the-transnational-illegal-adoption-market-a-criminological-study-> p. 207, nota 166.

- 12 Già la *Benda-Kommission*, gruppo di lavoro istituito nel 1984 dal Governo federale per elaborare una proposta di legge in materia di fecondazione *in vitro*, ricerca sul genoma e ingegneria genetica, aveva sottolineato la necessità di vietare alle istituzioni sanitarie di partecipare alla surrogazione di maternità: si veda A. Eser, *Strafrechtliche Schutzaspekte im Bereich der Humangenetik*, in *Ethische und rechtliche Fragen der Gentechnologie und der Reproduktionsmedizin: Dokumentation eines Symposiums der Landesregierung Baden-Württemberg und des Stifterverbandes für die Deutsche Wissenschaft in Verbindung mit der Universität Tübingen vom 1. - 4. September 1986 in Tübingen*, V. Braun, D. Mieth, K. Steigleder (hrsgg.), München, J. Schweitzer Verlag, 1987, p. 135.
- 13 Letteralmente: «*Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer [...] es unternimmt, bei einer Frau, welche bereit ist, ihr Kind nach der Geburt Dritten auf Dauer zu überlassen (Ersatzmutter), eine künstliche Befruchtung durchzuführen oder auf sie einen menschlichen Embryo zu übertragen*».
- 14 *Strafgesetzbuch (StGB). Vollzitat*: Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (BGBl. I S. 3322), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 26. Juli 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 203) geändert worden ist, in *Bundesministerium der Justiz*, <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/BjNR001270871.html>.
- 15 Così H.-L. Günther, J. Taupitz, P. Kaiser, *Embryonenschutzgesetz: Juristischer Kommentar mit medizinisch-naturwissenschaftlichen Grundlagen*, Stuttgart, Verlag W. Kohlhammer, 2014, pp. 230, rn. 1, e 237, rn. 20.
- 16 Secondo certa dottrina, l'obiettivo della donna può avere ad oggetto la consegna del minore in qualunque momento successivo al parto, e non necessariamente contestualmente alla nascita, purché la sua intenzione sia di abbandonarlo permanentemente: H.-L. Günther, J. Taupitz, P. Kaiser, *Embryonenschutzgesetz*, cit., p. 237, rn. 23, 25.
- 17 Il terzo potrebbe essere identificato con un *single*, una coppia *opposite-sex* o una coppia *same-sex*. Per una critica sulla pre-

ner Frau, welche bereit ist, ihr Kind nach der Geburt Dritten auf Dauer zu überlassen»), a prescindere che sia già stato stipulato un patto con costoro o, addirittura, che siano stati già individuati i soggetti interessati alla genitorialità di intenzione<sup>18</sup>: di tale obiettivo il medico dovrà essere a conoscenza al momento dell'attuazione delle metodiche, non avendo la legge previsto la punibilità della condotta colposa (§ 15 c.p.)<sup>19</sup>, con conseguenti difficoltà di accertamento dell'elemento soggettivo, soprattutto nell'ipotesi in cui la ricorrente non abbia ancora preso accordi con i soggetti destinati ad accogliere il bambino. Sempre sul piano definitorio, rileva l'assenza di un qualunque riferimento all'appartenenza genetica dell'ovocita alla madre di intenzione, alla stessa madre surrogata o a una terza donatrice, a dimostrazione dell'ampio campo applicativo della fattispecie, integrabile in presenza sia di una surrogazione di maternità totale (se la gestante è geneticamente estranea al bambino) sia di una surrogazione parziale (se la gestante è anche la madre genetica del concepito)<sup>20</sup>.

La fattispecie, secondo la dottrina, è diretta a tutelare il benessere psicofisico del minore, nonché la salute della madre surrogata dai rischi sanitari derivanti dalla sottoposizione a un intervento medico non necessario per la sua salute, e risulta anche strumentale a evitare l'insorgenza di contenziosi giudiziari in ordine all'esecuzione dell'accordo nel caso in cui, dopo il parto, la donna cambi idea sulla cessione del figlio ai committenti<sup>21</sup>. La previsione di una clausola di non punibilità a favore dei soggetti direttamente coinvolti nella surrogazione, può essere riconducibile proprio alla protezione del minore e all'esigenza di risparmiargli possibili ripercussioni psicologiche derivanti dalla pubblicizzazione del procedimento penale condotto nei confronti dei suoi genitori, biologici e intenzionali, per il fatto di avere agevolato, a diverso titolo, il suo concepimento in violazione della legge<sup>22</sup>. Tuttavia, in

---

clusione nei confronti degli uomini *singles* o in coppia *same-sex*, per cui il ricorso alla maternità surrogata sarebbe essenziale, si vedano B. Advena-Regnery, H.-G. Dederer, F. Enghofer, T. Cantz, T. Heinemann, *Framing the ethical and legal issues of human artificial gametes in research, therapy, and assisted reproduction: A German perspective*, in *Bioethics*, 2018, 32, p. 320.

18 Così H.-L. Günther, J. Taupitz, P. Kaiser, *Embryonenschutzgesetz*, cit., pp. 231, rn. 4, e 237, rn. 24.

19 Strafgesetzbuch, § 15 Vorsätzliches und fahrlässiges Handeln: «Strafbar ist nur vorsätzliches Handeln, wenn nicht das Gesetz fahrlässiges Handeln ausdrücklich mit Strafe bedroht».

20 Si vedano H.-L. Günther, J. Taupitz, P. Kaiser, *Embryonenschutzgesetz*, cit., pp. 231-232, rn. 6, e 237, rn. 22. Così anche S. Braun, *Gesetz zum Schutz von Embryonen (Embryonenschutzgesetz – EschG)*, in *Medizinrecht Kommentar*, D. Prütting (hrsg.), Köln, Luchterhand Verlag – Wolters Kluwer, 2022, p. 932, rn. 23a. Conf. V. Weyrauch, *Zulässigkeitsfragen und abstammungsrechtliche Folgeprobleme bei künstlicher Fortpflanzung im deutschen und US-amerikanischen Recht*, Berlin, Tenea Verlag L.T.D., 2003, p. 129.

21 Così R. Müller-Terpitz, „ESchG 2.0“ – Plädoyer für eine partielle Reform des Embryonenschutzgesetzes, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2016, vol. 49, no. 2, p. 54. È critica sulla necessità di tutelare il benessere del minore, in assenza di studi scientifici che dimostrino l'incidenza negativa di tali pratiche sulla sua psiche, L. Paetow, *Sollte die Leihmutterchaft in Deutschland zulässig sein? Abstammung und gesellschaftlicher Wandel*, in *Kriminalpolitische Zeitschrift*, 2022, 5, pp. 350-351. Secondo T. Kienle, *Künstliche Befruchtung und artifizielles Recht: Weiter ungelöste Rechtsprobleme um die heterologe Insemination*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1995, pp. 201 ss., il divieto è volto a tutelare anche la dignità della madre surrogata, degradata a mero organo riproduttivo sfruttato da terzi. *Contra*, argomentando che le istanze di tutela della dignità della madre surrogata non sarebbero fondate in presenza di un suo libero consenso alla sottoposizione alle tecniche nell'interesse altrui, W. Heun, *Restriktionen assistierter Reproduktion aus verfassungsrechtlicher Sicht*, in *Umwege zum eigenen Kind Ethische und rechtliche Herausforderungen an die Reproduktionsmedizin 30 Jahre nach Louise Brown*, G. Bockenheimer-Lucius, P. Thorn, C. Wendehorst (hrsgg.), Göttingen, Universitätsverlag Göttingen, 2008, p. 57; H.-L. Günther, J. Taupitz, P. Kaiser, *Embryonenschutzgesetz*, cit., p. 235, nr. 15, secondo cui anche la presenza di un corrispettivo in denaro, se limitato a una mera indennità per le spese affrontate o a un risarcimento per mancato guadagno, non costituisce un argomento decisivo per dare fondamento al divieto assoluto formulato nella norma.

22 Cfr. A. Eser, *Strafrechtliche Schutzaspekte im Bereich der Humangenetik*, cit., p. 136.

dottrina si rileva come l'esenzione si fondi anche sull'intenzione del legislatore di non stigmatizzare quei soggetti emotivamente coinvolti in processi vitali esistenziali (l'inizio di una gestazione nell'altrui interesse, da una parte, e l'aspirazione alla genitorialità tramite affidamento della gravidanza a una terza donna, dall'altra) già fonti di sofferenza psicofisica per gli stessi<sup>23</sup>.

## 2.2. La repressione della mediazione nella maternità surrogata artificiale o naturale

Nonostante il concetto di madre surrogata fosse stato già tratteggiato, nei suoi connotati essenziali, dalla norma precedentemente esaminata, la Legge 22 dicembre 2001, riformando l'*Adoptionsvermittlungsgesetz* del 1977, ha formulato una definizione più ampia di tale figura soggettiva e ha introdotto inedite figure illecite connesse alla pratica, non necessariamente circoscritte all'assistenza medica alla procreazione<sup>24</sup>: la surrogazione di maternità è stata così intesa come un fenomeno di portata più ampia di quella ricavabile dal § 1 dall'*ESchG*, realizzabile anche nel contesto della generazione naturale di un figlio nell'interesse altrui<sup>25</sup>.

Ai soli fini dell'applicazione dell'*AdVermiG*, il § 13-a stabilisce che per madre surrogata (anche in questo caso identificata con l'espressione «*Ersatzmutter*») si intende una donna che, sulla base di un accordo («*auf Grund einer Vereinbarung*»), è intenzionata a sottoporsi a una fecondazione artificiale o naturale («*bereit ist [...] sich einer künstlichen oder natürlichen Befruchtung zu unterziehen*»), oppure all'impianto di un embrione che non è il suo, o comunque a portare a termine una gravidanza («*einen nicht von ihr stammenden Embryo auf sich übertragen zu lassen oder sonst auszutragen*»), con l'ulteriore scopo di consegnare il bambino, dopo il parto, a terzi per l'adozione o per l'affidamento alle loro cure in via permanente («*und das Kind nach der Geburt Dritten zur Adoption oder zur sonstigen Aufnahme auf Dauer zu überlassen*»). La definizione – che, nel contesto normativo in cui è inserita, non distingue né tra gestazione naturale e procreazione medicalmente assistita, né tra maternità surrogata “totale” e “parziale”<sup>26</sup> – svolge la funzione di norma integratrice dei divieti di seguito previsti<sup>27</sup>. In tal senso, è rilevante l'espresso riferimento al previo accordo tra le parti – alla cui stipulazione vedremo essere finalizzata l'opera di illecita mediazione o pubblicizzazione del terzo –, che segna un

<sup>23</sup> Così V. Weyrauch, *Zulässigkeitsfragen*, cit., p. 129.

<sup>24</sup> Secondo M. Kneis, *Die Anfechtbarkeit und die Feststellbarkeit der Mutterschaft de lege lata und de lege ferenda – Acta Iuridica Universitatis Potsdamiensis*, Potsdam, Universitätsverlag Potsdam, 2019, p. 74, affinché il medico sia perseguibile anche per i reati previsti dal combinato disposto degli artt. 13-c e 14-b dell'*Adoptionsvermittlungsgesetz*, occorre che realizzi una delle condotte di mediazione ivi previste, in aggiunta al contributo dato con la sua attività sanitaria di assistenza alla procreazione, che, di per sé, non costituisce una vera e propria *Ersatzmuttervermittlung*.

<sup>25</sup> Sottolineano che l'ampiezza della definizione qui collocata è collegata all'intenzione di punire qualsiasi forma di mediazione nella maternità surrogata, sia che questa avvenga naturalmente sia che sia attuata in via artificiale, H.-L. Günther, J. Taupitz, P. Kaiser, *Embryonenschutzgesetz*, cit., p. 230, rn. 3.

<sup>26</sup> Anche rispetto alla definizione legislativa formulata nel § 13-a dell'*AdVermiG*, si ritiene che essa copra sia l'ipotesi della maternità surrogata con uso dell'ovocita della stessa gestante sia l'ipotesi della maternità surrogata attuata con un ovocita estraneo alla partoriente, eventualmente appartenente alla donna committente: V. Weyrauch, *Zulässigkeitsfragen*, cit., p. 129.

<sup>27</sup> Così H.-L. Günther, J. Taupitz, P. Kaiser, *Embryonenschutzgesetz*, cit., pp. 230-231, rn. 4, secondo cui l'accordo contraddistingue la surrogazione di maternità soltanto ai fini della definizione contenuta nel § 13-a dell'*AdVermiG* e dell'applicazione delle fattispecie ivi formulate.

ulteriore importante tratto distintivo della norma definitoria rispetto a quella contenuta nell'*ESchG*.

Il § 13-c proibisce la mediazione nella maternità surrogata («*Ersatzmuttervermittlung*»), a sua volta definita, nel § 13-b, come la messa in contatto delle persone che desiderano adottare o prendersi cura in via permanente del bambino nato da maternità surrogata (cd. «*Bestelletern*»), con una donna disposta a svolgere tale funzione<sup>28</sup>. Il § 13-d, inoltre, vieta la pubblicizzazione della ricerca o della disponibilità di una madre surrogata o di genitori committenti, in particolare attraverso annunci o segnalazioni sui giornali («*Anzeigenverbot*»)<sup>29</sup>.

La violazione dei suindicati divieti integra delle fattispecie penali o amministrative, da cui emerge il differente livello di disvalore di ciascuna delle condotte punite.

Il § 14-b sanziona la mediazione nella maternità surrogata con la reclusione fino a un anno o con la multa. Sono poi stabilite, all'interno della medesima disposizione, due circostanze aggravanti: la ricezione o l'accettazione della promessa di un vantaggio economico per la mediazione, punita con la reclusione fino a due anni o con la multa; la mediazione a fini commerciali o imprenditoriali, punita con la reclusione fino a tre anni o con la multa. Il *climax* sanzionatorio emergente dalle suddette norme lascia desumere che la mediazione, *ex se* illecita, assume particolare disvalore se esercitata a titolo oneroso, raggiungendo la maggiore cifra di offensività nella vera e propria mediazione commerciale o imprenditoriale, ossia in quella forma di interposizione professionale mirata all'ottenimento di vantaggi economici non occasionali.

In queste fattispecie, l'anticipazione della tutela dei beni giuridici tradizionalmente collegati al fenomeno in esame (benessere del minore e salute della madre surrogata) è stata coniugata con l'intenzione di proteggere la dignità dei soggetti direttamente coinvolti nell'accordo da forme di mercificazione presunta, effettiva o sistematica dei loro bisogni esistenziali legati alla riproduzione<sup>30</sup>. Anche per queste fattispecie, come già previsto per il reato stabilito nell'*ESchG*, la legge prevede una clausola di non punibilità per la madre surrogata e i genitori di intenzione che operino come concorrenti nel reato, per esempio, reclutando appositamente il mediatore affinché si occupi di trovare una controparte nell'accordo di surrogazione: si conferma, in tal senso, il probabile intento di tutelare il benessere del minore e di evitare ulteriori sofferenze a soggetti già afflitti da disagi psicologici legati all'infertilità o alla rinuncia al bambino<sup>31</sup>.

Le condotte di pubblicizzazione degli accordi di maternità surrogata, invece, non sono state fatte oggetto di incriminazione, ma il § 14, commi 1 e 3, ne ha previsto la punibilità con la sanzione amministrativa pecuniaria fino a cinquemila euro, potenzialmente applicabile, in base alla formulazione della norma e in assenza di esplicite formule eccettuate, anche alla madre surrogata o al genitore di intenzione<sup>32</sup>.

28 Letteralmente: «*Ersatzmuttervermittlung ist das Zusammenführen von Personen, die das aus einer Ersatzmuttertschaft entstandene Kind annehmen oder in sonstiger Weise auf Dauer bei sich aufnehmen wollen (Bestelletern), mit einer Frau, die zur Übernahme einer Ersatzmuttertschaft bereit ist. Ersatzmuttervermittlung ist auch der Nachweis der Gelegenheit zu einer in § 13a bezeichneten Vereinbarung*».

29 Letteralmente: «*Es ist untersagt, Ersatzmütter oder Bestelletern durch öffentliche Erklärungen, insbesondere durch Zeitungsanzeigen oder Zeitungsberichte, zu suchen oder anzubieten*».

30 Cfr. F. Wehinger, *Illegale Märkte: Stand der sozialwissenschaftlichen Forschung*, MPIfG Working Paper, No. 11/6, Cologne, Max Planck Institute for the Study of Societies, 2011, p. 64, con riferimento alle dinamiche distorsive del mercato, di per sé illegale, della maternità surrogata, generate dai mediatori che sfruttano i bisogni dei soggetti coinvolti per acquisire la fetta più grande degli introiti derivanti da tali accordi.

31 Cfr. V. Weyrauch, *Zulässigkeitsfragen*, cit., p. 130.

32 M. Kneis, *Die Anfechtbarkeit*, cit., p. 75.

### 3. La Danimarca: i soggetti legittimati a ricorrere alla procreazione assistita e il divieto della surrogazione di maternità

La Danimarca si presenta come uno tra i Paesi europei più liberali sul tema delle libertà procreative e dei diritti delle coppie *same-sex*, tanto che la Legge sulla procreazione assistita del 2019<sup>33</sup> stabilisce, all'interno di diverse disposizioni, che le donne *singles* e le coppie possono beneficiare dei trattamenti, senza nulla specificare circa la loro identità di genere e indicando che i due *partners* possano essere anche non coniugati o non registrati<sup>34</sup>. Tuttavia, la loro effettiva ammissione alle procedure è subordinata all'approvazione dell'operatore sanitario responsabile del trattamento e, in caso di dubbi sulla capacità genitoriale della ricorrente o della coppia di ricorrenti, ai Consigli regionali (*Regionsrådene*) (§ 6 a.). Sia gli uomini *singles* sia quelli in coppia *same-sex* sono esclusi dal ricorso alla procreazione assistita, come si evince dal costante riferimento della normativa alla figura femminile, necessaria beneficiaria delle tecniche, e come conseguenza dei divieti in materia di maternità surrogata, pratica a cui un uomo privo di una *partner* sarebbe costretto a ricorrere per realizzare il proprio progetto genitoriale. Come accade in Germania, tali divieti, congiuntamente alle norme penali che ne sanzionano l'inosservanza, si rivolgono ai soli soggetti terzi che, a diverso titolo, facilitano l'esecuzione dell'accordo di surrogazione tra le parti<sup>35</sup>.

Anche se il patto tra la surrogata e i committenti, concernente il concepimento su commissione e la successiva cessione del minore, non è stato fatto oggetto di sanzione penale, la sua stipulazione è contrastata attraverso la regolamentazione civilistica dei rapporti di filiazione. Il § 30 della Legge sui minori (*Børneloven*)<sup>36</sup>, rubricato come «*Moderskab*» (maternità), prevede che la donna che dà alla luce un bambino concepito con la riproduzione assistita è considerata la madre dello stesso, a prescindere che tra i due vi sia un legame di sangue; di conseguenza, ai fini dell'attribuzione dello *status* materno, non rileva che il bambino sia stato, ad esempio, concepito con l'ovocita della committente<sup>37</sup>. Il § 31, rubricato come «*Surrogatmoderskab*» (maternità surrogata), stabilisce che non è valido l'accordo in base al quale una donna che dà alla luce un bambino dovrà consegnarlo a terzi dopo la nascita. Il § 15 della Legge sulle adozioni (*Adoptionsloven*)<sup>38</sup> vieta di pronunciare un provvedimento di adozione se uno dei soggetti il cui consenso sia essenziale per l'adozione, abbia dato o ricevuto un compenso o altro corrispettivo, anche a titolo di risarcimento<sup>39</sup>. Si tratta di norme che, come accade nella legislazione

33 Lov om assisteret reproduktion i forbindelse med behandling, diagnostik og forskning m.v, LBK nr 902 af 23/08/2019, in *Retsinformation*, in <https://www.retsinformation.dk/eli/lta/2019/902>.

34 Si vedano, per esempio, i §§ 1 a., 6 a., e in particolare il § 23, secondo cui, prima di iniziare il trattamento di riproduzione assistita, è necessario ottenere il consenso scritto della donna e del suo eventuale coniuge o *partner*, registrato o meno.

35 Secondo S. Mohr, J. Rothmar Herrmann, *The politics of Danish IVF: reproducing the nation by making parents through selective reproductive technologies*, in *BioSocieties*, 2022, 17, p. 300, non si tratta di discriminazioni fondate sul genere: «*Rather, the selective potential of Danish IVF in its current state is a question of what kinds of parenthood and citizenship ideals people are identified to represent and fulfill by those state agencies that regulate the access to and use of reproductive technologies*».

36 Bekendtgørelse af børneloven, LBK nr 772 af 07/08/2019, in *Retsinformation*, <https://www.retsinformation.dk/eli/lta/2019/772>.

37 Si vedano S. Mohr, L. Koch, *Transforming social contracts: the social and cultural history of IVF in Denmark*, in *Reproductive Biomedicine and Society Online*, 2016, 2, p. 90.

38 Bekendtgørelse af adoptionsloven, LBK nr 775 af 07/08/2019, in *Retsinformation*, <https://www.retsinformation.dk/eli/lta/2019/775>.

39 Secondo F.H. Pedersen, *Forældremyndighed*, cit., p. 76 ss., la *partner* del committente che abbia fornito i suoi spermatozoi per la fecondazione assistita della madre surrogata, può comunque ottenere l'affidamento congiunto del minore – nono-

italiana, disciplinano gli effetti civili della maternità surrogata in capo al minore, pur non precludendo – fermi i limiti indicati nel summenzionato § 15 – l'adozione del minore da parte della committente.

### 3.1. Le fattispecie incriminatrici della maternità surrogata: l'intervento sanitario, la mediazione negli accordi tra le parti coinvolte e la pubblicizzazione (anche in caso di gestazione naturale)

Il fenomeno della surrogazione di maternità, come riscontrato anche rispetto all'ordinamento tedesco, è stato oggetto di una strategia repressiva fondata sull'incriminazione dei soli soggetti esterni all'accordo, attraverso due diverse classi di reati in materia: il primo è realizzabile dal medico che applichi le tecniche in presenza di un accordo tra la madre surrogata e il committente, il secondo da coloro che facciano da mediatori tra le parti, o che ne pubblicizzino la disponibilità, anche nel caso di gestazione naturale su commissione.

Sul piano dei limiti ai trattamenti procreativi connessi alla maternità surrogata, il § 13 della legge sulla P.M.A. prevede che la riproduzione assistita non possa aver luogo in presenza di un accordo («aftale») tra la donna su cui si vuole indurre la gravidanza e un terzo, in base al quale la prima partorerà un figlio nell'interesse di questo (accordo che la norma definisce, appunto, di «surrogatmoderskab», cioè di maternità surrogata)<sup>40</sup>: la norma, quindi, non fa alcuna distinzione tra la surrogazione di maternità parziale e totale, né tra la stipulazione dell'accordo a titolo oneroso e a titolo gratuito<sup>41</sup>. Il medico, implicito destinatario del divieto, può essere ritenuto responsabile del reato di cui al successivo § 29 – che punisce la violazione del § 13 – non solo quando sia a conoscenza dell'accordo di surrogazione, ma anche quando avrebbe potuto rendersi conto della sua esistenza usando la dovuta diligenza, in base alla norma codicistica (§ 19 c.p.)<sup>42</sup> secondo cui i reati inseriti al di fuori del codice penale, nella legislazione complementare, sono puniti anche a titolo di negligenza («uagtsomhed»), salvo che la legge disponga altrimenti<sup>43</sup>.

La specifica ipotesi della maternità surrogata “totale” o “gestazionale” risulta poi contrastata, anche se solo indirettamente, dal generale disposto dell'art. 5 della stessa legge<sup>44</sup>, secondo cui se

stante la prestazione di un indennizzo alla gestante – se ciò corrisponda al migliore interesse dello stesso.

40 Letteralmente: «Assisteret reproduktion må ikke finde sted, når der foreligger en aftale mellem den kvinde, hvor graviditet søges etableret, og en anden om, at kvinden skal føde et barn til denne (surrogatmoderskab)».

41 Così T. Søbirk Petersen, J. Rothmar Herrmann, *Altruistisk surrogatmoderskab: Bør loven moderniseres*, in *Bibliotek for Læger*, 2019, 211(1), pp. 44 ss., che si mostrano critici sulla criminalizzazione dell'applicazione della P.M.A. sulla base di un accordo altruistico tra le parti. Ritengono che, oltre alla maternità surrogata a scopo solidaristico, anche la maternità surrogata a titolo oneroso dovrebbe essere sottratta al campo del diritto penale, privilegiando l'aspetto dell'autonomia privata dell'individuo e valorizzando il confronto con le adozioni internazionali, A.C. Gottlieb, M. Nørgaard Lyngsø, *Må jeg sælge mig selv og mit barn?*, in *Politica* 51, 2019, nr. 2, pp. 243 ss.

42 Bekendtgørelse af straffeloven, LBK nr 1851 af 20/09/2021, in *Retsinformation*, <https://www.retsinformation.dk/eli/lta/2021/1851>.

43 Si veda B. von Eyben, *Begrebet grov uagtsomhed på forskellige retsområder*, *Det 33. nordiske Juristmøde i København 18.-20. august 1993*, Bind 2, Copenhagen, Udgivet af den Danske Styrelse, 1993, pp. 599 ss., 603, che si soffermò sulle eccezioni in materia fiscale e tributaria, in cui la legge aveva previsto la punibilità dei reati per dolo o per grave negligenza («forsætlige og groft uagtsomme overtrædelser»).

44 Cfr. Det Etske Råd, *Udtalelse om surrogatmoderskab i Danmark*, 24-01-2023, in *Nationalt Center for Etik*,

l'ovocita non proviene dalla donna che partorerà il bambino, e gli spermatozoi non provengono dal suo *partner*, la riproduzione assistita può essere applicata solo quando l'utilizzo di entrambi i gameti esterni sia giustificato da esigenze mediche e gli stessi vengano donati in forma non anonima<sup>45</sup>: dato che la legge fa chiaramente riferimento alla salute della diretta ricorrente alle tecniche, e quindi, nel caso di specie, della madre surrogata, è evidente che l'utilizzo di un ovocita a lei estraneo non sia ammissibile nell'ambito di una procedura procreativa finalizzata a rimediare ai problemi di infertilità di una terza donna, ossia della committente la gravidanza.

La violazione dei suddetti divieti, in base al § 29<sup>46</sup>, è punita con la multa o con la reclusione fino a quattro mesi, con espressa esclusione della punibilità – evidentemente a titolo di concorso nel reato del sanitario – del donatore di spermatozoi, della donatrice di ovociti, e della donna o della coppia che abbia prestato il suo consenso alla P.M.A., facendovi ricorso. Nonostante quest'ultima clausola non menzioni espressamente i soggetti coinvolti nell'accordo di surrogazione, la madre surrogata non dovrebbe essere punibile in quanto diretta beneficiaria delle tecniche, avendo a tal fine prestato il suo formale consenso. Per quanto riguarda gli aspiranti genitori, in base alla *littera legis* può ritenersi che gli stessi non siano punibili per l'eventuale prestazione dei propri gameti per la fecondazione della madre surrogata, in violazione del § 5. Tuttavia non essendo stata prevista alcuna esenzione di pena per chi commissioni la gravidanza, si può ritenere che quando i genitori di intenzione concorrono con il medico – per lo più nella veste di istigatori – nella violazione di cui al § 13, siano punibili in base al combinato disposto del § 29 della Legge sulla P.M.A. e del § 23 c.p., tenendosi ulteriormente conto che il terzo comma della disposizione da ultimo menzionata consente (trattandosi di un reato sanzionato con la reclusione non superiore a quattro mesi) l'esclusione della punibilità di chi, tra l'altro, si sia limitato a rafforzare un altrui proposito criminoso già autonomamente formatosi: si pensi all'ipotesi in cui sia stata l'aspirante madre surrogata a rivolgersi individualmente al medico.

Per quanto concerne l'*Adoptionsloven*, il primo comma del § 33 prevede che non si possa prestare o ricevere un aiuto allo scopo di mettere in contatto una donna e un terzo che vuole che la donna partorisca un bambino nel suo interesse<sup>47</sup>; il secondo comma vieta la pubblicizzazione finalizzata a consentire la messa in contatto di cui al comma 1<sup>48</sup>. Il § 34 punisce la violazione dei predetti divieti con la multa o con la reclusione fino a quattro mesi, ma in questo caso – a differenza di quanto stabilito in Germania dal § 14-b dell'*AdVermiG* per il reato di *Ersatzmuttervermittlung* – la legge non ha escluso la responsabilità né dell'aspirante gestante né del genitore di intenzione che richiedano, anche tramite pubblicizzazione della propria disponibilità, l'aiuto del mediatore per mettersi in contatto con la rispettiva controparte dell'accordo. Questa omissione solleva dubbi di coerenza sistematica alla luce dell'opposta scelta del legislatore di non punire direttamente le condotte contrattuali dei soggetti direttamente coinvolti, e di prevedere una clausola di non punibilità per i reati indicati nel § 29 della legge sulla P.M.A.

Anche in queste ipotesi normative, così come rilevato per l'ordinamento tedesco, l'incriminazione della mediazione nella maternità surrogata prescinde dall'applicazione di trattamenti medici, potendo profilarsi, in assenza di confini tracciati dalla norma, anche nella gestazione naturalmente iniziata

<https://nationaltcenterforetik.dk/Media/638103312611594795/Udtalelse,%20surrogatmoderskab%20250123.pdf>.

45 Letteralmente: «*Stammer ægcellen ikke fra den kvinde, der skal føde barnet, og stammer sæden ikke fra hendes partner, må der kun etableres assisteret reproduktion, hvor brug af både doneret sæd og doneret ægcelle er sundhedsfagligt begrundet og enten sæden eller ægcellen er doneret i ikkeanonym form*».

46 La clausola sanzionatoria di cui al § 29 fa rinvio alla violazione di una serie di divieti, tra cui quelli previsti dai §§ 5 e 13.

47 Letteralmente: «*Hjælp må ikke ydes eller modtages med henblik på at opnå forbindelse mellem en kvinde og en anden, der ønsker, at kvinden skal føde et barn til denne*».

48 Letteralmente: «*Annoncering må ikke foretages med henblik på at opnå en forbindelse, som nævnt i stk. 1*».

nell'interesse altrui.

Tutte le norme incriminatrici formulate in materia sono poste a protezione della salute psicofisica della gestante<sup>49</sup>, perseguendo anche lo scopo di salvaguardare le relazioni legali di genitorialità<sup>50</sup>, fondate, per quanto riguarda la posizione materna, sull'evento del parto. Solo in via eventuale è tutelata la dignità dei soggetti direttamente coinvolti nell'accordo, nei casi in cui si tratti di contratti facilitati da una mediazione a fini di lucro, poiché le norme non contemplano tale finalità nella costruzione delle fattispecie, nonostante i dibattiti nella dottrina danese si siano focalizzati soprattutto sull'illiceità della commercializzazione della maternità surrogata<sup>51</sup>.

#### 4. La Svizzera: la base costituzionale dei divieti in materia di surrogazione di maternità e i requisiti soggettivi di accesso alla procreazione assistita

Particolarmente rigoroso è l'approccio dell'ordinamento svizzero sulla maternità surrogata, tanto che l'art. 119, comma 2, d) della Costituzione<sup>52</sup>, nell'ambito dei principi strumentali alla tutela della dignità umana, della personalità e della famiglia, e in linea con l'intento di protezione dell'essere umano dagli abusi della medicina riproduttiva (comma 1), stabilisce espressamente che la donazione di embrioni e ogni altra forma di maternità surrogata sono inammissibili<sup>53</sup>: si tratta dell'unico ordinamento, tra quelli analizzati in questa sede, in cui il divieto della pratica in esame è stato addirittura elevato a norma della Legge costituzionale.

In materia, rilevano le previsioni della Legge federale concernente la procreazione con assistenza medica del 1998 (LPAM), per come successivamente riformata<sup>54</sup>. È interessante notare come le tecniche siano applicabili soltanto a favore delle coppie (art. 1, comma 2), e come la fecondazione eterologa

49 Cfr. F.H. Pedersen, *Forældremyndighed i forbindelse med økonomisk kompenseret surrogatmoderskab*, in *Tidsskrift for Familie- og Arveret*, 2017, 2, p. 80.

50 Cfr. S. Mohr, L. Koch, *Transforming social contracts*, cit., p. 90.

51 *Ibidem*.

52 Costituzione federale della Confederazione Svizzera del 18 aprile 1999 (Stato 13 febbraio 2022), in *Confederazione svizzera*, <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1999/404/it>.

53 Secondo M. Levy, *Art. 119. Fortpflanzungsmedizin und Gentechnologie im Humanbereich*, in *Projet imaginaire de révision de la Constitution fédérale en hommage au Prof. Luzius Mader*, S. Weerts, C. Rossat-Favre, C. Guy-Ecabert, A. Benoît, A. Flückiger (eds.), Basel, Helbing & Lichtenhahn, 2018, pp. 199 ss., il divieto collocato nella Costituzione svizzera persegue non solo lo scopo di evitare lo sfruttamento dei minori nati da madri surrogate, e delle stesse donne, ma anche quello di riaffermare un modello familiare tradizionale, conformemente ai limiti imposti dall'art. 14 alle coppie dello stesso sesso, in relazione al matrimonio e alla creazione di una famiglia. Sostiene che l'art. 119 miri a tutelare l'istituzione familiare, come prerequisito necessario per la realizzazione del diritto individuale a formare una famiglia e alla protezione della propria vita familiare, D. Picecchi, *Kommentar zu Art. 119 BV, in Fortpflanzungsmedizinengesetz*, A. Büchler, B. Rüttsche (hrsgg.), Bern, Stämpfli Verlag, 2020, p. 118, § 42. Ritengono che la dignità sia il bene giuridico tutelato dai divieti formulati nell'art. 119 della Costituzione, R. Reusser, R.J. Schweizer, *Art. 119. Fortpflanzungsmedizin und Gentechnologie im Humanbereich*, in *St. Galler BV-Kommentar*, B. Ehrenzeller, P. Egli, P. Hettich, P. Hongler, B. Schindler, S.G. Schmid, R.J. Schweizer (hrsgg.), 2. Aufl., Zürich-St. Gallen-Genf, Dike-Schulthess, 2023, pp. 3175 ss.

54 Legge federale concernente la procreazione con assistenza medica (Legge sulla medicina della procreazione, LPAM) del 18 dicembre 1998 (Stato 1° luglio 2023), in *Confederazione svizzera*, <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2000/554/en>.

con il dono di spermatozoi possa essere attuata solo a beneficio di quelle coniugate (art. 3, comma 3); l'ovodonazione, invece, risulta assolutamente vietata (art. 4). Grazie alla riforma del diritto di famiglia entrata in vigore nel 2022, con cui sono stati anche introdotti i matrimoni *same-sex*, si è consentito alle coppie di donne sposate di ricorrere alla fecondazione assistita mediante l'apporto genetico di un donatore anonimo, con acquisizione della genitorialità anche da parte di colei che non abbia partorito il bambino così concepito (art. 255a c.c.)<sup>55</sup>, mentre restano escluse dalla P.M.A. le donne *singles*, gli uomini *singles* e le coppie di uomini, anche se coniugati. La preclusione nei confronti di queste ultime due categorie, anche in questo ordinamento, è legata al divieto della surrogazione di maternità, a cui un uomo privo di una *partner* sarebbe fisiologicamente costretto a ricorrere.

#### 4.1. La repressione penale dell'intervento medico e della mediazione anche non lucrativa nella maternità surrogata

L'art. 2, comma 1, k), *LPAM* definisce la madre surrogata come una donna che sia disposta a rimanere incinta attraverso le tecniche di riproduzione assistita, a condurre a termine la gravidanza e a consegnare definitivamente il bambino a terzi dopo il parto: così come si è riscontrato nell'*ESchG* dell'ordinamento tedesco, nessun riferimento è stato fatto a un eventuale accordo con un soggetto committente, essendo sufficiente l'intenzione della donna di sottoporsi ai trattamenti nell'interesse di terzi, anche quando questi vengano individuati in un momento successivo all'avvio della gravidanza.

La pratica è vietata, insieme alla donazione di ovociti e di embrioni, dall'art. 4. Optando per una strategia repressiva indiretta del fenomeno, simile alle scelte di politica criminale adottate nell'ordinamento tedesco e in quello danese, l'art. 31 sanziona, con una pena detentiva fino a tre anni o con una pena pecuniaria, chiunque applica una tecnica di riproduzione assistita su una madre surrogata (primo comma) e chi fa da mediatore per la maternità surrogata (secondo comma). In entrambi i casi, si avrà punibilità solo se l'autore del fatto sia a conoscenza della volontà della donna di condurre la gravidanza nell'altrui interesse, non essendo stata prevista dalla legge la responsabilità a titolo di colpa (art. 12 c.p.)<sup>56</sup>.

L'implicito rinvio alla definizione data nell'art. 2, oltre che la stessa collocazione sistematica delle norme in materia, implica che anche il campo applicativo del delitto di mediazione debba essere circoscritto alla sola maternità surrogata attuata attraverso le tecniche mediche, con esclusione della mediazione nella gestazione per altri iniziata attraverso le vie naturali, invece punita secondo le normative degli ordinamenti finora analizzati.

L'intenzione del legislatore è stata quella di tutelare le donne e i minori contro i pericoli di sfruttamento sottesi a questa pratica<sup>57</sup>, sebbene, in assenza di riferimenti normativi al lucro conseguito o

<sup>55</sup> Codice civile svizzero del 10 dicembre 1907 (Stato 1° settembre 2023), in *Confederazione svizzera*, [https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/24/233\\_245\\_233/it](https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/24/233_245_233/it), per come modificato dalla Legge Federale del 18 dicembre 2020 (Matrimonio per tutti), in vigore dal 1° luglio 2022, in *Confederazione svizzera*, <https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2020/2687/it/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-fga-2020-2687-it-pdf-a.pdf>.

<sup>56</sup> Codice penale svizzero del 21 dicembre 1973 (Stato 1° settembre 2023), in *Confederazione svizzera*, [https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/54/757\\_781\\_799/it](https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/54/757_781_799/it).

<sup>57</sup> Cfr. Schweizerischen Bundesrates, Botschaft über die Volksinitiative «zum Schutz des Menschen vor Manipulationen in der Fortpflanzungstechnologie (Initiative für menschenwürdige Fortpflanzung, FMF)» und zu einem Bundesgesetz über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung (*Fortpflanzungsmedizinengesetz, FMedG*), n. 96.058, 26 giugno 1996, § 324.203,

soltanto perseguito dagli autori dei fatti di reato, siano punibili anche le condotte realizzate a fini puramente altruistici (si pensi a un parente o a un amico della coppia, o della donna, che metta gratuitamente in comunicazione le due parti): si addivene, in tal modo, a una tutela oltranzista della dignità umana, indipendente da una mercificazione, diretta o indiretta, della gestante o del concepito, alla stregua di quanto avviene nell'ordinamento danese, in cui pure è punita la mediazione *tout court*. In tal senso, anche il Consiglio federale svizzero ha rilevato che «*Il ne peut donc pas résulter de manière générale de l'art. 7 en relation avec l'art. 119 al. 2 CF que chaque cas de maternité de substitution porte atteinte à la dignité de la mère porteuse ou de l'enfant*»<sup>58</sup>.

Nonostante il soggetto attivo sia, nella prima fattispecie, il sanitario (in quanto soggetto che "applica" i trattamenti), e, nella seconda, il mediatore, può ritenersi che i committenti possano essere responsabili a titolo di istigazione o di complicità (artt. 24 e 25 c.p.) nei reati menzionati<sup>59</sup>: a differenza di quanto avviene nell'ordinamento tedesco, e parzialmente in quello danese, infatti, la legge svizzera non presenta clausole di non punibilità *ad hoc*. Ricorrendo all'interpretazione sistematica, può ritenersi che, invece, il legislatore non abbia voluto in alcun modo consentire la punibilità della madre surrogata, in quanto essa è menzionata in entrambe le norme incriminatrici come concorrente necessario del reato senza che, tuttavia, sia stato fatto riferimento a una sua condotta da punire, a differenza di quanto avvenuto nell'art. 118 c.p. sull'interruzione di gravidanza<sup>60</sup>: si tratterebbe, seguendo questa linea esegetica, di un'opzione di politica criminale ispirata al paternalismo indiretto, come d'altronde si evince dal Messaggio del Consiglio federale svizzero relativo alla legge sulla P.M.A., che conferma la non punibilità della madre surrogata per il delitto di cui all'art. 31<sup>61</sup>.

Va, infine, segnalato che la maternità legale spetta alla partoriente, *ex art.* 252, comma 1, del codice civile, e che il committente che abbia fornito i suoi spermatozoi per la fecondazione potrà riconoscere il figlio in base al secondo comma della medesima disposizione. L'eventuale *partner* dello stesso potrà procedere all'adozione del figlio del congiunto secondo l'art. 264c c.c., rimedio ormai fruibile (in seguito alla riforma del 2018) anche dal *partner* registrato di una coppia *same-sex*, come recentemente ribadito dalla Corte Edu<sup>62</sup>.

*Leihmutterchaft* (Art. 31), in 10 Bundesblatt 148. Jahrgang. Bd. III, 1996-382, p. 279.

58 Confédération suisse, *Maternité de substitution, Rapport du Conseil fédéral du 29 novembre 2013 en exécution du postulat Fehr (12.3917) et expertise de l'Office fédéral de la Justice du 15 mai 2013*, in Confédération suisse, <https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/publiservice/publikationen/berichte-gutachten/2013-11-29.html>, § 3.5., p. 40.

59 Si veda N. Bertschi, *Leihmutterchaft. Theorie, Praxis und rechtliche. Perspektiven in der Schweiz, den USA und Indien*, Bern, Stämpfli Verlag, 2014, p. 25.

60 *Ibidem*, spec. nota 129. Secondo l'art. 118 c.p., «1. Chiunque interrompe una gravidanza con il consenso della gestante, istiga una gestante ad interrompere la gravidanza o le presta aiuto nel farlo, senza che le condizioni dell'articolo 119 siano adempiute, è punito con una pena detentiva sino a cinque anni o con una pena pecuniaria.

2. Chiunque interrompe una gravidanza senza il consenso della gestante è punito con una pena detentiva da uno a dieci anni.

3. La gestante che interrompe la gravidanza da sola o con l'aiuto di un terzo o partecipa altrimenti a interromperla dopo la dodicesima settimana dall'inizio dell'ultima mestruazione, senza che le condizioni dell'articolo 119 capoverso 1 siano adempiute, è punita con una pena detentiva sino a tre anni o con una pena pecuniaria.

4. Nei casi di cui ai capoversi 1 e 3, l'azione penale si prescrive in tre anni».

61 Schweizerischen Bundesrates, *Botschaft*, cit., p. 279.

62 Si veda Corte Edu, 22 novembre 2022, *D.B. and others v. Switzerland*, ric. nn. 58817/15-58252/15.

## 5. L'Olanda: la maternità surrogata come fenomeno normativamente regolato

Nell'ordinamento olandese la maternità surrogata attraverso procreazione medicalmente assistita risulta consentita a certe condizioni, sebbene l'accordo tra le parti non sia suscettibile di esecuzione giudiziale e non rilevi sul piano dell'attribuzione dello *status* genitoriale in capo al minore così concepito.

La prima apertura si è avuta con il parere del Ministro della salute, del welfare e dello sport, del 1997<sup>63</sup>, con cui si è autorizzata l'attuazione della fecondazione *in vitro* finalizzata alla surrogazione di maternità, a condizione che la madre di intenzione presenti una patologia che le impedisca di avviare e proseguire con successo una gravidanza, che tutti i soggetti coinvolti siano stati adeguatamente informati e che la madre surrogata abbia già avuto almeno un figlio. Immediatamente successiva è stata l'emanazione, da parte del governo olandese, del *Planningsbesluit in-vitrofertilisatie*<sup>64</sup>, secondo cui l'applicazione della fecondazione *in vitro* in combinazione con la maternità surrogata deve avvenire in conformità alla *Richtlijn* dell'Associazione Olandese di Ostetricia e Ginecologia (NVOG). Nelle linee guida del 1999, tra l'altro, si ammetteva la maternità surrogata con fecondazione *in vitro* (I.V.F.) soltanto mediante l'utilizzo dei gameti di entrambi i *partners* committenti (cd. *'hoog-technologisch' draagmoederschap*), con esclusione, tra l'altro, delle coppie *same-sex*<sup>65</sup>. Con la revisione delle linee guida nel 2016<sup>66</sup>, e soprattutto in seguito all'adozione del *Modelreglement Embryowet* nel 2018<sup>67</sup>, redatto dalla stessa NVOG insieme all'Associazione per l'Embriologia clinica (KLEM), la suddetta condizione di appartenenza genetica totale dell'embrione alla coppia committente è venuta meno, ed è stata prevista e regolamentata anche la surrogazione di maternità con I.V.F. per le coppie *same-sex*, per lo più composte da uomini<sup>68</sup>, oltre che per le coppie *opposite-sex* in cui soltanto uno dei *partners* fornisca il proprio gamete per la fecondazione. È previsto, inoltre, che, in casi eccezionali, possa ammettersi la maternità surrogata anche in assenza di un qualunque legame genetico dei committenti con il minore. La cd. maternità surrogata tradizionale, in cui la gestante risulta essere anche madre genetica del minore (cd. *'laag-technologisch' draagmoederschap*), resta esclusa dalla disciplina della procreazione medicalmente assistita, in quanto si tratta di un fenomeno realizzabile anche attraverso le vie naturali<sup>69</sup>.

63 Rijksbegroting van het ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport voor het jaar 1997. Brief minister inzake de aanbevelingen van de Gezondheidsraad over ideëel draagmoederschap, Rijswijk, 14 februari 1997, in *Sdu NDFR*, <https://www.ndfr.nl/content/kst-25000-XVI-51>.

64 La prima versione risale al 1998, in *Overheid.nl*, <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stcrt-1998-95-p14-SC13948.pdf>. La versione attualmente in vigore è quella del 2016, per come successivamente riformata, in *Overheid.nl*, <https://wetten.overheid.nl/BWBR0038113/2018-08-01>.

65 Cfr. L. Pluym, *Draagmoederschap naar Belgisch en Nederlands Recht*, in *Familie e Recht*, mei 2015, nr. 27-28.

66 NVOG-standpunt Geassisteerde voortplanting met gedoneerde gameten en gedoneerde embryo's en draagmoederschap, June 2016, in *NVOG*, <https://www.nvog.nl/wp-content/uploads/2018/02/Geassisteerde-voortplanting-met-gedoneerde-gameten-en-gedoneerde-embryo%E2%80%99-1.0-08-07-2016.pdf>.

67 Nederlandse Vereniging voor Obstetrie & Gynaecologie (NVOG) - Vereniging voor Klinische Embryologie (KLEM), *Modelreglement Embryowet*, 27 augustus 2018, in *NVOG*, <https://www.nvog.nl/wp-content/uploads/2018/08/Modelreglement-Embryowet-NVOG-en-KLEM-definitief-augustus-2018.pdf>.

68 Solo rispetto alla coppia *same-sex* al maschile, infatti, si rende fisiologicamente sempre necessario l'ausilio della madre surrogata per la gestazione, mentre, nel caso delle coppie di donne, questa pratica potrebbe essere necessaria solo quando entrambe soffrano di un'anomalia o della mancanza dell'utero.

69 Cfr. I. Curry-Sumner, M. Vonk, *Surrogacy in the Netherlands*, in *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the*

Per quanto riguarda il contrasto alla mercificazione del corpo femminile, oltre alle fattispecie penali che esamineremo nel prosieguo, è interessante notare che già le prime norme emanate in materia dalle associazioni professionali competenti, consentivano l'intervento medico solo in assenza del pagamento di un corrispettivo alla gestante e dell'intermediazione di terzi a fini commerciali. Il *Model-reglement* del 2018 ha, infine, consentito agli aspiranti genitori di rimborsare alla madre surrogata le spese effettivamente sostenute per sottoporsi alla procedura<sup>70</sup>.

Mancano istituti civilistici *ad hoc*, finalizzati all'acquisizione della genitorialità da parte dei committenti la gravidanza nel proprio interesse: la madre legale del nato è colei che lo ha partorito (art. 1:198 del codice civile<sup>71</sup>) e la paternità spetta al marito della donna o a colui che abbia riconosciuto il minore, come il committente che abbia un legame genetico con lo stesso (art. 1:199 c.c.); in quest'ultimo caso, il *partner* o la *partner* del padre genetico, potrà, con il consenso della madre gestazionale, adire l'autorità giudiziaria per richiedere l'adozione del bambino (art. 1:227 ss. c.c.). La coppia potrà ricorrere all'adozione congiunta quando nessuno dei due suoi componenti abbia un legame genetico con il minore.

Il ricorso al diritto penale risulta limitato alla repressione dei soggetti che pubblicizzano la disponibilità dei genitori di intenzione o della madre surrogata o che, in una fase successiva, si interpongono, nelle vesti di professionisti o imprenditori, nella conclusione dell'accordo tra gli stessi. Il committente e la surrogata, invece, non sono considerati responsabili per il fatto di stipulare l'accordo, nemmeno se a titolo oneroso, salva la loro punibilità nel caso di pubblicizzazione della propria disponibilità.

## 5.1. La repressione della pubblicizzazione e della mediazione professionale e imprenditoriale nella surrogazione di maternità mediante trattamenti medici o in via naturale

Il prospettato quadro sintetico della strategia repressiva adottata dà già l'idea che il legislatore abbia inteso prevenire la conclusione degli accordi di surrogazione, incriminando soltanto quei soggetti estranei che si interpongono nell'accordo tra le parti a titolo professionale e con un conseguente, pur non esplicitato, scopo di lucro. Il fenomeno, nella sua dimensione contrattualistica, è stato invece collocato nella sfera privata e intangibile dell'individuo fisicamente od emotivamente coinvolto nelle questioni relative alla procreazione e alla genitorialità.

Va, anzitutto, prestata attenzione alla definizione resa dal terzo comma dell'art. 151-b del codice penale<sup>72</sup>, secondo cui è considerata madre surrogata la donna rimasta incinta con l'intenzione di dare alla luce un bambino nell'interesse di un'altra persona che desidera acquisirne la potestà genitoriale o comunque prendersene cura ed educarlo in modo permanente<sup>73</sup>. Appare subito chiaro, per la generi-

*International Level*, K. Trimmings, P. Beaumont (eds.), Oxford-Portland, Hart Publishing, 2013, pp. 280 ss.

<sup>70</sup> Sul problema della quantificazione delle spese rimborsabili e del *discrimen* rispetto alla vera e propria mercificazione, si vedano J. Blazier, R. Janssens, *Regulating the International Surrogacy Market: the Ethics of Commercial Surrogacy in the Netherlands and India*, in *Medicine, Health Care and Philosophy*, 2020, 23, pp. 621 ss.

<sup>71</sup> Burgerlijk Wetboek Boek 1, in *Overheid.nl*, <https://wetten.overheid.nl/BWBR0002656/2023-07-01>.

<sup>72</sup> Wetboek van Strafrecht, in in *Overheid.nl*, <https://wetten.overheid.nl/BWBR0001854/2023-09-01>.

<sup>73</sup> Letteralmente: «*Als draagmoeder wordt aangemerkt de vrouw die zwanger is geworden met het voornemen een kind te baren ten behoeve van een ander die het ouderlijk gezag over dat kind wil verwerven, dan wel anderszins duurzaam de verzorging en opvoeding*

cità della formulazione della norma, che il fenomeno della maternità surrogata possa prendere forma non solo nel contesto dei trattamenti di procreazione medicalmente assistita – per cui, comunque, è stata prevista una specifica regolamentazione del fenomeno – ma anche nell’ambito delle gestazioni iniziate naturalmente. Ciò che invece emerge *ictu oculi* dalla definizione legislativa, con conseguente limitazione del campo applicativo dei reati connessi a questa pratica e con notevoli problemi sul piano probatorio<sup>74</sup>, è che la volontà della donna di condurre la gravidanza nell’interesse altrui debba avere condizionato l’inizio stesso della gestazione, e quindi essere preesistente alla stessa, dato che la norma definisce la madre surrogata come una donna “rimasta incinta con l’intenzione” («*die zwanger is geworden met het voornemen*») di portare avanti la gravidanza a beneficio dei genitori di intenzione. Si tratta di un tratto comune agli ordinamenti già analizzati e a quelli che saranno successivamente esaminati, in cui, anche dove non compare un’espressa menzione della previa intenzione della gestante su commissione, c’è comunque un costante riferimento all’accordo intervenuto tra le parti prima dell’avvio della gravidanza. Si pensi, in particolare, alla Germania, ove la definizione contenuta nell’*ESchG* richiede la volontà della donna di rivestire il ruolo di gestante su commissione (così come avviene nella legge svizzera), mentre quella formulata nell’*AdVermiG*, oltre a riferirsi alla previa intenzione della donna, contempla pure la necessità di un previo accordo tra le parti (accordo a cui, invece, si fa esclusivo riferimento nella legge danese).

Dal punto di vista delle incriminazioni a tal fine previste, ricomprese tra i reati contro l’ordine pubblico, lo stesso art. 151-b, al primo comma, punisce con la reclusione fino a un anno o con la multa fino a 22.500 euro (cd. multa di quarta categoria, ex art. 23, comma 4, c.p.) chiunque, nell’esercizio di una professione o di un’impresa, volontariamente determina o agevola le trattative o gli accordi, diretti o indiretti, tra una madre surrogata (dunque già incinta) o una donna intenzionata a diventare tale (cioè non ancora incinta), e un’altra persona intenzionata a realizzare gli scopi cui al comma 3<sup>75</sup>. Il secondo comma, inoltre, punisce con la stessa pena sia il soggetto che pubblicamente offre servizi consistenti nell’avvio o nella promozione di trattative o di accordi di cui al primo comma (lett. a.), sia la persona che pubblicizza l’intenzione di una donna di diventare madre surrogata o la sua attuale disponibilità come tale, o che pubblicizza la ricerca di una donna intenzionata a diventare una madre surrogata o già disponibile in quanto tale (lett. b.)<sup>76</sup>.

*van dat kind op zich wil nemen».*

74 Cfr. Tweede Kamer der Staten-Generaal, Vergaderjaar 1990-1991, 21 968, *Aanvulling van het Wetboek van Strafrecht met enige bepalingen strekkende tot het tegengaan van commercieel draagmoederschap*, *Memorie Vain Toelichting*, § 3, in *Overheid.nl*, [https://repository.overheid.nl/frbr/sgd/19901991/0000033110/1/pdf/SGD\\_19901991\\_0006544.pdf](https://repository.overheid.nl/frbr/sgd/19901991/0000033110/1/pdf/SGD_19901991_0006544.pdf). Si consideri, tuttavia, che, sul piano degli interventi repressivi esplicitamente mirati a colpire i mediatori nella stipulazione dell’accordo, l’art. 151-c incrimina chiunque, nell’esercizio di una professione o nella conduzione di un’impresa, determina o agevola volontariamente trattative, dirette o indirette, tra una donna e un’altra persona a cui la prima sia intenzionata a trasferire permanentemente la responsabilità delle cure e dell’educazione del minore. In questo caso, l’assenza di un qualunque riferimento alla maternità surrogata o di un rinvio formale alla definizione di cui all’art. 151-b, terzo comma, disvela che la fattispecie possa applicarsi a colui che faccia da mediatore nell’accordo di cessione del bambino a terzi nel caso di semplici gravidanze indesiderate o, comunque, anche in quelle ipotesi in cui il sospetto che la donna coinvolta sia una madre surrogata, non sia sorretto dalla prova che la volontà di condurre la gravidanza a beneficio di terzi fosse preesistente e determinante rispetto all’avvio della stessa gestazione.

75 Letteralmente: «*Degene die in de uitoefening van een beroep of bedrijf opzettelijk tweeebrenghet of bevordert dat een draagmoeder of een vrouw die draagmoeder wenst te worden, rechtstreeks of middellijk met een ander onderhandelt of een afspraak maakt ten einde het voornemen, bedoeld in het derde lid, uit te voeren, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de vierde categorie*».

76 Letteralmente: «*Met dezelfde straf wordt gestraft:*

Come è evidente, le fattispecie formulate nel primo comma e nella lett. a. del secondo comma puniscono soltanto i soggetti terzi che si interpongono, come mediatori, nell'accordo tra la madre surrogata e i committenti la gravidanza; tale accordo, invece, è escluso dall'incriminazione, per cui suole dirsi che la norma mira a punire la mediazione professionale e commerciale nella surrogazione di maternità, e non la surrogazione in sé, anche quando si realizzi a titolo oneroso<sup>77</sup>. A tal riguardo si ritiene che la *ratio* di queste figure di reato sia disincentivare la surrogazione di maternità attraverso l'autonoma repressione del contributo dato da terzi alla conclusione del patto tra le parti<sup>78</sup>.

Nessuna delle norme fa espresso riferimento a uno scopo lucrativo o a un carattere oggettivamente economico dell'opera di mediazione, che si può presumere esclusivamente sulla base delle qualifiche soggettive necessariamente rivestite dai soggetti attivi dei reati: dovrà trattarsi, cioè, di un soggetto che agisca nell'esercizio di una professione o di un'impresa (primo comma), o che, a tal fine, offra il suo servizio pubblicamente (secondo comma, lett. a.).

Sulla base dei precedenti rilievi sugli intenti repressivi delle forme di mercificazione "esterna" della maternità surrogata – cioè da parte di soggetti non coinvolti direttamente nella pratica – sembra poco coerente che la lett. b. del secondo comma dell'art. 151-b configuri la pubblicizzazione della surrogazione di maternità, che potrebbe avvenire attraverso giornali, riviste o siti web, come reato comune. La norma, infatti, non richiede la sussistenza di alcuna particolare qualifica professionale o aziendale in capo a chi pubblicizzi la disponibilità della madre surrogata o dei genitori di intenzione, tanto che si ritiene che soggetto attivo possa essere, oltre a un terzo, anche la stessa surrogata o l'aspirante genitore che faccia pubblicizzazione della propria disponibilità<sup>79</sup>, sebbene si tratti di un esito poco coerente con la scelta di non incriminare la stipulazione dell'accordo tra le stesse parti. Sarebbe stato ragionevole inserire, anche in questo caso, un riferimento al ruolo professionale o imprenditoriale del soggetto attivo del reato, in modo non solo da garantire l'impunità dei soggetti direttamente coinvolti, secondo esigenze di non contraddizione delle norme in materia, ma anche da reprimere le sole forme di agevolazione commerciale del fenomeno, secondo quelle che furono le linee direttrici della legge del 16 settembre 1993, che introdusse nel codice penale l'art. 151-b<sup>80</sup>.

a. *degene die in het openbaar diensten aanbiedt, bestaande uit het teweegbrengen of bevorderen van onderhandelingen of een afspraak als bedoeld in het eerste lid;*

b. *degene die openbaar maakt dat een vrouw draagmoeder wenst te worden of als zodanig beschikbaar is, dan wel dat een vrouw die draagmoeder wenst te worden of als zodanig beschikbaar is, wordt gezocht».*

<sup>77</sup> Cfr. K. Boele-Woelki, I. Curry-Sumner, W. Schrama, M. Vonk, *Draagmoederschap en illegale opnemings van kinderen (Surrogacy and illegal placement of children)*, Utrecht, Utrecht Centre for European research into Family Law, 2011, p. 34, ove si sottolinea che, per questa ragione, la maternità surrogata commerciale risulta impunita.

<sup>78</sup> *Id.*, *ivi*, p. 37. Conf. M.J. Vonk, *Maternity for another: a Double Dutch approach*, in *Collection Colloques Société de législation compare*, Paris, Société de législation compare, 2011, p. 1.

<sup>79</sup> Così Kamerstukken II 1990-1991, 21 968 nr. B, pp. 1-2.

<sup>80</sup> In tale direzione, si è pronunciato il Consiglio di Stato in un suo parere sul disegno di legge: Advies Raad van State, Aan de Koningin 's-Gravenhage, 6 december 1990, in *Overheid.nl*, [https://repository.overheid.nl/frbr/sgd/19901991/0000033112/1/pdf/SGD\\_19901991\\_0006546.pdf](https://repository.overheid.nl/frbr/sgd/19901991/0000033112/1/pdf/SGD_19901991_0006546.pdf).

## 5.2. La specifica ipotesi della maternità surrogata attuata mediante P.M.A. in vitro (cd. Hoogtechnologisch draagmoederschap): disciplina normativa e ambito di liceità dell'intervento sanitario

Abbiamo già osservato come le condizioni che consentono l'esecuzione delle tecniche di fecondazione assistita finalizzata alla maternità surrogata, sono contenute nelle linee guida della *NVOG* e nel *Modelreglement Embryowet* del 2018, tra cui figura il divieto di retribuire la madre surrogata con una somma di denaro che superi il ragionevole rimborso delle spese affrontate, il pieno consenso della gestante e del suo eventuale *partner*, la necessità – derogabile in casi eccezionali e con l'autorizzazione del Consiglio per la protezione dei minori (*Raad voor de Kinderbescherming – RDVK*) – che almeno uno dei due *partners* committenti abbia un legame genetico con il nascituro.

L'insussistenza delle suddette condizioni imporrebbe l'astensione del medico dall'applicare le metodiche sull'aspirante madre surrogata e, in ogni caso, potrebbe costituire un ostacolo all'adozione del minore da parte dei soggetti committenti la gravidanza. Non sono state, tuttavia, previste specifiche sanzioni penali per il medico che esegua le tecniche in violazione dei requisiti indicati nelle linee guida e nel regolamento.

In ogni caso, il sanitario non sarà penalmente responsabile per avere agevolato l'accordo di surrogazione di maternità, ex art. 151-b c.p., purché abbia accettato di eseguire i trattamenti in una struttura sanitaria dotata di apposita licenza, come richiesto dall'art. 2 della Legge sulle procedure mediche speciali (*Wet op bijzondere medische verrichtingen*)<sup>81</sup>, a cui fa rinvio l'Appendice 2 del summenzionato *Planningsbesluit in-vitrofertilisatie* del 2016. La presenza della licenza funge, in tal senso, da causa di giustificazione della mediazione professionale in ambito sanitario, coerentemente con l'intenzione del legislatore di escludere dal campo applicativo dei reati in materia il personale medico che operi nell'ambito del legittimo esercizio sue funzioni<sup>82</sup>. L'eventuale esecuzione del trattamento fuori da tali strutture autorizzate, dunque, potrà comportare per il sanitario non soltanto l'irrogazione della sanzione amministrativa pecuniaria non superiore a 33.500 euro, prevista dall'art. 12 della Legge sulle procedure mediche speciali, ma anche l'integrazione del reato di cui all'art. 151-b c.p.

In conclusione, va rilevato che la pur sommaria regolamentazione della maternità surrogata attuata attraverso P.M.A., spiega la mancanza di una fattispecie che incrimini il medico che esegua le tecniche sulla donna, conoscendo le sue reali intenzioni: questo dato lascia emergere che la normativa olandese si colloca in una zona intermedia tra gli ordinamenti che puniscono anche l'intervento sanitario sulla gestante per altri (Germania, Danimarca, Svizzera), e quelli che, come vedremo, disciplinano compiutamente sia le condizioni della surrogazione di maternità, sanzionandone l'inosservanza, sia gli effetti civili in capo ai soggetti committenti.

81 *Wet op bijzondere medische verrichtingen, Geraadpleegd op 13-09-2023, Geldend van 01-07-2021 t/m heden, in Overheid.nl, <https://wetten.overheid.nl/BWBR0008974/2021-07-01>. Così K. Boele-Woelki, I. Curry-Sumner, W. Schrama, M. Vonk, *Draagmoederschap*, cit., p. 39.*

82 Cfr. M.J. Vonk, K. Boele-Woelki, A. Fuchs, *Surrogacy and same-sex couples in The Netherlands*, in *Legal recognition of same-sex relationships in Europe National, cross-border and European perspectives*, K. Boele-Woelki, A. Fuchs (eds.), 2<sup>nd</sup> ed., Cambridge-Antwerp-Portland, Intersentia, 2012, p. 124.

## 6. La Francia: i requisiti di accesso all'assistenza medica alla procreazione dopo la riforma del 2021 e la perdurante limitazione per gli uomini single e in coppia same-sex

L'art. 2141-1 del Codice di pubblica sanità francese definisce l'«*assistance médicale a la procréation*» come l'insieme di quelle pratiche cliniche e biologiche che consentono il concepimento *in vitro*, la conservazione dei gameti, dei tessuti germinali e degli embrioni, il trasferimento degli embrioni e l'inseminazione artificiale. Il legislatore, come già si evince dalla tecnica definitoria utilizzata nella disposizione, ha inteso regolare il fenomeno procreativo nella misura in cui esso venga attuato mediante assistenza medica: come affermato dal Consiglio di stato, «*si la loi régit cette pratique, c'est parce que des médecins interviennent dans le processus procréatif, ce que sa dénomination traduit: ce n'est pas la procréation (procréation médicalement assistée) qui est régie, mais seulement l'activité médicale (assistance médicale à la procréation)*»<sup>83</sup>.

Prima della riforma del 2021, l'art. 2141-2 del Codice di pubblica sanità (*Code de la santé publique, CSP*)<sup>84</sup> prevedeva che l'assistenza medica alla procreazione dovesse perseguire lo scopo di rimediare all'infertilità di una coppia formata da un uomo e da una donna<sup>85</sup> o di evitare la trasmissione di una malattia particolarmente grave al concepito o a uno dei due *partners* di sesso opposto, previa diagnosi dai medici. La legge n. 1017/2021<sup>86</sup>, dopo un lungo dibattito parlamentare, ha eliminato il riferimento alle cause patologiche dell'infertilità come condizione oggettiva di accesso alle tecniche, per cui la norma oggi si limita a stabilire che la P.M.A. è generalmente destinata a rispondere a un progetto genitoriale dei richiedenti («*l'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à un projet parental*»)<sup>87</sup>. L'obiettivo di ampliare le cause legittime di ricorso alle metodiche, fino a includere persino la sterilità "sociale" – ossia dovuta alla mancanza di un *partner* di sesso opposto – è stato raggiunto congiuntamente alla modifica dei requisiti soggettivi di accesso, che oggi individuano, come soggetti legittimati, le coppie formate da un uomo e una donna, le coppie formate da due donne e le donne *singles*<sup>88</sup>, ferma la necessità, con specifico riferimento alle coppie, che, al momento dell'inseminazione o del trasferimento dell'embrione, entrambi i *partners* siano vivi, risultino ancora

83 Conseil d'État, *La révision des lois de bioéthique. Étude adoptée par l'assemblée générale plénière le 9 avril 2009*, in *Conseil d'Etat*, [https://www.conseil-etat.fr/content/download/152110/file/etude-bioethique\\_ok.pdf](https://www.conseil-etat.fr/content/download/152110/file/etude-bioethique_ok.pdf), p. 36.

84 Code de la santé publique, in *Légifrance*, [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte\\_lc/LEGITEXT000006072665/2023-10-09/](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006072665/2023-10-09/).

85 Si noti che, sebbene l'incapacità di procreare che legittima l'accesso alle tecniche procreative, possa attenersi anche a uno soltanto dei membri della coppia, la norma faceva uso dell'espressione collettiva «*infertilité d'un couple*»: secondo I. Arnoux, *Les droits de l'être humain sur son corps*, Pessac, Presses universitaires de Bordeaux, 2003, p. 466, va sottolineato che «*la stérilité se présente souvent comme "une affaire de couple" et que le fonctionnement de la fécondité touche chacun des deux partenaires*». Si esprime in tal senso, nell'ambito delle scienze psicologiche, F. Cahen, *L'enfant impossible*, in *Persp. psych.*, 1978, n. 4, p. 358 ss.

86 LOI n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, in *Légifrance*, <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGIARTI000043886073/2021-08-04/>.

87 Si veda P. Curier-Roche, *La procréation médicalement assistée (PMA) dans le cadre de la nouvelle loi de bioéthique: «évolution-révolution» ?*, in *Revue de droit sanitaire et social*, 2021, 5, pp. 769 ss.

88 In argomento, si veda L. de Saint Pern, *La filiation des enfants à l'égard des couples de femmes et des femmes seules*, in *Journal du Droit de la Santé et de l'Assurance - Maladie (JDSAM)*, 2020/1, n. 25, pp. 19 ss.; J. Bellaisch-Allart, *L'accès à l'Assistance Médicale à la Procréation (AMP) pour les couples de femmes et les femmes seules : témoignage d'un responsable d'un centre d'AMP, quelles conséquences en pratique?*, in *Journal du Droit de la Santé et de l'Assurance - Maladie (JDSAM)*, 2022/2, n. 32, pp. 18 ss.

legati da una comunione di vita o da vincolo coniugale, e che nessuno dei due abbia revocato il suo consenso. La riforma, a tale scopo, ha anche disciplinato i rapporti di genitorialità delle coppie di donne, stabilendo che, ferma l'assegnazione della maternità alla partoriente, in base all'art. 311-25 del codice civile<sup>89</sup>, l'attribuzione dello *status* materno anche alla sua *partner* verrà a dipendere dal previo consenso fornito a un notaio ai fini dell'accesso alla P.M.A. con donazione di spermatozoi (art. 342-10 c.c.) e dal successivo riconoscimento congiunto del minore (art. 342-11 c.c.).

L'inquadramento della materia nell'ambito dell'esercizio dell'attività medica, spiega il ricorso al diritto penale come strumento volto a reprimere l'esecuzione di interventi di P.M.A. per finalità estranee a quelle espressamente contemplate. A tal fine, l'art. 511-24 c.p.<sup>90</sup> stabilisce che l'esecuzione delle attività di assistenza medica alla procreazione per scopi diversi da quelli stabiliti all'art. 2141-2 del Codice di pubblica sanità è punita con la reclusione fino a cinque anni e con la multa fino a 75.000 euro. Il bene giuridico protetto, come si evince anche dalla collocazione sistematica della norma incriminatrice tra le violazioni in materia di pubblica sanità, è la salute dei ricorrenti, che vanno sottoposti all'assistenza sanitaria alla procreazione soltanto se questa presenti per loro un'obiettivo utilità terapeutica, *lato sensu* intesa<sup>91</sup>, trattandosi di un'attività rischiosa, come può generalmente dirsi per qualunque trattamento medico. Si tratta di un reato "proprio", poiché realizzabile dal personale medico abilitato ad effettuare gli interventi di P.M.A. («*Le fait de procéder à des activités d'assistance médicale à la procréation à des fins autres...*»)<sup>92</sup>. Risulta comunque punibile la complicità, secondo il dettato dell'art. 121-7 c.p., di chi collabori materialmente con l'autore degli interventi procreativi vietati, oppure ne faciliti la preparazione o l'esecuzione (si pensi soprattutto al personale paramedico coinvolto); nonché di chiunque induca il personale medico a compiere gli interventi proibiti attraverso il ricorso alla minaccia, a un ordine, a un abuso di autorità o di potere (ad esempio, nel caso dei soggetti rivestiti di cariche superiori di carattere prettamente dirigenziale), oppure tramite dono o promessa (come potrebbe avvenire da parte dei soggetti beneficiari dell'intervento)<sup>93</sup>.

Resta precluso il ricorso alle tecniche da parte di uomini *singles* o in coppia *same-sex*, non solo perché queste categorie soggettive non sono contemplate tra quelle legittimate dall'art. 2141-2 CSP – e

<sup>89</sup> Code civil, in *Légifrance*, [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte\\_lc/LEGITEXT000006070721/](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070721/): «Article 311-25: La filiation est établie, à l'égard de la mère, par la désignation de celle-ci dans l'acte de naissance de l'enfant».

<sup>90</sup> Code pénal, in *Légifrance*, [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte\\_lc/LEGITEXT000006070719/](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070719/).

<sup>91</sup> Difatti, l'accesso alle tecniche di P.M.A., pur non costituendo un rimedio curativo delle diverse cause di sterilità, rappresenta un «*méthode de procréation alternative*»: I. Arnoux, *Les droits de l'être humain sur son corps*, cit., p. 425. Cfr. anche J. Penneau, *La responsabilité du médecin*, coll. *Connaissance du droit*, 2<sup>a</sup> ed., Paris, Dalloz, 1996, p. 85; X. Pin, *Le consentement en matière pénale*, Paris, LGDJ, 2002, p. 216, secondo cui l'evoluzione sociale ha portato a un ampliamento dell'attività medica lecita, in quanto l'interesse terapeutico *stricto sensu* inteso come curativo di un'infermità fisica è stato soppiantato da un generale "interesse medico" al benessere psichico. Invece, critico sulla funzione terapeutica dell'assistenza medica alla procreazione, evidentemente a causa di una personale concezione restrittiva del concetto di salute, è C. Neirinck, *L'anonymat du don de gamètes*, in *Donner et après...La procréation par don de spermatozoïdes avec ou sans anonymat?*, P. Jouannet, R. Mieusset (sous la direction de), Paris, Springer, 2010, p. 258, secondo cui «*L'assistance médicale à la procréation est un palliatif à la stérilité; elle n'est ni un soin, ni un traitement*».

<sup>92</sup> Così Sénat, Session ordinaire de 2015-2016, *Rapport d'information fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) sur l'assistance médicale à la procréation (AMP) et la gestation pour autrui (GPA)*, Par M. Yves Détraigne et Mme Catherine Tasca, *Sénateurs*, n. 409, Annexe au procès-verbal de la séance du 17 février 2016, in *Sénat*, <https://www.senat.fr/rap/r15-409/r15-409.html>, pp. 19-20.

<sup>93</sup> La pena prevista per i complici, ai sensi dell'art. 121-6 c.p., sarà la stessa che la fattispecie commina direttamente per l'autore del reato, secondo una disciplina che conferma la preferenza legislativa verso il modello unitario del concorso di persone.

potrebbero pertanto essere punite come complici nel delitto di cui all'art. 511-24 c.p. – ma anche perché la maternità surrogata, di cui l'uomo privo di una *partner* necessiterebbe per la realizzazione della sua aspirazione genitoriale, è generalmente vietata, pur non essendo direttamente sanzionata.

## 6.1. Il divieto di procreazione e di gestazione per altri

L'ordinamento francese non ammette la maternità surrogata, né a titolo oneroso né a titolo gratuito: l'art. 16-7 del codice civile, introdotto con la legge n. 653/1994<sup>94</sup>, stabilisce che qualsiasi accordo finalizzato alla procreazione o alla gestazione per conto di terzi è nullo. La norma delinea una distinzione di principio tra «*procréation*» e «*gestation*» per conto altrui, pur in assenza di una puntuale definizione legislativa di entrambi i fenomeni. Il Consiglio di Stato francese ha ritenuto che la prima espressione identifichi la situazione della donna che si offra di portare in grembo, per conto di terzi, un embrione concepito con il suo stesso ovocita, e che la seconda riguardi l'ipotesi in cui la gestante sia geneticamente estranea al nato, che potrebbe essere stato quindi concepito con il gamete della donna committente o di una terza donatrice<sup>95</sup>. Nel silenzio della legge, può ritenersi che il divieto abbia ad oggetto anche la procreazione per conto di terzi originata da un concepimento naturale, cioè avvenuto al di fuori dell'assistenza medica alla procreazione<sup>96</sup>.

La predetta disposizione si fonda su alcuni principi generali stabiliti nel medesimo capitolo del codice civile, dedicato al «*respect du corps humain*»: l'art. 16-1, secondo cui ciascuno ha diritto al rispetto del proprio corpo (primo comma), il corpo umano è inviolabile (secondo comma), il corpo umano, i suoi elementi e i suoi prodotti non possono costituire oggetto di diritti patrimoniali (terzo comma); l'art. 16-5, che prevede che gli accordi volti a conferire un valore patrimoniale al corpo umano, ai suoi elementi e ai suoi prodotti sono nulli; e l'art. 16-9 che qualifica le precedenti disposizioni come «*d'ordre public*». Essa, inoltre, si ricollega alle norme civilistiche che hanno positivizzato il principio *mater semper certa est*, collegando l'assunzione dello *status* materno all'evento della gravidanza: il summenzionato art. 311-25 e l'art. 332, primo comma, c.c. secondo cui la maternità può essere contestata dimostrando che la donna non ha dato alla luce il bambino.

Come già riscontrato negli ordinamenti finora analizzati, non esistono previsioni normative che puniscano specificamente le condotte contrattuali delle parti direttamente interessate. È assente, inoltre, una fattispecie incriminatrice dell'assistenza medica alla procreazione o alla gestazione per altri, così come rilevato per l'ordinamento olandese. Tuttavia, gli ultimi segmenti della fase esecutiva dell'accordo di surrogazione, ossia la consegna del minore ai committenti e l'alterazione del suo stato civile, possono rientrare nel campo applicativo dei reati contro la filiazione previsti dalla sezione IV del Capitolo VII del Titolo II del Libro II del codice penale («*Des atteintes à la filiation*»), sebbene questi ultimi abbiano una portata generale e non siano specificamente diretti a reprimere il fenomeno in esame. Si pensi, in particolare, al primo comma dell'art. 227-12 c.p., che incrimina con la reclusione fino a sei mesi e con la multa fino a 7.500 euro, il fatto di provocare, sia per uno scopo di lucro, sia at-

94 LOI no 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, in *Légifrance*, <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000000549619>.

95 Così Conseil d'Etat, *La révision des lois de bioéthique*, 9 avril 2009, cit., p. 47; H. Gaumont-Prat, *Bioéthique et droit. L'assistance médicale à la procréation*, Bordeaux, Les Études Hospitalières, 2011, pp. 150-151.

96 Così Conseil d'Etat, *Révision de la loi de bioéthique: quelles options pour demain? – Etude adoptée en assemblée générale*, 28 juin 2018, in *Conseil d'Etat*, <https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/etudes/revision-de-la-loi-de-bioethique-quelles-options-pour-demain>, p. 76.

traverso dono, promessa, minaccia o abuso di autorità, i genitori o uno di loro ad abbandonare il nato o il nascituro<sup>97</sup>; all'art. 227-13 che, al primo comma, punisce con la reclusione fino a tre anni e con la multa fino a 45.000 euro la sostituzione volontaria, la simulazione o la dissimulazione che causino un pregiudizio allo stato civile di un bambino<sup>98</sup>; all'art. 227-12, terzo comma, che incrimina l'intermediazione tra la gestante e i genitori di intenzione, come sarà analizzato nel prosieguo.

Si tratta di fattispecie dotate di un vasto campo di operatività, in grado di coprire qualunque forma di incitamento dei genitori all'abbandono del minore, di simulazione di parto, o di interposizione tra le parti, a prescindere che il bambino sia stato concepito con le tecniche di procreazione assistita o in via naturale, e che la gravidanza sia stata avviata con lo specifico scopo di asservire gli altrui interessi all'acquisizione della genitorialità, o meno.

## 6.2. Il delitto di intermediazione nell'accordo di procreazione e di gestazione per altri

La fattispecie maggiormente focalizzata sul fenomeno in esame è quella prevista dall'art. 227-12, comma 3, c.p., anch'essa collocata tra i delitti contro le relazioni familiari, che punisce, con la reclusione fino a un anno e con la multa fino a 15.000 euro, il fatto di interpersi tra una persona o una coppia di soggetti che desideri accogliere un bambino e una donna che accetti di portarlo in grembo allo scopo di consegnarlo ai primi, prevedendo il raddoppio della pena qualora l'intermediazione costituisca una condotta abituale o sia realizzata per fini di lucro<sup>99</sup>. Il quarto comma commina le medesime pene

<sup>97</sup> Letteralmente: «*Le fait de provoquer soit dans un but lucratif, soit par don, promesse, menace ou abus d'autorité, les parents ou l'un d'entre eux à abandonner un enfant né ou à naître est puni de six mois d'emprisonnement et de 7.500 euros d'amende*». La dottrina ha, da tempo, individuato nella fattispecie uno strumento di contrasto alla procreazione e alla gestazione per altri: così F. Dreifuss-Netter, *Atteintes à la filiation*, in *Juris-classeur pénal*, fasc. 1040, 2000, sub art. 227-12; L. Brunet, *La filiation des enfants nés d'une gestation pour autrui: les excès du droit*, in *La gestation pour autrui*, G. David, R. Henrion, P. Jouannet, C. Bergoignan-Esper (sous la direction de), Paris, Lavoisier, 2011, p. 114, nota 34; H. Bosse-Platière, *Le tourisme procréatif. L'enfant hors la loi française*, in *Informations sociales*, 3, 2006, p. 93, S. Epelboin, *Un utérus en prêt: pour qui, pourquoi et comment?*, in *Physiologie, pathologie et thérapie de la reproduction chez l'humain*, C. Poncelet, C. Sifer (sous la direction de), Paris, Springer-Verlag France, 2011, p. 677. Favorevole all'applicabilità del delitto di istigazione all'abbandono di cui all'art. 227-12 CP si è mostrato anche il Sénat, Session ordinaire de 2007-2008, *Rapport d'information fait au nom de la commission des Affaires sociales (1) et de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (2) par le groupe de travail (3) sur la maternité pour autrui*, n. 421, Annexe au procès-verbal de la séance du 25 juin 2008, in *Sénat*, <https://www.senat.fr/rap/r07-421/r07-421.html>, p. 16. In giurisprudenza, sulla base del previgente art. 353-1 c.p., che già prima della riforma del codice penale incriminava il delitto di incitamento all'abbandono di un nascituro, il Consiglio di Stato, nel 1988, aveva rigettato il ricorso esperito dall'associazione *Les Cicognes* – che si occupava di facilitare l'esecuzione di accordi di gestazione per conto di altri, pur non perseguendo fini di lucro – contro la sentenza del Tribunale amministrativo di Strasburgo, che aveva confermato la decisione del prefetto della Bas-Rhin di negare l'iscrizione dell'associazione nell'apposito registro pubblico: Assemblée du Conseil d'Etat, 22 janvier 1988, n. 80936, in *Légifrance*, <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007738485/>.

<sup>98</sup> Letteralmente: «*La substitution volontaire, la simulation ou dissimulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'un enfant est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende*».

<sup>99</sup> Letteralmente: «*Est puni des peines prévues au deuxième alinéa le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de le leur remettre. Lorsque ces faits ont été commis à titre habituel ou dans un but lucratif, les peines sont portées au double*».

per il tentativo.

Il reato di intermediazione nell'illecita consegna del minore a terzi sembra ritagliato sul fenomeno della procreazione e della gestazione per altri, poiché la norma fa espresso riferimento «*une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de le leur remettre*». Tuttavia, la condotta, per come tipizzata, potrebbe concretizzarsi anche nel contesto di una surrogazione di maternità attuata attraverso la gestazione naturale, in tal senso riconnettendosi implicitamente alla generica definizione di cui all'art. 16-7 c.c., riferibile, come già sottolineato, alla procreazione e alla gestazione per altri, sia in via naturale sia in via medica. È evidente dunque, la similitudine con l'ordinamento tedesco, quello danese e quello olandese, in cui l'incriminazione dell'intermediazione tra le parti dell'accordo di surrogazione ha pure assunto tratti applicativi tanto ampi.

La fattispecie punisce chiunque si intrometta nella stipulazione o nell'esecuzione dell'accordo tra i soggetti committenti e la gestante: la norma infatti, non fa espresso riferimento alla fase conclusiva della consegna come oggetto dell'interposizione tra le parti né, in generale, al momento in cui l'opera di intermediazione debba verificarsi<sup>100</sup>. Il delitto è suscettibile di essere integrato a prescindere da un intento di sfruttamento economico della gestante: come stabilito nell'ultima parte della disposizione, il fine di lucro eventualmente perseguito dall'intermediario varrà soltanto a integrare una circostanza aggravante. Soggetti attivi del delitto in esame possono essere tutti coloro che facciano da intermediari nell'accordo di gestazione per altri: dunque non soltanto coloro che svolgano professionalmente, o comunque abitualmente, un'opera di interposizione tra le parti, ma anche i medici, gli infermieri e chiunque altro, anche per scopi puramente solidaristici, si intrometta *una tantum* per aiutare un soggetto o una coppia di *partners*, in condizioni di sterilità, a concludere l'accordo con una donna disposta a portare avanti la gravidanza nel loro interesse. Non può condividersi, invece, l'orientamento di chi ha ritenuto che le coppie committenti siano punibili come complici degli intermediari<sup>101</sup>: in realtà, la stessa costruzione della fattispecie come reato a concorso necessario "improprio", cioè con esclusiva punibilità dell'intermediario, sembra lasciare desumere l'implicita volontà legislativa di escludere la punibilità dei soggetti direttamente coinvolti nell'accordo di surrogazione per il loro contegno "passivo" di destinatari dell'intermediazione, tranne che il loro contributo non si risolva nella mera accettazione dell'opera di interposizione, bensì si sostanzi in un vero e proprio reclutamento dell'intermediario.

L'inquadramento sistematico della fattispecie tra i delitti contro la filiazione, consente di chiarire che la sua prospettiva di tutela è orientata verso lo stato civile del minore, e non verso il benessere psicofisico dello stesso o la dignità della gestante su commissione, interessi spesso chiamati in causa da correnti di pensiero a forte connotazione etica come argomenti contrari alla realizzazione della surrogazione di maternità<sup>102</sup>.

100 Cfr. B.M. Knoppers, S. Le Bris, *Maternité de substitution*, in *Nouvelle encyclopédie de bioéthique: médecine, environnement, biotechnologie*, G. Hottois, J.-N. Missa (dir.), Bruxelles, De Boeck & Larcier, 2001, p. 583, secondo cui, rispetto agli intermediari, si potrebbe prospettare un concorso tra il delitto di interposizione nella gestazione per altri e quello di incitamento all'abbandono del minore.

101 Cfr. Circulaire CRIM 95-2 F3, *Commentaire des dispositions pénales contenues dans les lois du 29 juillet 1994 relatives à la bioéthique*, 19 janvier 1995, p. 5; in dottrina, C. Byk, *La loi relative au respect du corps humain*, in *JCP*, 1994, I, 3788, p. 412; S. Jacopin, *Droit pénal spécial. Les atteintes aux personnes*, II ed., Paris, Hachette Livre, 2013, § 156 B. *Contra* L. Brunet, *La filiation des enfants nés d'une gestation pour autrui*, cit., pp. 113-114, che invece ritiene che con la fattispecie non si possa incriminare alcun soggetto diverso dall'intermediario: «Ni la femme porteuse ni les parents d'intention ne sauraient donc tomber sous le coup de la loi pénale».

102 Cfr. Avis du Comité Consultative National d'Éthique pour les sciences de la vie et de la santé, Rapport n. 3, 23 octobre 1984; H. Letur, *État des pratiques du don d'ovocytes en France et en Europe*, in *Journal de Gynécologie Obstétrique et Biologie de la*

## 7. L’Austria: i divieti generali in materia di accesso alla P.M.A. e di donazione di gameti e l’assenza di una fattispecie incriminatrice della surrogazione di maternità

Rispetto agli ordinamenti analizzati, quello austriaco si distingue per l’assenza di una norma che definisca o vieti esplicitamente la maternità surrogata. Nell’ambito dell’assistenza medica alla procreazione, la sua illiceità rappresenta una conseguenza implicita di una serie di divieti più generali formulati all’interno del *Fortpflanzungsmedizingesetz (FMedG)* del 1992<sup>103</sup>, per come successivamente riformato dal *Fortpflanzungsmedizinrechts-Änderungsgesetz (FMedRÄG)* del 2015<sup>104</sup>. Altro importante tratto distintivo riguarda la natura esclusivamente amministrativa del complesso sanzionatorio applicato per le violazioni, con esclusione del ricorso allo strumento penale.

Guardando ai precetti rilevanti in materia, sebbene in via soltanto indiretta, il § 2 del *FMedRÄG* prevede che la procreazione medicalmente assistita è consentita soltanto nell’ambito di un rapporto di matrimonio, di unione civile registrata o di convivenza tra i ricorrenti, per cui gli interventi attuati a favore di una donna e di un estraneo che le abbia commissionato la gravidanza nel proprio interesse risultano contrari a questa previsione<sup>105</sup>.

Il § 3, comma 1, permette di utilizzare soltanto l’ovocita della donna e gli spermatozoi dell’uomo che facciano congiuntamente ricorso alla P.M.A., salvo casi eccezionali indicati nei successivi commi<sup>106</sup>, con la conseguente illiceità, tra l’altro, della dissociazione tra la maternità genetica, legata all’appartenenza dell’ovocita, e quella biologica, legata alla conduzione della gestazione, quand’anche si tratti di una disarticolazione conseguente a un accordo che la madre genetica e quella biologica abbiano stipulato affinché la seconda consegna alla prima il bambino dopo il parto<sup>107</sup>. Ne consegue il di-

*Reproduction*, 36, 2007, p. 736.

<sup>103</sup> Bundesgesetz, mit dem Regelungen über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung getroffen werden (Fortpflanzungsmedizingesetz – FMedG), in *Rechtsinformationssystem des Bundes*, <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10003046>.

<sup>104</sup> Bundesgesetz, mit dem das Fortpflanzungsmedizingesetz, das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, das Gentechnikgesetz und das IVF-Fonds-Gesetz geändert werden (Fortpflanzungsmedizinrechts-Änderungsgesetz 2015 – FMedRÄG 2015), in *Rechtsinformationssystem des Bundes*, [https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblAuth/BGBLA\\_2015\\_I\\_35/BGBLA\\_2015\\_I\\_35.html](https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblAuth/BGBLA_2015_I_35/BGBLA_2015_I_35.html).

<sup>105</sup> Così E. Bernat, *Das österreichische Fortpflanzungsmedizingesetz wurde liberalisiert. Eckpunkte des Fortpflanzungsmedizinrechts-Änderungsgesetzes 2015*, in *Gynäkologische Endokrinologie*, 2016, p. 274; Id., *Das österreichische Abstammungsrecht im Kontext der medizinisch unterstützten Fortpflanzung. Eine Bestandsaufnahme nach Inkrafttreten des Fortpflanzungsmedizinrechts-Änderungsgesetzes 2015*, in „*Kinderwunschmedizin*“ – Reformbedarf im Abstammungsrecht? 13. Göttinger Workshop zum Familienrecht 2014, D. Coester-Waltjen, V. Lipp, E. Schumann, B. Veit (hrsgg.), Universitätsverlag Göttingen, Göttingen, 2015, pp. 82, 94 ss. secondo cui, in queste ipotesi, è come se la gestante su commissione venisse ammessa agli interventi di P.M.A. come *single*, contrariamente a quanto stabilito dal § 2 *FMedG*.

<sup>106</sup> In base al secondo comma del § 3, gli spermatozoi di un donatore possono eccezionalmente essere utilizzati se quelli del coniuge o del *partner* non siano idonei alla riproduzione assistita o se la P.M.A. debba essere effettuata nell’ambito di un’unione civile registrata o di una convivenza tra due donne (con la riforma del 2015 è stato consentito l’accesso alle tecniche anche alle coppie di donne conviventi o che abbiano contratto un’unione civile registrata, su cui si veda *infra*). Secondo il terzo comma del § 3, gli ovociti di una donatrice possono eccezionalmente essere utilizzati se quelli della ricorrente non siano idonei alla riproduzione assistita e se quest’ultima non ha ancora compiuto i 45 anni al momento dell’inizio del trattamento.

<sup>107</sup> Si vedano E. Bernat, U. Straka, *Austria: A Legal Ban on Surrogate Mothers and Fathers*, in *University of Louisville Journ. of Fam-*

vieto della maternità surrogata “gestazionale”, ossia dell’ipotesi in cui l’ovocita utilizzato per la fecondazione della madre surrogata sia stato fornito dalla donna committente, non potendo questa ipotesi assurgere a eccezione ragionevole al divieto di ovodonazione, secondo la disciplina dettata dalla normativa.

La parziale deroga al divieto assoluto di donazione di gameti è stata introdotta dalla riforma del 2015, in seguito alla quale, tra l’altro, sono state legittimate a ricorrere alle tecniche anche le coppie di donne avvinte da un’unione civile registrata o comunque conviventi: oggi anche costoro possono quindi beneficiare della donazione di ovociti; donazione che può essere intesa come “interna” alla coppia, nell’ipotesi in cui una *partner* doni il proprio ovocita all’altra, che si sia offerta di avviare la gravidanza nell’interesse di entrambe. La novella ha pure disciplinato la genitorialità della *partner* della ricorrente alle tecniche, modificando il § 144 del codice civile (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch – ABGB*)<sup>108</sup> e dichiarando applicabili alla stessa, *mutatis mutandis*, le norme concernenti la figura paterna. Nessuna apertura, invece, ha riguardato l’accesso alle tecniche per le donne *singles* e per le coppie di uomini<sup>109</sup>, la cui condizione esigerebbe la donazione dell’ovocita, oltre che la prestazione gestazionale, da parte di una donna estranea.

In base al § 23, il medico che effettui gli interventi di procreazione assistita in violazione dei §§ 2 e 3 commette un illecito amministrativo ed è punito con una sanzione fino a 50.000 euro e, in caso di insolvenza, con la pena detentiva sostitutiva fino a quattordici giorni. Sebbene si tratti di una fattispecie illecita soggettivamente qualificata, qualunque *extraneus* presti volontariamente un contributo morale o materiale al medico per il compimento di tali fatti illeciti – anche qualora si tratti della madre surrogata, del genitore di intenzione o del donatore di gameti, in assenza di clausole di non punibilità come quelle previste nell’ordinamento tedesco e in quello danese – sarà egualmente punibile con la medesima sanzione prevista dal § 23, in base a quanto generalmente stabilito dal § 7 del *Verwaltungsstrafgesetz* del 1991<sup>110</sup>, in materia di concorso di persone negli illeciti amministrativi.

Ancora sul piano del contrasto indiretto alla maternità surrogata, il § 16 del *FMedRÄG* vieta la commercializzazione di ovociti o spermatozoi – in cui non rientra, per espressa previsione legislativa, il semplice rimborso delle spese sostenute dalla donatrice o dal donatore – (comma 1), l’intermediazione nella fornitura di gameti o tra un soggetto disposto a fare da donatore e l’aspirante beneficiaria, nonché la pubblicizzazione della fornitura di gameti o dell’intermediazione di terzi (comma 2). Tali norme mirano a contrastare la mercificazione dei gameti e l’intervento di soggetti terzi che ne facilitino la fornitura, in quest’ultimo caso a prescindere dalla percezione di un compenso da parte dell’intermediario, del pubblicizzatore o del donatore che fruisca dell’intervento dei primi.

Il divieto di commercializzazione non pare concretamente applicabile alla fornitura del gamete da parte della madre di intenzione (surrogazione di maternità “gestazionale” o “totale”), poiché non è ragionevole ipotizzare che la committente che doni il proprio ovocita alla madre surrogata, chieda, o comunque ottenga, un compenso per una prestazione realizzata nel proprio interesse. A una diversa conclusione dovrebbe giungersi se la gestante fornisca il proprio ovocita per l’applicazione delle tecniche a cui essa stessa si sottoporrà nell’altrui interesse (surrogazione di maternità “tradizionale” o

*ly Law*, vol. 31, 1992-1993, p. 277; E. Bernat, *Das österreichische Abstammungsrecht*, cit., p. 73, nota 36.

108 *Bundesrecht konsolidiert: Gesamte Rechtsvorschrift für Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*, in <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001622>.

109 Cfr. E. Griessler, M. Hager, *Changing Direction: The Struggle of Regulating Assisted Reproductive Technology in Austria*, in *Reproductive BioMedicine and Society Online*, 2016, 3, p. 73; P. Brandão, *European policies on same-sex relationships, adoption and assisted reproduction*, in *International Journal of Reproduction, Contraception, Obstetrics and Gynecology*, 2022, 11(8), p. 2311.

110 *Bundesrecht konsolidiert: Gesamte Rechtsvorschrift für Verwaltungsstrafgesetz 1991*, in <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10005770>.

“parziale”), percependo un corrispettivo per tale specifico contributo: in questo caso, potrà rinvenirsi un negozio giuridico retribuito avente ad oggetto la fornitura del gamete da utilizzare per la procreazione assistita, che la legge espressamente vieta a prescindere che la gravidanza venga indotta su una terza donna o sulla stessa madre genetica “a pagamento” («*Die Überlassung von Samen oder Eizellen für eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung darf nicht Gegenstand eines entgeltlichen Rechtsge­schäfts sein*», § 16, comma 1).

Invece, con riguardo all’intermediazione nella fornitura di gameti («*Die Vermittlung... von Samen und Eizellen für eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung*», § 16, comma 2, n. 2) e nell’accordo tra la donatrice e la beneficiaria («*Die Vermittlung... von Personen, die bereit sind, Samen, Eizellen oder entwicklungsfähige Zellen für eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung zu überlassen oder in sich einbringen zu lassen*», § 16, comma 2, n. 3), si tratta di condotte realizzabili a prescindere dalla percezione di un compenso da parte degli stessi soggetti terzi o delle parti coinvolte nell’accordo, come già rilevato, e idonee a realizzarsi tanto nell’ambito della surrogazione di maternità “tradizionale” quanto di quella “gestazionale”. Lo stesso vasto ambito operativo può riscontrarsi per il divieto di pubblicizzare la fornitura di gameti – applicabile anche all’aspirante madre surrogata che diffonda pubblicamente la disponibilità a fornire il proprio ovocita per la fecondazione – o l’intermediazione nella loro fornitura («*Ebenso ist jede Werbung für die Überlassung oder Vermittlung von Samen, Eizellen oder entwicklungsfähigen Zellen unzulässig*», § 16, comma 2, ultimo periodo).

Il § 22 punisce la violazione del § 16 con la sanzione amministrativa fino a 50.000 euro e, in caso di insolvenza, con la pena detentiva sostitutiva fino a quattordici giorni.

Va rimarcato che i divieti appena menzionati riguardano esclusivamente la compravendita, l’intermediazione e la pubblicizzazione della fornitura di gameti, e non si riferiscono alla prestazione gestazionale nell’interesse altrui, in sé considerata: non è espressamente proibito stipulare accordi di gestazione nell’interesse altrui, nemmeno a titolo oneroso, mediare in tali negoziazioni o pubblicizzare siffatte pratiche, sebbene si tratti di condotte direttamente collegate a quelle di cui al § 16 e, dunque, implicitamente precluse dalla legge.

A differenza di quanto riscontrato nell’ordinamento tedesco, in quello danese e in quello svizzero, non vi è, infine, un divieto di applicare i trattamenti per il medico che sia a conoscenza dell’intenzione della ricorrente di cedere il minore a terzi dopo il parto, eventualmente sulla base di una preventiva pattuizione in tale direzione.

La mancanza di istituti che regolino l’attribuzione della genitorialità legale in capo ai committenti, da una parte, e l’assegnazione della maternità a colei che ha partorito il bambino, ai sensi del § 143 *ABGB*, dall’altra, lasciano emergere che la maternità surrogata è un fenomeno a cui l’ordinamento austriaco non riconosce effetti diretti sul piano civile. Rimane la facoltà di riconoscimento della paternità da parte del committente che abbia fornito i suoi spermatozoi per la fecondazione (§§ 145 ss. *ABGB*), nonché la possibilità che la sua *partner* o il suo *partner* possano ricorrere all’istituto dell’adozione del figlio del congiunto<sup>111</sup>.

111 Si veda *Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, Leihmutterchaft im europäischen, cit.*, p. 27.

## 8. La Spagna: l'approccio liberale sulle condizioni di accesso alle tecniche di P.M.A. e il divieto non sanzionato della surrogazione di maternità

I diritti riproduttivi sono stati avvertiti dal legislatore spagnolo come meritevoli di tutela prima dell'avvento di molte altre normative europee in materia. La prima legge spagnola che ha generalmente regolamentato le tecniche di procreazione assistita è stata la n. 35/1988, del 22 novembre<sup>112</sup>, a cui seguirono la legge n. 45/2003, del 21 novembre<sup>113</sup>, finalizzata esclusivamente a disciplinare l'utilizzo dei preembrioni congelati in data anteriore alla sua entrata in vigore, e la legge n. 14/2006, del 26 maggio<sup>114</sup>, sulle tecniche di riproduzione umana assistita (*LTRHA*). Quest'ultima ha riformato organicamente la precedente legge del 1988, riscrivendone e rinumerandone parzialmente le norme, ed è stata ispirata da un marcato liberalismo in materia, evidenziato anche dall'introduzione di pochi limiti per il ricorso alle tecniche procreative.

L'ordinamento spagnolo non contempla alcuna delimitazione formale delle condizioni oggettive che consentono l'accesso alla P.M.A. L'art. 1 *LTRHA* stabilisce genericamente che obiettivo della stessa legge è la disciplina dell'applicazione delle tecniche di riproduzione umana assistita accreditate scientificamente e clinicamente indicate, nonché la regolazione della loro esecuzione nella prevenzione e nel trattamento delle malattie di origine genetica<sup>115</sup>. La norma, che non fa alcun formale riferimento all'obiettivo di superare le cause di sterilità dei soggetti richiedenti, va interpretata tenendo conto di quanto espresso nell'esposizione dei motivi II della stessa *Ley*, in cui si legge che vi è stata una significativa evoluzione nell'uso e nell'applicazione delle tecniche di riproduzione assistita rispetto alla loro originaria funzione di superare i problemi di infertilità<sup>116</sup>.

È dunque chiaro che il sistema normativo in esame consente il ricorso alle metodiche procreative non solo ai soggetti affetti da patologie dell'apparato riproduttivo, ma anche a quelli che, pur biologicamente capaci di procreare, siano affetti da malattie virali sessualmente trasmissibili al *partner* o da patologie genetiche ereditabili dal nascituro, o siano "socialmente" inidonei alla procreazione, per via dell'orientamento sessuale o della mancanza di un *partner* di sesso opposto.

112 Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, in *Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado*, <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1988-27108>.

113 Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, in *Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado*, <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-21341>.

114 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, in *Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado*, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292>.

115 Letteralmente: «1. Esta Ley tiene por objeto:

a) Regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida acreditadas científicamente y clínicamente indicadas.

b) Regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético, siempre que existan las garantías diagnósticas y terapéuticas suficientes y sean debidamente autorizadas en los términos previstos en esta Ley».

116 Letteralmente: «Por otra parte, se ha producido una evolución notable en la utilización y aplicación de las técnicas de reproducción asistida en su vertiente de solución de los problemas de esterilidad, al extender también su ámbito de actuación al desarrollo de otras complementarias para permitir evitar, en ciertos casos, la aparición de enfermedades, en particular en las personas nacidas que carecen de tratamiento curativo». Anche se il citato passaggio delle motivazioni della legge fa esplicitamente riferimento all'adozione delle tecniche diagnostiche per evitare la trasmissione di malattie genetiche alla prole, si evince, in linea generale, l'allargamento degli scopi per cui è consentito il ricorso alla P.M.A.

Le predette aperture sono confermate dagli sparuti limiti soggettivi per l'accesso alle tecniche: l'art. 6 *LTRHA* stabilisce che l'unico soggetto formalmente beneficiario della P.M.A. è la donna che, «con independencia de su estado civil y orientación sexual», si sottoponga fisicamente alle tecniche, e che deve avere compiuto almeno diciotto anni, essere dotata della piena capacità di agire, e avere prestare il proprio consenso informato a tal fine. L'applicazione delle tecniche in assenza delle predette condizioni soggettive, comporterà a carico del medico procedente la responsabilità per il delitto previsto dall'art. 161 c.p.<sup>117</sup>, con cui viene punita l'esecuzione delle metodiche procreative in assenza del valido consenso della paziente<sup>118</sup>.

Il dettato dell'art. 6 non lascia dubbi circa la liceità dell'applicazione della P.M.A. su donne *singles* o in coppia *same-sex* attraverso il contributo di un donatore anonimo di spermatozoi, sintomo dell'apertura del legislatore spagnolo verso le tipologie di famiglia estranee agli schemi "tradizionali". In questo senso, già alla fine dello scorso secolo, il *Tribunal constitucional* aveva invitato il legislatore ad estendere ai conviventi dello stesso sesso le prerogative spettanti alle coppie coniugate di sesso diverso<sup>119</sup>; fino a quando, con l'epocale riforma del 2005, è stato introdotto in Spagna l'istituto giuridico del matrimonio tra persone dello stesso sesso<sup>120</sup> ed è stato a loro esteso il diritto all'adozione<sup>121</sup>. Pro-

117 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, in *Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado*, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>.

118 In tal senso, S. Romeo Malanda, *Un nuevo marco jurídico-sanitario: la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos de los pacientes*, in *La Ley*, 1, 2003, p. 1533; C.M. Romeo Casabona, *La ética y el derecho ante la biomedicina del futuro*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2006, p. 84. Secondo l'art. 161 c.p., «1. Quien practicar reproducción asistida en una mujer, sin su consentimiento, será castigado con la pena de prisión de dos a seis años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años. 2. Para proceder por este delito será precisa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal». Attraverso la sua previsione, il legislatore ha inteso anzitutto tutelare la libertà di autodeterminazione della gestante: così L. González Morán, *De la Bioética... al Bioderecho. Libertad, vida y muerte*, Madrid, Universidad Pontificia Comillas – Dykinson, 2006, p. 571. Tuttavia, in una prospettiva di plurioffensività del delitto, avvalorata dalla considerazione della particolare gravità della sanzione comminata in via editale, si può ravvisare anche una messa in pericolo dell'integrità psicofisica della donna: v. E. Farnós Amorós, *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*, Barcelona, Atelier, 2011, p. 77.

119 ATC 222/1994, 11 de Julio de 1994, in *Vlex*, <https://vlex.es/vid/58122183>, in cui fu affermato che il principio della diversità di sesso tra i coniugi che fino ad allora fondava il matrimonio nell'ordinamento spagnolo «no excluye que por el legislador se pueda establecer un sistema de equiparación por el que los convivientes homosexuales puedan llegar a beneficiarse de los plenos derechos y beneficios del matrimonio, tal como propugna el Parlamento europeo». Successivamente, si veda STS 320/2011, 12 de Mayo de 2011, in *Vlex*, <https://vlex.es/vid/homosexual-hijo-relacionarse-allegados-280758303>, secondo cui «El sistema familiar actual es plural, es decir, que desde el punto de vista constitucional, tienen la consideración de familias aquellos grupos o unidades que constituyen un núcleo de convivencia, independientemente de la forma que se haya utilizado para formarla y del sexo de sus componentes, siempre que se respeten las reglas constitucionales». Conf. STS 740/2013, 5 de Diciembre de 2013, in *Vlex*, <https://vlex.es/vid/matrimonio-personas-mismo-sexo-filiacion-481798374>.

120 Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, in *Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado*, <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2005-11364>, che ha modificato l'art. 44 del *Código Civil*. Sull'impatto sociale della riforma dell'ordinamento spagnolo in materia di matrimoni tra persone *same-sex*, si vedano M. Bonini Baraldi, *Le nuove convivenze tra discipline straniere e diritto interno*, Milano, Ipsoa, 2005, pp. 106 ss.; L. Imarisio, *Le unioni omosessuali tra giudici e legislatori: percorsi e modelli di riconoscimento e disciplina*, in *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: "casi difficili" alla prova*, M. Cavino, C. Tripodina (a cura di), Milano, Giuffrè, 2012, pp. 91 ss.

121 Nel preambolo della Ley 13/2005, si afferma che «Di conseguenza, gli effetti del matrimonio, mantenuti nella loro integrità rispet-

prio in relazione al ricorso alle tecniche di procreazione assistita, la legge ha apprestato una specifica disciplina della genitorialità delle coppie *same-sex* al femminile, attraverso cui assegnare la maternità legale non solo alla donna che si sia fisicamente sottoposta ai trattamenti, portando a termine la gestazione, ma anche alla sua coniuge che abbia validamente prestato il suo consenso a tal fine (art. 7, co. 3, *LTRHA*)<sup>122</sup>: ulteriore conferma del fatto che non è solo l'eventuale presenza di una condizione patologica di sterilità o di una malattia ereditaria in capo all'aspirante madre, a consentirle di beneficiare del procedimento di P.M.A., bensì anche il semplice desiderio di procreare senza la congiunzione fisica con un uomo<sup>123</sup>.

Le summenzionate aperture dell'ordinamento non riguardano, almeno all'apparenza, gli uomini *singles* o parte di coppie *same-sex*, poiché la presenza del divieto di concludere accordi di gestazione per altri escluderebbe questi soggetti dall'accesso alle tecniche procreative, per via del loro fisiologico bisogno di beneficiare del contributo di una donna, esterna alla coppia, che possa portare avanti la gravidanza<sup>124</sup>. Tuttavia, la gestazione per altri, anche se *ex se* improduttiva di effetti civili, può con-

---

tando la configurazione oggettiva dell'istituzione, saranno unici in tutti gli ambiti indipendentemente dal sesso delle parti; tra gli altri, tanto quelli riferiti a diritti e prestazioni sociali quanto la possibilità di prendere parte alle procedure di adozione». Di conseguenza, vanno interpretati in senso evolutivo gli artt. 175 ss. c.c. che regolano il procedimento di adozione.

- 122 Nonostante l'introduzione della doppia maternità legale, una carenza del sistema normativo spagnolo è riscontrabile nei confronti delle coppie di fatto composte da due donne, in quanto in questa ipotesi non sussiste una disposizione che consenta alla compagna della donna sottoposta alla P.M.A. di assumere automaticamente la genitorialità del nato: cfr. M.S. de la Fuente Núñez de Castro, *Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal*, in *InDret – Rev. para el análisis del derecho*, 1, 2015, p. 13. Per rimediare parzialmente alla lacuna legislativa e addivenire al riconoscimento della genitorialità anche in capo alla compagna della madre biologica, sarebbe possibile fare ricorso all'istituto della *stepchild adoption*, previsto, senza distinzioni di sesso, dall'art. 176, comma 2, 2<sup>a</sup>: cfr. E. Lamm, *La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de la reproducción asistida*, in *Revista de Bioética y Derecho*, n. 24, 2012, p. 85; o, in alternativa, applicare analogicamente alla *partner* l'art. 8, co. 2, *LTRHA*, che regola l'acquisizione della paternità in capo al compagno della ricorrente, in caso di fecondazione eterologa: così A. Diaz Martinez, *La doble maternidad legal derivada de la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida*, in *Derecho Privado y Constitución*, 2007, n. 21, p. 88.
- 123 Sull'assenza di sostanziali limiti oggettivi e soggettivi all'applicazione della P.M.A. sulle donne richiedenti, si veda M. Díaz de Terán, *La incidencia de los avances biomédicos en la mujer. algunas reflexiones sobre la normativa española*, in *Cuadernos de bioética*, 2, 2015, p. 315, secondo cui «estamos ante la aplicación de unas técnicas que se llevan a cabo sobre la mujer que desea ser madre pero en las que no es requisito indispensable ni la esterilidad ni que tenga pareja». Conf. R. Junquera de Estéfani, *La reproducción asistida en España: su regulación*, in *La reproducción médicamente asistida. Un estudio desde el derecho y desde la moral*, R. Junquera de Estéfani, F.J. de la Torre Díaz (dir.), Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2013, Cap. II, § 1.3.: «no hay ningún obstáculo para que aquella que es plenamente capaz para la fecundación por medio de relaciones sexuales acuda, sin embargo, a la reproducción asistida como vía alternativa. En este caso ya no existiría una finalidad terapéutica sino el ejercicio de un derecho por una mujer sola [...] Como conclusión podemos decir que bajo el amparo de esta ley tiene cobijo el reconocimiento de un derecho por parte de la mujer de acudir a estas técnicas de reproducción asistida para tener descendencia, ya sea superando la infertilidad, ya sea como una alternativa real a la reproducción mediante un contacto sexual». In senso critico, si veda C.M. Diez Soto, *Artículo 5. Donantes y contratos de donación – Comentario jurídico*, in *Comentarios científico-jurídicos a la ley sobre técnicas de reproducción humana asistida, Ley 14/2006, de 26 de mayo*, F. Lledó Yagüe, C. Ochoa Marieta, O. Monje Balsa-meda (dir.), Madrid, Dykinson, 2007, pp. 106-107, secondo cui la legge n. 14/2006, consentendo il ricorso alla P.M.A. anche alle donne *singles*, si pone in contraddizione con le finalità terapeutiche (di superamento della condizione di sterilità patologica) menzionate dall'art. 1 della precedente legge n. 35/1988, e determina la prevalenza del desiderio della procreazione, privo di fondamento costituzionale, rispetto al diritto di eguaglianza e di assistenza familiare, costituzionalmente garantiti anche a favore del nascituro.
- 124 Cfr. R. Junquera de Estéfani, *La reproducción asistida en España*, ult. loc. cit.

sentire l'assunzione di paternità all'uomo committente che abbia fornito i propri gameti per la fecondazione (art. 10, co. 3, *LTRHA*) e non è di per sé sanzionata, né in via amministrativa né in via penale.

### 8.1. La mera nullità dell'accordo di surrogazione di maternità e l'assenza di fattispecie incriminatrici ad hoc

Ai sensi dell'art. 10, comma 1, della *LTRHA*, è nullo l'accordo in base al quale si convenga che una donna, a titolo oneroso o gratuito, avvii una gravidanza con l'impegno di rinunciare successivamente al suo *status* di madre a favore dell'altro contraente o di un terzo<sup>125</sup>. La norma, tradizionalmente considerata come il principale presidio della *Ley* n. 14/2006 contro la gestazione per altri, non fa riferimento all'identità di genere del terzo contraente: da ciò è dato desumere che, nell'ordinamento spagnolo, la surrogazione di maternità non può produrre effetti né nell'ipotesi in cui il patto intervenga tra la madre surrogata e un'altra donna (*single* o facente parte di una coppia) impossibilitata a concepire un bambino, né nel caso in cui la gestante sostitutiva si accordi con un uomo *single* o in coppia *same-sex* per spogliarsi del ruolo materno e consentirgli di acquisire il ruolo genitoriale nei confronti del bambino partorito, anche nell'ipotesi in quest'ultimo ne sia il padre genetico<sup>126</sup>.

Per rafforzare tale previsione, il comma 2 ha stabilito che, anche nel caso in cui la gestazione venga commissionata a una madre surrogata, la maternità giuridica rimarrà legata all'evento del parto e, pertanto, non potrà essere contrattualmente trasferita all'eventuale donna committente<sup>127</sup>.

Le due norme sono finalizzate a disincentivare ogni tipo di patto di surrogazione di maternità stipulato prima dell'inizio della gravidanza<sup>128</sup>, a prescindere dall'eventuale spirito solidaristico che possa sorreggere la disponibilità della madre surrogata («*con o sin precio*») o – in assenza di indicazioni legislative – dalla derivazione genetica dei gameti utilizzati per la fecondazione<sup>129</sup>.

Nonostante la mancanza di un qualunque riferimento alle tecniche procreative, può ritenersi che la collocazione della disposizione nel corpo della normativa diretta a disciplinare la P.M.A., faccia desumere la sua inapplicabilità agli accordi di gestazione sostitutiva fondati sul concepimento in via naturale.

L'ampia accezione del fenomeno finora tracciata può essere fondata non soltanto sul tenore letterale dell'art. 10, co. 1, *LTRHA*<sup>130</sup>, ma anche sull'elaborazione giurisprudenziale in materia. Emblematica

125 Letteralmente: «*Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero*».

126 Come rilevato da M. Navarro Michel, *Parejas del mismo sexo y técnicas de reproducción asistida. Situación en España*, in *Derecho de familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, n. 57, 2012, p. 105, nota 41, in questo secondo caso dovrebbe parlarsi più di "utero in affitto" che di surrogazione di maternità, in quanto la gestante non va a sostituire la figura materna, bensì a supplire alla sua assenza.

127 «*La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto*».

128 Si veda M. Olaya Godoy, *Régimen jurídico de la tecnología reproductiva y la investigación biomédica con material humano embrionario*, Madrid, Dykinson, 2014, p. 305: «*si la cesión de la filiación materna se produjera tras el embarazo de la madre subrogada o tras el parto, no se trataría de un supuesto de gestación por sustitución, sino de una adopción irregular realizada en fraude de Ley*».

129 Così L. Martínez Calcerrada, *La nueva inseminación artificial (Estudio Ley 22 de noviembre 1988)*, Madrid, Torrejón de Ardoz, 1988, p. 303.

130 Sulla mancanza di precisione del concetto di surrogazione di maternità contenuto nell'art. 10, co. 1, *LTRHA*, si veda M. Olaya Godoy, *Régimen jurídico de la tecnología reproductiva*, cit., p. 303.

tica, in tal senso, è stata la definizione enucleata dall'*Audiencia provincial de Valencia* con la sentenza del 23 novembre 2011, secondo cui il patto di maternità surrogata consiste in un accordo, oneroso o gratuito, attraverso il quale una donna acconsente ad affrontare una gravidanza, attraverso tecniche di riproduzione assistita, fornendo o meno i propri ovociti, con l'impegno di consegnare il figlio così nato alla parte committente, che potrà essere una persona sola o una coppia, sposata o meno, che a sua volta abbia fornito o meno i propri gameti<sup>131</sup>. Recependo questa interpretazione dell'espressione, l'accordo di surrogazione dovrà considerarsi nullo, e quindi improduttivo di effetti giuridici diretti in capo al soggetto o ai soggetti committenti, anche se l'ovocita utilizzato per la fecondazione non provenga dalla madre surrogata, e finanche se siano stati utilizzati entrambi i gameti della coppia committente per il concepimento.

Se l'uomo committente abbia fornito i suoi spermatozoi nell'intervento di fecondazione artificiale, potrà comunque esercitare l'azione di reclamo della paternità, in base a quanto disposto dall'art. 10, co. 3, *LTRHA*<sup>132</sup>: questa norma non costituisce un'eccezione espressa alla nullità dell'accordo in oggetto, dato che l'assunzione legale dello *status* paterno verrebbe a dipendere non dal patto di surrogazione, bensì dalle regole generali del diritto di famiglia spagnolo, che ricollegano la paternità allo *ius sanguinis* (fatte salve le regole per la costituzione della filiazione legale a seguito di fecondazione eterologa, stabilite dall'art. 8, co. 1 e 2, *LTRHA*)<sup>133</sup>.

La prima fase di attuazione dell'accordo di maternità surrogata, ossia la sottoposizione alla P.M.A. della donna intenzionata a rivestire la funzione di gestante per altri, non integra alcuna delle infrazioni amministrative punite dalla legge spagnola sulla P.M.A., nemmeno l'art. 26, comma 2, c) 2.<sup>a</sup>, che eleva a infrazione amministrativa «*la práctica de cualquier técnica no incluida en el anexo ni autorizada como técnica experimental en los términos previstos en el artículo 2*»<sup>134</sup>. Non è pensabile, infatti, che l'esecuzione della fecondazione assistita su una donna che vi si sottoponga per conto di terzi, integri una tecnica procreativa *ad hoc*, differente da quelle espressamente previste dalla legge: ciò potrebbe essere affermato sia sul piano soggettivo, in quanto la gestante su commissione risulterebbe essere la legittima beneficiaria degli interventi di P.M.A. per il solo fatto di essersi fisicamente sottoposta – e, quindi, a prescindere dalla presenza di accordi relativi alla futura consegna del bambino –, sia sul piano oggettivo, dato che le tecniche applicate sarebbero le stesse di quelle utilizzate nell'ambito dei normali procedimenti procreativi realizzati senza l'intervento di una madre surrogata, cioè l'inseminazione artificiale, il trasferimento intrauterino dei gameti o la fecondazione *in vitro* con successivo trasferimento dell'embrione.

Possiamo quindi concludere che, come osservato nell'ordinamento francese – comunque contras-

131 Audiencia Provincial de Valencia de 23-11-2011, no. 949/2011 826, in *Vlex*, <https://vlex.es/vid/344773338>. Letteralmente, la «*gestación por sustitución [...] consiste en un contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre si o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos*».

132 «*Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales*».

133 Secondo A. Quiñones Escámez, *Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009*, in *InDret – Rev. para el análisis del derecho*, 3, 2009, p. 5, la norma implica che, in questi casi, l'attribuzione di paternità non possa seguire le regole del riconoscimento, né tantomeno essere automatica o immediata, ma debba conseguire all'azione giudiziale di reclamo disciplinata dagli art. 131 ss. c.c.

134 Così M.P. Ferrer Vanrell, *Art. 10 – Comentario jurídico*, in *Comentarios científico-jurídicos*, cit., p. 161, in quanto la *Ley 14/2006* «*no lo menciona el Capítulo VIII de Infracciones e Sanciones*». Invece, favorevole all'applicazione dell'infrazione amministrativa di cui all'art. 26, comma 2, c) 2.<sup>a</sup>, *LTRHA*, per sanzionare l'applicazione delle tecniche di P.M.A. sulla madre surrogata è A. Selma Penalva, *Los nuevos retos de la prestación por maternidad ante los avances médicos en materia de reproducción asistida*, in *Bioderecho.es – Revista internacional de investigación en bioderecho*, 2014, 1, p. 4.

segnato da limiti più stringenti sul piano dei generali requisiti soggettivi di accesso alle tecniche e da un maggiore ricorso al diritto penale contro il medico che agisca in violazione delle leggi in materia –, né l'accordo tra i committenti e la madre surrogata né l'applicazione delle metodiche procreative su quest'ultima rientrano nell'area del penalmente rilevante<sup>135</sup>, essendo piuttosto affetti dalla "sanzione" civilistica della nullità del patto, che non potrà *ex se* produrre effetti giuridici sullo statuto genitoriale dei soggetti coinvolti. Anche la disciplina civilistica, tuttavia, presenta un valore puramente simbolico: difatti, il vincolo genetico che eventualmente leghi il bambino all'uomo committente consentirà a quest'ultimo di esperire l'azione di reclamo di paternità, *ex art.* 10, co. 3, *LTRHA*, e conseguentemente alla sua *partner* di procedere all'adozione *ex art.* 176, co. 2, 2°, c.c.<sup>136</sup>, qualora la gestante abbia rinunciato legalmente al suo *status* materno al momento del parto<sup>137</sup>, *ex art.* 45, n. 3, della *Ley del Registro Civil (LRC)*<sup>138</sup>. In casi come questo, i commi 1 e 2 dell'art. 10 della *LTRHA* potranno essere funzionali soltanto a impedire che l'accordo tra i componenti della coppia committente e la madre surrogata possa essere fatto valere in giudizio contro quest'ultima, qualora cambi successivamente idea e si rifiuti di consegnare ai primi il bambino partorito<sup>139</sup>.

## 8.2. Gli effetti penali indiretti della maternità surrogata: la simulazione di parto, la consegna del minore a terzi, e l'intermediazione nello scambio illegale

Le uniche fattispecie incriminatrici applicabili in materia sono collocate tra i delitti contro le relazioni familiari – così come riscontrato nell'ordinamento francese – e non risultano specificamente dirette alla repressione della gestazione per altri, pur essendo idonee a punire i comportamenti realizzati successivamente al parto, nell'ultimo frangente della fase esecutiva del patto di surrogazione: la simula-

<sup>135</sup> Cfr. E. Lamm, *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Universitat de Barcelona, Universitat de Barcelona, Barcelona 2013, p. 72. Così anche María Paz García Rubio, Margarita Herrero Oviedo, *Maternidad subrogada: dilemas éticos y aproximación a sus respuestas jurídicas*, in *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 2018, 52, p. 77.

<sup>136</sup> Cfr. J. Vidal Martínez, *Las nuevas formas de reproducción humana*, I ed., Madrid, Civitas, 1988, p. 180; J. Cerdà Subirachs, *La insostenible legalización de facto de la maternidad subrogada en España. A propósito de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN*, in *La Ley*, n. 4893, 2011, pp. 3 ss.

<sup>137</sup> Quello appena enunciato rappresenta un rimedio molto discusso da quella parte della dottrina che vi scorge una frode alle norme spagnole contro la maternità surrogata: così A.J. Vela Sánchez, *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, Granada, Comares, 2012 p. 3 ss. In tale direzione, cfr. la posizione particolare di J.R. De Verda Y Beamonte, *Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)*, in *Diario La Ley*, n. 7501, 3.11.2010, p. 5, e di E. Lamm, *Gestación por sustitución*, cit., p. 76: secondo gli AA., per evitare le lungaggini e gli artifici connessi alla strumentalizzazione dell'istituto dell'adozione in casi del genere, sarebbe più ragionevole abrogare il divieto della maternità surrogata ed introdurre delle apposite regole sulla filiazione in capo alla coppia committente la gravidanza alla madre surrogata.

<sup>138</sup> Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, in *Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado*, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-12628>.

<sup>139</sup> Cfr. E. Lamm, *Gestación por sustitución*, cit., p. 72, secondo cui, attraverso l'accordo di surrogazione, «*la mujer gestante no asume ninguna obligación de entregar al nacido tras el parto, ni de indemnizar al comitente en caso de incumplimiento, aunque se le hayan entregado determinadas cantidades por razón de la gestación*».

zione del parto, punita dall'art. 220, co. 1, c.p.<sup>140</sup>, nel caso in cui la madre di intenzione dichiari falsamente di avere partorito il minore per occultare il ricorso alla maternità surrogata; la consegna del bambino a un soggetto terzo con il fine di alterarne lo *status filiationis*, ex art. 220, co. 2, c.p., laddove la cessione del minore sia finalizzata a fare acquisire artificialmente la genitorialità legale al committente o ai committenti la gravidanza<sup>141</sup>; la consegna, la ricezione e l'intermediazione nello scambio del minore, avvenuti in cambio della prestazione di una somma di denaro, attraverso l'elusione delle norme che ne regolano la custodia, l'affidamento e l'adozione, e con lo scopo di stabilire una relazione di fatto analoga alla filiazione, ex art. 221 c.p.<sup>142</sup>, qualora la cessione indebita del minore da parte della madre surrogata, sia avvenuta dietro compenso. Quest'ultima fattispecie, in particolare, non è assimilabile a quelle che incriminano l'intermediazione nella gestazione per altri, negli altri ordinamenti analizzati, poiché deve realizzarsi nella fase della consegna, non rilevando che la gravidanza sia stata iniziata nell'interesse della stessa gestante o di altri, né che la cessione sia stata eseguita sulla base di un precedente accordo tra le parti.

La sussumibilità delle condotte esecutive del patto entro il campo applicativo di fattispecie volte a reprimere fenomeni illeciti di più ampia portata, di cui l'accordo di maternità surrogata rappresenta soltanto un eventuale, ma non necessario, presupposto, dimostra che l'ordinamento spagnolo non ha riconosciuto al fenomeno in esame un disvalore tale da essere contrastato attraverso una fattispecie incriminatrice *ad hoc* o un aggravamento di pena rispetto alla disciplina penale generalmente apprestata contro qualunque comportamento che, a prescindere dal contesto in cui sia realizzato, produca un'alterazione delle relazioni familiari del minore<sup>143</sup>.

140 «La suposición de un parto será castigada con las penas de prisión de seis meses a dos años».

141 «La misma pena se impondrá a quien ocultare o entregare a terceros una persona menor de dieciocho años para alterar o modificar su filiación».

142 Art. 221 c.p.: «1. Los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concorra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a 10 años.  
2. Con la misma pena serán castigados la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero».

143 Ritengono che le fattispecie indicate, più specificamente, tutelino lo stato civile del minore: M.R. Diego Díaz-Santos, *Los Delitos contra la familia*, Madrid, Montecorvo, 1973, pp. 311 ss.; E. Cortes Bechiarelli, *Aspectos de los delitos contra la filiación y nueva regulación del delito de sustracción de menores*, Madrid, Edersa, 1996, pp. 48 ss.; C. De Frutos Gómez, *Delitos contra las relaciones familiares*, in *Delitos contra el honor y delitos contra las relaciones familiares*, J.E. Fernández Pinós, C. De Frutos Gómez (dir.), Barcelona, Bosch, 1998, pp. 213 ss.; C. Blanco Lozano, *Los delitos contra las relaciones familiares en el Código penal español*, in *Anuario de Justicia de Menores*, n. 4, 2004, p. 114; J.J. Queralt Jiménez, *Derecho penal español. Parte Especial*, V ed., Barcelona, Atelier, 2008, p. 334; F. Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte especial*, XVII ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, p. 283; M.T. Castiñeira Palou, *Delitos contra las relaciones familiares*, in *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, J.M. Silva Sánchez (dir.), R. Ragués Vallès (coord.), II ed., Barcelona, Atelier, 2009, p. 166; M. del Mar Carrasco Andrino, *Protección penal de la filiación*, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2010, p. 06:10. In senso parzialmente difforme, ritiene che queste fattispecie proteggano il diritto del minore di conoscere le proprie origini, C. Villacampa Estiarte, *La protección penal del derecho del menor a conocer la propia identidad: análisis del denominado delito de "Tráfico de menores"*, in *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 5, 2001, p. 67.

## 9. Il Portogallo: il modello regolamentativo della gestazione sostitutiva mediante tecniche di P.M.A.

Rispetto agli altri ordinamenti analizzati, quello portoghese presenta una legislazione sbilanciata nel rapporto tra modello di regolamentazione della surrogazione di maternità – nominata, nel contesto normativo in esame, come “gestazione sostitutiva” («*gestação de substituição*»)<sup>144</sup> – e scelte di incriminazione: nonostante l’attuale legge in materia faccia discendere, a certe condizioni, degli effetti civili dall’accordo tra le parti, attribuendo la genitorialità del minore alla coppia committente, sono state previste norme che, oltre agli intermediari, incriminano la madre surrogata e i genitori di intenzione per la stipulazione del patto in violazione delle condizioni legislativamente previste. Proprio quest’ultima rappresenta la peculiarità della normativa sotto esame rispetto a quelle degli altri ordinamenti analizzati, che, pur essendo più rigoristiche sul piano del non riconoscimento della validità degli accordi di surrogazione, non ne prevedono l’incriminazione o addirittura esplicitamente precludono – come nel caso della Germania e della Danimarca – la punibilità del concorso della madre surrogata o dei genitori di intenzione nei reati realizzabili dai medici o dagli intermediari.

### 9.1. Le condizioni legali per la stipulazione degli accordi di gestazione sostitutiva: effetti sul piano civile e penale

L’attuale *Lei* n. 90/2021 (“*Procriação medicamente assistida*”), dopo una lunga serie di riforme normative e di sentenze del *Tribunal constitucional*<sup>145</sup>, ha sancito l’ammissibilità degli accordi di gestazione sostitutiva – definita, all’art. 8, comma 1, come qualsiasi situazione in cui una donna sia disposta («*se disponha*») a condurre una gravidanza per conto di un terzo e a consegnargli il bambino dopo il parto, rinunciando ai diritti e ai doveri della maternità<sup>146</sup> – se conformi a una serie di condizioni formali, procedurali e sostanziali previste dallo stesso art. 8<sup>147</sup>: il ricorso a questa pratica può avvenire

<sup>144</sup> La *Lei* n. 32/2006 faceva uso dell’espressione “maternità sostitutiva” (*maternidade de substituição*), dato che non riconosceva la validità degli accordi di surrogazione, per cui la madre legale del minore sarebbe rimasta comunque la gestante. La sostituzione del termine “maternità” con “gestazione” si è avuta con la *Lei* 25/2016 – ed è stata poi confermata nella *Lei* n. 90/2021 – in seguito all’introduzione di una disciplina legale che consente ai beneficiari, e quindi anche alla madre di intenzione, di acquisire la genitorialità legale del minore. Tutte le leggi succedutesi in materia sono reperibili in PGDL – Procuradoria Geral Distrital de Lisboa, [https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=903&tabela=leis&so\\_miolo=](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=903&tabela=leis&so_miolo=).

<sup>145</sup> Per una disamina degli interventi normativi e delle sentenze in materia, si vedano M. do Céu Patrão Neves, *Legal initiative for Gestational Surrogacy in Portugal: An overview of the legal, regulatory, and ethical issues*, in *Revista de Bioética y Derecho*, 2022, 56, pp. 55 ss.; C. Dias, *Aspetos sucessórios da procriação medicamente assistida – algumas reflexões em torno dos novos artigos 22.º e ss. da lei da procriação medicamente assistida (na redação dada pela Lei n.º 72/2021, de 12 de novembro)*, in *Liber Amicorum Benedita Mac Crorie, A.S.P. Oliveira, P. Jerónimo* (eds.), vol. I, Braga, UMinho Editora, 2022, pp. 315 ss.

<sup>146</sup> Letteralmente: «*Entende-se por “gestação de substituição” qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade*».

<sup>147</sup> Classifica i criteri secondo questa triade, A. Gonçalo Dias Pereira, *Filhos de pai anónimo no século XXI!*, in *Debatendo a procriação medicamente assistida. Publicação correspondente a actas do seminário internacional “Debatendo a procriação medicamente assistida”* – Porto e FDUP, 16 e 17 de Março de 2017, L. Neto, R. Teixeira Pedro (Resp.), Porto, Faculdade de Direito – Universidade do Porto, 2017, p. 46.

eccezionalmente in favore di una donna priva dell'utero o affetta da una patologia dello stesso o da un'altra situazione clinica che impedisca in via assoluta e definitiva la gravidanza (comma 2); la fecondazione deve avvenire facendo uso dei gameti di almeno uno dei due beneficiari e senza l'apporto genetico della gestante (comma 4); deve esservi l'autorizzazione del Consiglio Nazionale per la procreazione medicalmente assistita (comma 5); i beneficiari non devono avere prestato un corrispettivo economico alla gestante, salvo che si tratti del rimborso delle spese di assistenza sanitaria da quella sostenute (comma 7); non deve esservi un rapporto pregresso di subordinazione economica tra le parti coinvolte nel patto (comma 8); occorre il consenso informato dei beneficiari, che possono revocarlo fino all'inizio delle tecniche di P.M.A., e della madre surrogata, che può revocarlo fino alla registrazione anagrafica del bambino (comma 10).

Anche se la definizione di cui al primo comma non collega espressamente la gestazione sostitutiva a una gravidanza avviata mediante le tecniche di fecondazione assistita, le successive previsioni, nonché la collocazione sistematica delle norme in materia all'interno della legge sulla P.M.A., consentono di escludere – anche ai fini dell'individuazione del campo applicativo dei reati di cui al successivo art. 39<sup>148</sup> – che il fenomeno possa verificarsi nell'ambito di gravidanze iniziate naturalmente nell'interesse di terzi.

Oltre all'evidente scopo di ostacolare la mercificazione della pratica, è chiaro l'intento del legislatore di contrastare la genitorialità delle coppie *same-sex* al maschile, sortendo evidenti esiti discriminatori alla luce dell'introduzione, ad opera della *Lei* n. 9/2010 del 31 maggio<sup>149</sup>, del matrimonio tra persone dello stesso sesso: oltre all'art. 8, comma 2, che prevede una condizione patologica necessariamente sussistente in capo a una madre "di intenzione", l'art. 6, più generalmente, contempla come uniche beneficiarie delle tecniche procreative le coppie di sesso diverso, le coppie *same-sex* al femminile (in entrambi i casi, sia se unite dal matrimonio sia se conviventi in condizioni analoghe al coniugio) e le donne *singles* a prescindere dal loro stato civile o dal loro orientamento sessuale<sup>150</sup>.

Ai sensi dell'art. 8, comma 9, il bambino nato in seguito al ricorso alla gestazione sostitutiva è considerato figlio dei beneficiari. Non è più prevista – a differenza di quanto avveniva sotto il regime della *Lei* n. 25/2016 – la nullità del contratto stipulato in violazione delle suddette condizioni e di quelle altre stabilite nell'art. 8<sup>151</sup>, per evitare che la rigidità del regime civilistico possa nuocere al be-

148 La definizione di cui all'art. 8, comma 1, concorre a determinare e a delimitare il fatto tipico dei reati previsti dall'art. 39: così *Tribunal Constitucional*, *Acórdão* n. 225/2018, *Processo* n. 95/17, § 8, in *Tribunal Constitucional Portugal*, <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180225.html>.

149 *Lei* n. 9/2010, de 31 de Maio, *Casamento civil entre pessoas do mesmo sexo*, in *PGDL – Procuradoria Geral Distrital de Lisboa*, [https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=1249&tabela=leis&so\\_miolo=](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1249&tabela=leis&so_miolo=).

150 L'apertura alle coppie di donne e alle donne *singles* si è avuta solo con la *Lei* n. 17/2016 del 20 giugno, nel rispetto del «*princípio da igualdade no acesso às técnicas de PMA*»: così *Decreto Regulamentar* n. 6/2016, de 29 de Dezembro, *Regulamenta a procriação médica assistida*, in *PGDL – Procuradoria Geral Distrital de Lisboa*, [https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=2632&tabela=leis&ficha=1&pagina=1](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2632&tabela=leis&ficha=1&pagina=1).

151 Il silenzio legislativo è stato interpretato come espressivo dell'irrelevanza dell'invalidità dell'accordo ai fini dell'attribuzione della genitorialità alla donna o alla coppia beneficiaria, da *Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA)*, *Declaração interpretativa (n. 1 do artigo 30 da Lei n. 32/2006, de 26 de julho, alterada pelas Leis nn. 17/2016, de 20 de junho, e 25/2016, de 22 de agosto)*, in *Assembleia da República*, <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a53556c4d5a5763765130394e4c7a684452554d765247396a6457316c626e52766330466a64476c32615752685a4756446232317063334e68627938314e6a49345a6a566c4d4330794e6d52684c545135597a59744f4746684e5330324f544a694d7a526c4d544e69597a4d756347526d&fich=5628f5e0-26da-49c6-8aa5-692b34e13bc3.pdf&Inline=true>.

nessere e alla certezza dello stato civile del minore “incolpevole”<sup>152</sup>. Tuttavia, come emergerà nel prosieguo, è punita la conclusione di accordi al di fuori dei casi previsti dai commi 2, 4, 5, 7 e 8 della legge, facendo intendere che il legislatore abbia inteso fare ricadere unicamente sul diritto penale il compito di sanzionare i contratti di gestazione sostitutiva stipulati *contra legem*<sup>153</sup>, con il rischio, da una parte, di violare il principio di sussidiarietà ed *extrema ratio*<sup>154</sup>, e, dall'altra, di favorire l'autore del reato nel conseguimento del risultato dei suoi atti illeciti<sup>155</sup>.

## 9.2. I reati previsti in materia: l'esecuzione dell'accordo a titolo oneroso e a titolo gratuito *contra legem*

Incrementando le fattispecie originariamente previste dalla *Lei* n. 32/2006 e superando il livellamento punitivo ivi adottato<sup>156</sup>, l'attuale art. 39 – riallineandosi alle corrispondenti previsioni dalla *Lei* n. 25/2016 – ha previsto, nei suoi primi commi, quattro distinte figure di reato-contratto a soggettività

<sup>152</sup> Si veda *Tribunal Constitucional*, *Acórdão* n. 225/2018, cit., § 48.

<sup>153</sup> Si noti, tuttavia, che ci sono altre condizioni legali previste dall'art. 8, che renderebbero comunque gli accordi di gestazione sostitutiva *contra legem*, ma la cui violazione non è penalmente sanzionata. Invece, nel regime civilistico previsto dalla *Lei* n. 25/2016, la nullità dell'accordo era conseguenza della violazione di una qualunque delle condizioni previste nell'art. 8: si veda M.R. Guimarães, *As particularidades do regime do contrato de gestação de substituição no direito português e o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018*, in *Revista de Bioética y Derecho*, 2018, 44, p. 196.

<sup>154</sup> Si vedano i dubbi già manifestati, sul punto, sotto la vigenza delle norme della *Lei* n. 32/2006, M. João Antunes, *Procriação Medicamente Assistida – Questões novas ou questões renovadas para o direito penal?*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, M. da Costa Andrade, M. João Antunes, S. Aires de Sousa (coord.), vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 91; L. Vale e Reis, *Responsabilidade Penal na Procriação Medicamente Assistida – A criminalização do recurso à Maternidade de Substituição e outras opções legais duvidosas*, in *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito de Saúde*, 2010, p. 90. Anche sotto la vigenza della *Lei* n. 25/2016, in cui per la prima volta si sancì, contemporaneamente, la nullità degli accordi di surrogazione *contra legem* e la loro incriminazione, era stato evidenziato che la risposta civile poteva essere sufficiente sul piano preventivo, senza bisogno di ricorrere anche allo strumento penale in chiave afflittiva: così R. Teixeira Pedro, *Uma revolução na conceção jurídica da parentalidade?*, in *Debatendo a procriação medicamente assistida*, cit., p. 165; A.L. Brandão Kullo, *A reprodução medicamente assistida e a legislação penal – uma análise a partir do ordenamento jurídico português*, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 2018, vol. 150, ano 26, p. 349. La Corte costituzionale portoghese ha più volte affermato la rilevanza del principio di *ultima ratio* nel diritto penale: *Tribunal Constitucional*, *Acórdão* n. 101/2009, *Processo* n. 963/06, in *Tribunal Constitucional Portugal*, <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090101.html>; *Tribunal Constitucional*, *Acórdão* n. 99/02, *Processo* n. 482/01, in *Tribunal Constitucional Portugal*, <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020099.html>; *Tribunal Constitucional*, *Acórdão* n. 108/1999, *Processo* n. 469/98, in *Tribunal Constitucional Portugal*, <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19990108.html>.

<sup>155</sup> Così R. Vale e Reis, *Procriação medicamente assistida: gestação de substituição, anonimato do dador e outros problemas*, Coimbra, Gestlegal, 2022, p. 252. Paventava questa conseguenza già il *Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida*, *Parecer* n. 92/CNECV/2017 *sobre o Projeto de Decreto Regulamentar referente à regulação da Lei n. 25/2016, de 22 de agosto, que regula o acesso à Gestação de Substituição*, in *Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida*, <https://www.cnecv.pt>, p. 10.

<sup>156</sup> La *Lei* n. 32/2006 vietava *in toto* gli accordi di maternità surrogata, sancendone la nullità e stabilendo che madre legale fosse la gestante su commissione (art. 8). Era prevista una figura di reato per chi stipulasse contratti di maternità surrogata a titolo oneroso e un'altra per chi ne facesse promozione (art. 39); per entrambe le fattispecie, le pene comminate consistevano nella reclusione fino a due anni o nella multa fino a 240 giorni (si veda la nota successiva).

qualificata, aventi tutte ad oggetto il «concretizar contratos de gestação de substituição»<sup>157</sup>. Si tratta di fattispecie che si differenziano in base al carattere oneroso (commi 1 e 2) o gratuito (commi 3 e 4) dell'accordo, in quest'ultimo caso rilevando anche la violazione delle condizioni previste dai commi 2, 4, 5, 7 e 8; con un'ulteriore diversificazione a seconda che soggetto attivo sia il beneficiario (commi 1 e 3), per cui sono comminate pene pecuniarie in alternativa a pene detentive (reclusione fino a due anni o multa fino a 240 giorni<sup>158</sup> per l'accordo a titolo oneroso, reclusione fino a un anno o multa fino a 120 giorni per l'accordo a titolo gratuito *contra legem*), o la gestante sostitutiva (commi 2 e 4), per la quale sono previste soltanto pene pecuniarie (multa fino a 240 giorni per l'accordo a titolo oneroso, multa fino a 120 giorni per l'accordo a titolo gratuito *contra legem*).

Dato che negli accordi a titolo gratuito *contra legem* non affiora una mercificazione, ma soltanto un ricorso alla pratica al di fuori del quadro normativamente disciplinato e consentito, può ritenersi – a dispetto di quanto affermato dalla dottrina maggioritaria<sup>159</sup> – che solo il reato di contrattazione a titolo oneroso offenda la dignità del minore e della gestante<sup>160</sup>: solo così si può spiegare il maggiore disvalore di queste ultime condotte e le più consistenti pene comminate per la loro realizzazione<sup>161</sup>, seb-

157 «1 - Quem, enquanto beneficiário, concretizar contratos de gestação de substituição a título oneroso é punido com pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias.

2 - Quem, enquanto gestante de substituição, concretizar contratos de gestação de substituição a título oneroso é punido com pena de multa até 240 dias.

3 - Quem, enquanto beneficiário, concretizar contratos de gestação de substituição, a título gratuito, fora dos casos previstos nos n.os 2, 4, 5, 7 e 8 do artigo 8.º é punido com pena de prisão até 1 ano ou pena de multa até 120 dias.

4 - Quem, enquanto gestante de substituição, concretizar contratos de gestação de substituição, a título gratuito, fora dos casos previstos nos n.os 2, 4, 5, 7 e 8 do artigo 8.º é punido com pena de multa até 120 dias».

158 Alla multa si applica il criterio di commisurazione a tassi giornalieri previsto dall'art. 47 c.p. In particolare, il secondo comma prevede che ogni giorno di multa corrisponde ad un importo compreso tra 5 e 500 euro, che il tribunale determina in funzione della situazione economica e patrimoniale del condannato e delle sue spese personali.

159 Si vedano M. do Céu Patrão Neves, *Mudam-se os tempos, manda à vontade. O desejo e o direito a ter um filho*, in *Estudos de Direito da Bioética*, J. de Oliveira Ascensão (coord.), vol. III, Coimbra, Almedina, 2008, p. 137; J.C. Loureiro, *Outro útero é possível: civilização (da técnica), corpo e procriação: tópicos para um roteiro em torno da maternidade de substituição*, in *Direito Penal: Fundamentos Dogmáticos e Político Criminais, Homenagem ao Prof. Doutor Peter Hunerfeld*, M. da Costa Andrade, J. de Faria Costa, A. Miranda Rodrigues, H. Moniz, S. Fidalgo (org.), Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 1413; E. CHABY, *Direito de constituir família, filiação e adoção – Notas à luz da jurisprudência do Tribunal Constitucional e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*, in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*, M.L. Amaral (org.), vol. II, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 353 ss.; M.M. Silva Pereira, *Gerar uma criança para outros: do ghetto e do gineceu à afirmação da igualdade de género e dos direitos das crianças*, in *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 4, 2018, n° 3, pp. 1600 ss. Gli AA. rinvengono una violazione della dignità della gestante e del minore sia nella gestazione sostitutiva onerosa sia in quella altruistica *contra legem*, poiché in entrambi i casi si avrebbe uno sfruttamento della donna e del suo corpo.

160 In tal senso, *Tribunal Constitucional*, *Acórdão n. 225/2018*, cit., § 28, ha affermato che la maternità surrogata solidaristica non viola la dignità della donna, ma, se realizzata senza alcun condizionamento esterno, rappresenta una modalità di manifestazione della sua personalità. Sulla rarefazione del valore della dignità insito nella repressione della semplice strumentalizzazione del singolo per fini altrui, si vedano le critiche di J. Reis Novais, *A Dignidade da Pessoa Humana*, vol. II, *Dignidade e Inconstitucionalidade*, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 120 ss. In tale direzione, contrarie alla valorizzazione delle istanze di stampo etico di tutela della dignità, in queste ipotesi, sono V.L. Raposo, *The new Portuguese law on surrogacy - The story of how a promising law does not really regulate surrogacy arrangements*, in *JBRA Assisted Reproduction*, 2017, 21(3), p. 235; D.S. Araújo Coutinho, *As Problemáticas e os Desafios Contemporâneos em torno da Gestação de Substituição*, Coimbra, Almedina, 2022, p. 343.

161 Sottolineano la necessità dell'intervento penale rispetto ai fatti che determinano la mercantizzazione del ventre della

bene sia discutibile l'incriminazione, in prospettiva paternalistica diretta, della stessa madre surrogata<sup>162</sup>.

In relazione all'attuazione dell'accordo in assenza dell'autorizzazione del Comitato Nazionale per la procreazione medicalmente assistita, si potrebbe prospettare la tutela della funzione statale di gestione e regolamentazione esclusiva degli accordi di surrogazione maternità attuati mediante metodi che mediche<sup>163</sup> e, in via soltanto finale e indiretta, la protezione dell'integrità psicofisica dei soggetti coinvolti nel patto.

Densa di risvolti critici è, invece, la ricerca del bene giuridico protetto rispetto alla violazione della condizione inerente alla sussistenza di una patologia riproduttiva in capo alla donna beneficiaria. Anche se la norma pare orientata a contrastare il ricorso alla surrogazione nei casi in cui ciò non sia imposto da una stretta necessità clinica, a tutela della salute della donna sottoposta agli interventi procreativi nell'interesse altrui, tra le sue conseguenze applicative essa finisce per contemplare anche l'incriminazione dell'uomo *single* o in coppia con un altro uomo che stipuli un tale accordo, poiché l'art. 8, comma 2, è interamente costruito intorno alla figura della madre di intenzione affetta da una patologia riproduttiva<sup>164</sup>. In questo caso, la tutela della salute della gestante non sembra essere stata oggetto di un ragionevole bilanciamento con i controinteressi in gioco, dato che anche la fisiologica incapacità di condurre una gravidanza, propria della figura maschile, determina un ostacolo assoluto alla procreazione e una conseguenziale violazione del diritto alla vita familiare<sup>165</sup>, tale da giustificare, quantomeno, una clausola di non punibilità per il committente *single* o in coppia *same-sex*<sup>166</sup>.

La condizione relativa alla necessaria estraneità genetica tra la gestante e il minore, con conseguente ammissibilità della sola maternità surrogata "totale" o "gestazionale", infine, è posta a tutela del benessere psicofisico del minore, essendo finalizzata a ridurre al minimo necessario il legame dello stesso con la gestante sostitutiva, a causa dei potenziali rischi psicologici ed emotivi che questa relazione comporta<sup>167</sup>. Nella medesima direzione, il necessario legame di sangue tra il bambino e almeno

donna – cioè gli accordi di gestazione sostitutiva a titolo oneroso e l'intermediazione con percezione di un compenso – e, dunque, la maggiore gravità di queste fattispecie rispetto a quelle che reprimono accordi e contributi non lucrativi, V.L. Raposo, *The new Portuguese law on surrogacy*, cit., p. 232; A.L. Brandão Kullo, *A reprodução*, cit., p. 348. In giurisprudenza, così, Tribunal Constitucional, 101/2009, cit., § 6 l), secondo cui la «*maternidade de substituição gratuita tende a ser vista como menos censurável, por revelar altruísmo e solidariedade da mãe gestadora em relação à mulher infértil, e por não haver, da parte desta, um desrespeito pela dignidade da mãe gestadora, por não ocorrer aqui nenhuma tentativa de instrumentalização de uma pessoa economicamente carenciada, por meio da fixação de um "preço", como sucede nas situações de maternidade de substituição onerosa*».

<sup>162</sup> Così M.M. Silva Pereira, *Gerar uma criança para outros*, cit., p. 1601.

<sup>163</sup> Secondo S. Castro Menezes Mota, S. Marcos de Almeida Neves Barbas, *Direito à não discriminação e à verdade biológica dos nascidos por pma em Portugal e no Brasil*, in *Revista internacional consinter de direito*, 2021, p. 395, il Consiglio Nazionale per la procreazione medicalmente assistita è stato elevato dalla legge a «*entidade reguladora dessa prática*».

<sup>164</sup> Mette in luce questo dato A.P. Guimarães, *Procriação medicamente assistida e homossexualidade na lei e na imprensa portuguesa*, in *Voces alternativas: investigação multidisciplinar en comunicación y cultura*, A.M. Ortega Pérez, V. García-Prieto (eds.), Sevilla, Egregius, 2017, p. 150. Ritiene che un esito diverso sarebbe possibile solo attraverso un'interpretazione della norma contraria al suo dato testuale, R. Vale e Reis, *Procriação medicamente assistida*, cit., p. 240.

<sup>165</sup> Rileva l'irragionevolezza dell'esclusione delle coppie di uomini sposati, in base alla circostanza che elemento caratterizzante del matrimonio è la costituzione di una famiglia, A.P. Guimarães, *Procriação medicamente assistida*, cit., pp. 147 ss.

<sup>166</sup> Cfr. M.M. Silva Pereira, *Uma gestação inconstitucional*, cit., p. 10.

<sup>167</sup> V. Decreto Regulamentar n. 6/2017, de 31 de julho, *Regulamenta o acesso à gestação de substituição, Preâmbulo*, in PGDL – Procuradoria Geral Distrital de Lisboa, [https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?artigo\\_id=2728A0002&nid=2728&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so\\_miolo=&nversao=](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=2728A0002&nid=2728&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=).

uno dei beneficiari, è funzionale a garantire l'instaurazione e il consolidamento di un legame psichico e affettivo con il genitore "di intenzione".

In relazione a ciascuna delle condotte incriminate dai primi quattro commi dell'art. 39, l'utilizzo del verbo «*concretizar*» ha fatto ritenere che le fattispecie incriminino non la semplice stipulazione – che avrebbe dovuto essere espressa con il termine "*celebração*", a tal fine utilizzato nell'art. 8 e nei commi 5 e 6 dello stesso art. 39 – ma l'esecuzione del patto attraverso la partecipazione alle procedure di P.M.A. o, addirittura, attraverso la cessione e la speculare ricezione del minore<sup>168</sup>. Seguendo questa linea interpretativa – fondabile anche sul principio di materialità, dato che la conclusione dell'accordo tra le parti potrebbe non essere seguita dal suo materiale adempimento, spesso a causa di un ripensamento della gestante – il momento consumativo dei reati-contratto previsti dall'art. 39 verrebbe posticipato, con conseguente circoscrizione del loro campo di applicazione<sup>169</sup>.

### 9.3. La promozione degli accordi illeciti e la percezione di un vantaggio economico connesso alla stipulazione o all'opera di promozione

La *Lei* n. 90/2021 ha ulteriormente introdotto due diverse fattispecie che incriminano le condotte di chi, pur non essendo parte del contratto illecito, ne promuova la stipulazione o tragga un guadagno da essa.

La prima fattispecie (art. 39, comma 5) punisce, con la reclusione fino a due anni, chi promuove, con qualunque mezzo, in particolare mediante invito diretto o per interposta persona o tramite annuncio pubblico, la stipula di accordi di gestazione sostitutiva in violazione dei commi 2, 4, 5, 7 e 8 dell'articolo 8<sup>170</sup>. Come nella maggior parte degli ordinamenti analizzati, anche in Portogallo è incriminata la promozione degli accordi illeciti, a prescindere dal perseguimento di uno scopo di lucro, dall'effettiva percezione di un compenso, o dallo svolgimento di tale attività in via professionale (come, invece, avviene in Olanda): si pensi all'ipotesi in cui un parente o un amico di una delle parti coinvolte ne pubblicizzi la disponibilità o faccia da mediatore tra esse per fini meramente solidaristici e senza effettivamente trarre alcun vantaggio economico per il proprio intervento. In tal senso, vi è in dottrina chi ritiene che in questo caso il bene giuridico protetto vada identificato nell'ordine pubblico, piuttosto che nella dignità della gestante e del minore<sup>171</sup>.

La seconda fattispecie (art. 39, comma 6) punisce, con la reclusione fino a cinque anni, chiunque trae un vantaggio economico dalla conclusione di accordi di gestazione sostitutiva o dalla loro promozione con qualunque mezzo, in particolare mediante invito diretto o per interposta persona o tramite annuncio pubblico<sup>172</sup>. Si tratta di una scelta affine a quella adottata nell'ordinamento tedesco, in

168 In quest'ultimo senso, L. Vale e Reis, *Responsabilidade Penal na Procriação Medicamente Assistida*, cit., p. 90. *Contra* M.M. Silva Pereira, *Gerar uma criança para outros*, cit., p. 1602, che invece ritiene che il termine "*concretizão*" vada inteso come sinonimo di "*celebração*", cioè come espressivo della stipulazione del contratto.

169 Così L. Vale e Reis, *Responsabilidade Penal na Procriação Medicamente Assistida*, cit., p. 90.

170 Letteralmente: «5 - *Quem promover, por qualquer meio, designadamente através de convite direto ou por interposta pessoa, ou de anúncio público, a celebração de contratos de gestação de substituição fora dos casos previstos nos n.os 2, 4, 5, 7 e 8 do artigo 8.º é punido com pena de prisão até 2 anos*».

171 Così M.M. Silva Pereira, *Gerar uma criança para outros*, cit., pp. 1602-1603.

172 Letteralmente: «6 - *Quem, em qualquer circunstância, retirar benefício económico da celebração de contratos de gestação de substituição ou da sua promoção, por qualquer meio, designadamente através de convite direto ou por interposta pessoa, ou de anúncio público, é punido com pena de prisão até 5 anos*».

cui la percezione di un compenso da parte del mediatore comporta un aggravamento di pena del reato-base di «*Ersatzmuttervermittlung*»; con la differenza che, nella legislazione portoghese, il reato è configurato come fattispecie autonoma e annovera una platea più vasta di destinatari, tra cui figura anche colui che tragga un guadagno dall'attività di pubblicizzazione. La previsione di una pena nettamente più alta rispetto alla precedente figura di reato si spiega in ragione dell'intento legislativo di reprimere con particolare vigore la mercificazione del corpo della gestante e dello stesso minore, concretizzabile non solo nella corresponsione di un compenso alla madre surrogata da parte dei beneficiari, già punita dai reati-contratto di cui all'art. 39, commi 1 e 3, ma anche nell'acquisizione di vantaggi economici da parte di pubblicizzatori, mediatori, intermediari, medici o sanitari a vario titolo coinvolti, come terzi, negli accordi illeciti<sup>173</sup>.

Nonostante l'apparente scopo di reprimere l'opera di soggetti estranei all'accordo tra le parti, la struttura della fattispecie prevista dal quinto comma parrebbe consentire anche l'incriminazione della madre surrogata o dei beneficiari che promuovano la conclusione dell'accordo<sup>174</sup>, pubblicizzando la propria disponibilità, andando alla ricerca di una controparte o rivolgendosi a terzi affinché svolgano un'attività di mediazione. Nella fattispecie di cui al sesto comma, inoltre, che punisce chiunque, in qualsiasi circostanza, trae vantaggio economico dalla stipulazione di accordi di maternità sostitutiva, sembrerebbe sussumibile anche la condotta della gestante sostitutiva che percepisca un compenso per la conclusione dell'accordo. Tuttavia, secondo l'opinione di chi scrive, le figure di reato previste nei primi quattro commi esauriscono l'intento punitivo del legislatore nei confronti dei soggetti direttamente partecipanti all'accordo illecito, essendo ivi incriminate condotte contrattuali che, secondo l'*id quod plerumque accidit*, presuppongono la ricerca di una controparte, e quindi la promozione dell'accordo, e comportano l'adempimento del patto a titolo oneroso, e quindi la percezione di un compenso da parte della madre surrogata. Se si aderisce a questa tesi, l'inferiore ammontare sanzionatorio previsto per i reati-contratto si spiegherebbe con la necessità di bilanciare le strategie repressive del legislatore con la considerazione dei particolari interessi personali di cui sono portatrici le parti in causa, che le rendono meritevoli di pene inferiori di quelle comminate dal quinto e dal sesto comma per gli intermediari o i soggetti terzi economicamente avvantaggiati dall'accordo.

Le questioni profilate, comunque, sono frutto di una chiara indeterminatezza nella formulazione delle fattispecie e del regime legale dei contratti di surrogazione<sup>175</sup>, peraltro già lamentata dalla Corte costituzionale del 2018 rispetto alla previgente *Lei* n. 25/2016<sup>176</sup>.

## 10. La Grecia: la regolamentazione della maternità surrogata

L'ordinamento greco ha da tempo adottato una disciplina della surrogazione di maternità che si distingue da quella degli altri sistemi normativi per il suo approccio liberale, ma che, al contempo, si snoda lungo due opposte direzioni, similmente a quanto riscontrato per il Portogallo: da un lato, l'accordo tra le parti è regolamentato e deve rispettare una serie di condizioni normativamente poste per risultare produttivo degli effetti civili perseguiti dalle prime; dall'altro, si riscontra un ampio ricorso allo strumento penale, tale da consentire l'incriminazione persino della madre surrogata e dei

173 Cfr. D. Coutinho, *Breves considerações sobre o modelo português de gestão de substituição à luz do princípio da dignidade da pessoa humana*, in *Liber Amicorum*, cit., p. 336.

174 *Ibidem*.

175 Cfr. D.S. Araújo Coutinho, *As Problemáticas*, cit., p. 623.

176 Cfr. *Tribunal Constitucional*, n. 225/2018, cit., §§ 51 ss.

beneficiari, oltre che degli intermediari, qualora non rispettino le predette condizioni.

Dal punto di vista degli effetti civili – ma anche sotto il profilo penale, sebbene in via mediata – l'art. 1458 del codice civile<sup>177</sup>, come modificato dalla Legge n. 3089/2002 sulla riproduzione umana medicalmente assistita<sup>178</sup>, rappresenta la disposizione cardine in materia. Essa definisce la maternità surrogata come il trasferimento nel corpo di una donna di un embrione (*rectius*, di un «ζυγνιμο οημένων ω ρίων», cioè di un ovocita fecondato) a quella geneticamente estraneo, con conseguente avvio della gravidanza, sulla base di un previo accordo tra la stessa e i soggetti intenzionati ad avere un figlio<sup>179</sup>. La norma subordina l'attribuzione della genitorialità in capo ai committenti a un'autorizzazione giudiziale precedente all'impianto dell'embrione. Questo provvedimento, a sua volta, potrà essere emesso a condizione che l'accordo tra le parti sia stato stipulato per iscritto, che non comporti la corresponsione di benefici economici, che sia provata l'incapacità della madre di intenzione di portare avanti una gravidanza e che l'ovocita utilizzato per la fecondazione non appartenga alla stessa madre surrogata.

Il riferimento alla necessaria derivazione genetica dell'ovocita da una donna diversa dalla gestante non soltanto rende evidente l'ammissibilità della sola surrogazione di maternità cd. "totale" o "gestazionale", ma chiarisce anche che la legislazione greca circoscrive il fenomeno, e le norme che lo regolano, alla sola maternità surrogata attuata con le tecniche di procreazione medicalmente assistita, con esclusione della gestazione per altri avviata tramite le vie naturali.

La condizione relativa all'infertilità della madre di intenzione implica il divieto della gestazione per conto di uomo singolo o in coppia *same-sex*, a cui è conseguentemente del tutto precluso il ricorso alle metodiche di P.M.A.<sup>180</sup>, sebbene allo stesso esito debba pervenirsi per le donne in coppia *same-sex*: nonostante l'art. 1455 c.c. preveda generalmente che la procreazione medicalmente assistita sia consentita soltanto per superare la condizione di incapacità di avere un figlio attraverso le vie naturali o per evitare la trasmissione di una grave malattia genetica al bambino, i continui riferimenti alla figura maschile contenuti negli artt. 1456 ss. lasciano emergere che, in generale, soltanto una donna, *single*, sposata con un uomo o con questo convivente, possa beneficiare dei trattamenti procreativi e della loro eventuale attuazione con il contributo di una madre surrogata. Dunque, nel caso di una coppia di donne, solo una di esse potrà formalmente ricorrere, come *single*, alla P.M.A. (con la donazione di

177 ΠΡΟΕΔΡΙΚΟ ΔΙΑΤΑΓΜΑ ΥΠ' ΑΡΙΘΜ. 456 ΦΕΚ Α' 164/24.10.1984. ΑΣΤΙΚΟΣ ΚΩΔΙΚΑΣ ΚΑΙ ΕΙΣΑΓΩΓΙΚΟΣ ΤΟΥ ΝΟΜΟΣ, in *Kodiko*, <https://www.kodiko.gr/nomothesia/document/437467/p.d.-456-1984>.

178 ΝΟΜΟΣ ΥΠ' ΑΡΙΘ. 3089 ΦΕΚ Α 327/23.12.2002, *Ιατρική υποβοήθηση στην ανθρώπινη αναπαραγωγή*, in *Kodiko*, <https://www.kodiko.gr/nomothesia/document/175735/nomos-3089-2002>. Si veda la traduzione in inglese di Y. Kotsovolou Masry, *Greek Law 3089/2002 On Medically Assisted Human Reproduction*, in *Academia.edu*, [https://www.academia.edu/6918055/Greek\\_Law\\_3089\\_2002\\_On\\_Medically\\_Assisted\\_Human\\_Reproduction\\_text\\_of\\_law\\_trnsl\\_from\\_Greek\\_into\\_English](https://www.academia.edu/6918055/Greek_Law_3089_2002_On_Medically_Assisted_Human_Reproduction_text_of_law_trnsl_from_Greek_into_English).

179 Letteralmente: «Η μεταφορά στο σώμα άλλης γυναίκας γονιμοποιημένων ωαρίων, ξένων προς την ιδίαν, και η κνοφορία από αυτήν επιτρέπεται με δικαστική άδεια που παρέχεται πριν από τη μεταφορά, εφόσον υπάρχει έγγραφη και χωρίς αντάλλαγμα συμφωνία των προσώπων που επιδιώκουν να αποκτήσουν τέκνο και της γυναίκας που θα κνοφορήσει, καθώς και του συζύγου της, αν αυτή είναι έγγαμη. Η δικαστική άδεια παρέχεται ύστερα από αίτηση της γυναίκας που επιθυμεί να αποκτήσει τέκνο, εφόσον αποδεικνύεται ότι αυτή είναι ιατρικώς αδύνατο να κνοφορήσει και ότι η γυναίκα που προσφέρεται να κνοφορήσει είναι, εν όψει της κατάστασης της υγείας της, κατάλληλη για κνοφορία». Per la traduzione in inglese del testo dell'art. 1458 c.c., si veda Y. Kotsovolou Masry, *Greek Law 3089/2002*, cit., p. 2.

180 Con esclusivo riguardo al divieto per gli uomini *singles* – dato che per le coppie *same-sex* il ricorso alla P.M.A. e alla surrogazione di maternità, così attuata, è egualmente precluso a prescindere che si tratti di una coppia di uomini o di una coppia di donne (su cui si veda *infra*) – sottolinea gli aspetti discriminatori alla luce del diritto delle donne *singles*, A. Nikolaos Koukoulis, *Medical Involvement in Procreation in Greek Law*, in *BioLaw Journal*, 2022, 3, p. 133.

spermatozoi o, eventualmente, anche con l'aiuto di una gestante su commissione); in tal senso, non è presente alcuna norma che disciplini il consenso della *partner* alla fecondazione e che, sulla base di questo, le conferisca lo *status* di seconda madre del minore<sup>181</sup>.

Il rispetto delle condizioni indicate nell'art. 1458 – per molti versi assimilabili a quelle presenti nella regolamentazione portoghese del fenomeno ed esposte alle medesime criticità<sup>182</sup> – sarà in grado di determinare l'assegnazione della maternità legale alla beneficiaria e di precludere un'azione di contestazione della maternità da parte della gestante, *ex art.* 1464 c.c. La loro violazione, di contro, determinerà l'attribuzione della genitorialità alla madre surrogata, oltre che l'integrazione di una specifica fattispecie di reato.

In aggiunta ai suindicati requisiti, la Legge n. 3305/2005<sup>183</sup> ha introdotto, all'art. 13 («Πρένθ η μη ρό η », i.e. surrogazione di maternità), una prescrizione relativa ai necessari esami clinici sulla salute psicofisica della madre surrogata e una disciplina dei rimborsi legalmente consentiti alla stessa – il cui ammontare massimo è stabilito da un'autorità amministrativa indipendente –, che, se rispettata, escluderebbe la violazione del divieto di corrispondere benefici economici alla madre surrogata<sup>184</sup>. L'art. 17 della Legge n. 4272/2014<sup>185</sup>, inoltre, ha riformato l'art. 8 della Legge n. 3089/2002, consentendo l'applicazione degli artt. 1458 ss. c.c. se la committente e la madre surrogata hanno la loro residenza in Grecia o vi soggiornano temporaneamente, così aprendo anche al turismo procreativo delle donne straniere che ivi si rechino per ricorrere alla pratica<sup>186</sup>.

181 *Id.*, *ivi*, pp. 133-134, che sottolinea l'irrazionalità degli esiti delle preclusioni normative per le coppie di donne: «*The same woman can declare to be an unmarried woman, although she lives in a consensual union, and can have a child through MAR*». Cfr. anche P. Voultos, C. Erato Zymvragou, N. Raikos, C. Chara Spiliopoulou, *Lesbians' experiences and attitudes towards parenthood in Greece*, in *Culture, Health & Sexuality*, 2019, 21(1), pp. 109 ss.

182 Si veda *supra*, §§ 9.1.-9.2

183 ΝΟΜΟΣ ΥΠ' ΑΡΙΘ. 3305 ΦΕΚ Α' 17/27.1.2005, *Εφαρμογή της Ιατρικώς Υποβοηθούμενης Αναπαραγωγής*, in *Kodiko*, <https://www.kodiko.gr/nomothesia/document/164338/nomos-3305-2005>.

184 Si veda la traduzione in inglese dell'art. 13 di A.N. Hatzis, *The Regulation of Surrogate Motherhood in Greece*, September 1, 2010, in *SSRN*, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1689774](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1689774), p. 3. Con particolare riguardo ai rimborsi ammissibili, si veda l'art. 13, comma 4: «*The agreement for the surrogacy should be made without financial compensation. The following are not considered as financial compensation:*

*a. The payment for any expenses necessary for the artificial insemination procedure, the pregnancy, the delivery and the childbed.*

*b. The restitution for any damages incurred and lost wages by the surrogate because she left her work or she took an unpaid leave of absence during the periods (and because) of insemination, pregnancy, delivery and childbed.*

*The amount of the expenses covered is going to be regulated by the National Independent Authority for Medically Assisted Reproduction».*

Sul tema dei rimborsi consentiti dalla legge greca per la madre surrogata, si veda A.N. Hatzis, *From soft to hard paternalism and back: The regulation of surrogate motherhood in Greece*, in *Portuguese Economic Journal*, 2009, 8, p. 218.

185 ΝΟΜΟΣ ΥΠ' ΑΡΙΘ. 4272 ΦΕΚ Α 145/11.7.2014, *Προσαρμογή στο εθνικό δίκαιο της Εκτελεστικής Οδηγίας 2012/25/ΕΕ της Επιτροπής της 9ης Οκτωβρίου 2012 για τη θέσπιση διαδικασιών ενημέρωσης σχετικά με την ανταλλαγή, μεταξύ των κρατών-μελών, ανθρώπινων οργάνων που προορίζονται για μεταμόσχευση - Ρυθμίσεις για την Ψυχική Υγεία και την Ιατρικώς Υποβοηθούμενη Αναπαραγωγή και λοιπές διατάξεις*, in *Kodiko*, <https://www.kodiko.gr/nomothesia/document/97577/nomos-4272-2014>.

186 La precedente versione dell'articolo, invece, che richiedeva che sia la madre surrogata sia la donna committente fossero residenti in Grecia, era, al contrario finalizzata a contrastare il turismo procreativo in ingresso: cfr. P. Agallopoulou, *Basic concepts of Greek civil law. Part Two: Medically Assisted Human Reproduction and Kinship. Chapter A: Medically Assisted Human Reproduction. Par. Iο: Special Conditions for Medically Assisted Human Reproduction in the Case of Use of a Surrogate Mother*, Athens-Berne-Bruxelles, Sakkoulas-Stämpfli-Bruylant, 2005, p. 458.

## 10.1. L'esteso ricorso allo strumento penale: l'incriminazione e l'equiparazione sanzionatoria dell'intermediazione commerciale professionale e della partecipazione alla procedura *contra legem*

Il successivo art. 26 della Legge n. 3305/2005, rubricato «Ποινικές κυρώσεις» (sanzioni penali), al comma 8 punisce, con la reclusione non inferiore a due anni e con la multa di almeno 1.500 euro, chiunque partecipa alla procedura volta ad avere un figlio attraverso la maternità surrogata in violazione di quanto previsto dall'art. 13 della stessa Legge, dall'art. 1458 c.c. e dall'art. 8 della Legge n. 3089/2002. Il mancato rispetto delle condizioni summenzionate, ivi compresa l'assenza dell'autorizzazione giudiziale, determina, quindi, la rilevanza penale del contributo dato dai soggetti direttamente o indirettamente coinvolti nella procedura di surrogazione di maternità. Analizzando il testo della norma, può dirsi che le parti direttamente interessate alla conclusione dell'accordo sono punite non per il fatto della sua stipulazione (per cui sarebbe stato necessario ricorrere all'espressione "υμωνί", peraltro utilizzata nell'art. 1458 c.c.), ma per la partecipazione alla procedura diretta ad avere un figlio attraverso la maternità surrogata («Ο οιος μ έχι η ι κ ί ό κ η η ς έ κ ν ο υ μ έ ω ρ έ ν θ η ς μ η ρ ό η ς») in violazione delle condizioni legislative. Nella ricostruzione dei confini del fatto tipico di reato, la suddetta opzione normativa consente di punire qualunque forma di coinvolgimento nella pratica avviata *contra legem*: la volontaria sottoposizione alle tecniche della madre surrogata, l'applicazione delle stesse da parte del personale sanitario, e l'apporto, psicologico o materiale, dato dal committente all'avvio della gravidanza.

La seconda parte dell'art. 26, comma 8, commina la medesima pena per chi pubblicamente, o mediante diffusione di documenti, immagini o rappresentazioni, annuncia, mostra o pubblicizza l'acquisizione di un figlio da una madre surrogata, per chi fornisce servizi professionali di intermediazione in cambio di qualunque corrispettivo, o per chi, allo stesso modo, offre i propri o gli altrui servizi per raggiungere il medesimo scopo. Il riferimento alla prestazione di una terza donna (« η ν ό κ η η έ κ ν ο υ μ έ ω ρ ί η ς γ υ ν ί κ ς») esclude che il reato di pubblicizzazione possa essere realizzato dalla stessa madre surrogata, il cui unico contributo punibile è identificabile nella partecipazione alla procedura *contra legem*. Oltre all'incriminazione dell'intermediario professionale («ό οιος... ρέχι κ άγγλμ μ ι κέ ς υ η ρ ί ς μ ο οιο ή ο ν ά λ λ γ μ») – così come avviene in Olanda – la disposizione, con la sua clausola di chiusura («ό οιος... ρο έ ρ ι μ ο ν ί ο ρ ό ο υ η ρ ί ς κέ ς ο υ ή ά λ λ ο υ γι η ν ί υ ξ η ο υ κ ο ο ύ υ ο ύ»), consente di incriminare il medico che offra il suo servizio attuando il trasferimento dell'embrione, a meno che si ritenga – nel rispetto del principio del *ne bis in idem* (art. 57 del codice di procedura penale)<sup>187</sup> – che lo stesso sia punibile soltanto come partecipe alla procedura di surrogazione, in base alla prima parte della disposizione.

Eventuali questioni esegetiche sulla sussumibilità dell'apporto di un soggetto nel campo applicativo dell'una o dell'altra fattispecie incriminatrice, perdono di rilevanza alla luce dell'eguale trattamento sanzionatorio previsto per tutte le figure di reato delineate; tanto che, in dottrina, si rileva che l'art. 26 non fa distinzioni, ai fini punitivi, tra la madre surrogata, l'intermediario e i genitori di intenzione<sup>188</sup>. Si potrebbe aggiungere, guardando al complesso delle condotte incriminate, che la legge penale non distingue, sul piano della comminatoria edittale della pena, nemmeno tra commercializzazione della maternità surrogata, anche a titolo professionale, e gestazione sostitutiva attuata a titolo gratuito, ma in violazione dei requisiti previsti dalla legge. Tali rilievi sollevano diversi dubbi e critici-

<sup>187</sup> ΝΟΜΟΣ ΥΠ' ΑΡΙΘΜ. 4620 Τεύχος Α' 96/11.06.2019, Κύρωση του Κώδικα Ποινικής Δικονομίας, in *Kodiko*, <https://www.kodiko.gr/nomothesia/document/530491/nomos-4620-2019>.

<sup>188</sup> Così A.N. Hatzis, *The Regulation of Surrogate Motherhood in Greece*, cit., p. 5.

tà in ordine all'opportunità stessa dell'intervento penale nei confronti della madre surrogata e della coppia committente che partecipino alla procedura senza prevedere alcun corrispettivo, e, in subordine, alla ragionevolezza dell'entità della pena comminata nei loro confronti, tenendo conto dell'identico ammontare previsto per le altre, ben più gravi, figure di reato, contrassegnate dalla corresponsione di un compenso alla gestante, dall'intervento di pubblicizzazione da parte di un soggetto terzo o, addirittura, dalla prestazione professionale di un servizio di intermediazione a fini di lucro.

## 11. Il Regno Unito: la disciplina flessibile dell'accesso alle tecniche di procreazione assistita e l'apertura dell'HFEA 2008 agli uomini e alle donne singles e in coppia same-sex

Il Regno Unito, da quasi quarant'anni, ha preso atto dell'impatto delle nuove tecnologie procreative sulla società e ha conseguentemente predisposto un sistema amministrativo di autorizzazioni all'uso dei gameti e degli embrioni umani nei procedimenti di P.M.A., presidiato dal ricorso al diritto penale in caso di inosservanza da parte dei sanitari, e corredato da disposizioni che disciplinano gli effetti civili del ricorso alle metodiche.

La prima normativa in materia è stata il *Surrogacy Arrangements Act (SAA)*<sup>189</sup> che, nel 1985, ha disciplinato gli accordi di maternità surrogata e le loro conseguenze penali secondo una prospettiva applicativa ampia, idonea a ricomprendere sia la surrogazione in senso tradizionale, realizzabile anche attraverso le vie naturali, sia la surrogazione gestazionale<sup>190</sup>. La necessità di stabilire gli effetti che accordi di tal guisa avrebbero sortito sullo statuto genitoriale dei soggetti fisicamente ed emotivamente coinvolti, unita all'esigenza di regolamentare i presupposti applicativi e le implicazioni civili e penali degli interventi di fecondazione assistita generalmente intesi, portarono all'emanazione dello *Human Fertilization and Embryology Act* del 1990 (*HFEA 1990*)<sup>191</sup>, prima legge in materia di P.M.A., e dello *Human Fertilization and Embryology Act* del 2008 (*HFEA 2008*)<sup>192</sup>, con cui è stata modificata gran parte dell'impianto normativo originario, aprendo alle libertà civili in materia non solo, generalmente, di procreazione assistita ma anche, specificamente, di maternità surrogata<sup>193</sup>.

La legge non fa alcun riferimento agli scopi per i quali possono essere apprestati i trattamenti

189 Surrogacy Arrangements Act 1985, in *Legislation.gov.uk*, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49>.

190 Così S.R. Latham, *The United Kingdom Revisits Its Surrogacy Law*, in *The Hastings Center Report*, 2020, vol. 50, issue 1, p. 6.

191 Human Fertilisation and Embryology Act 1990, in *Legislation.gov.uk*, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/37/contents>.

192 Human Fertilisation and Embryology Act 2008, in *Legislation.gov.uk*, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/section/54/2019-01-03>.

193 Le previsioni dell'HFEA del 1990 sono state, nel tempo, oggetto di diversi interventi di riforma, attraverso cui si è proceduto ad armonizzare le norme sulla procreazione assistita con le nuove disposizioni adottate nell'ambito del diritto di famiglia, a recepire le direttive europee in materia, e ad adattare le disposizioni vigenti alle nuove scoperte in campo biotecnologico. Oltre al citato HFEAct 2008 – imponente provvedimento di riforma organica che spicca su tutti gli altri atti normativi di modifica dell'originario HFEAct 1990 – vanno menzionati lo *Human Fertilization and Embryology (Disclosure of Informations) Act* del 1992; lo *Human Fertilization and Embryology (Deceased Fathers) Act* del 2003; le *Human Fertilization and Embryology (Quality and Safety) Regulations* del 2007; le *Human Fertilisation and Embryology (Parental Orders) Regulations* del 2010; le *Human Fertilisation and Embryology (Mitochondrial Donation) Regulations* del 2015; lo *Human Fertilisation and Embryology Act 2008 (Remedial) Order* del 2018.

procreativi, che la sez. 2(1) dell'*HFEA 1990* definisce semplicemente come servizi medici, chirurgici od ostetrici forniti al pubblico o a una parte di esso allo scopo di aiutare le donne a restare incinte<sup>194</sup>. Ne discende una piena libertà di ricorrere alla procreazione medicalmente assistita, evidentemente anche per obiettivi diversi dalla risoluzione funzionale dei problemi di infertilità o dal concepimento di figli non affetti da malattie cromosomiche ereditate dai genitori<sup>195</sup>.

Il silenzio del legislatore sulle condizioni oggettive di carattere patologico a cui subordinare il legittimo accesso alle tecniche, va ricollegato anche alla scelta di non stabilire dei limiti soggettivi di ricorribilità alla P.M.A., nel senso che anche le donne *singles*, gli uomini *singles*, o le coppie *same-sex*, sia maschili sia femminili, possono beneficiare delle tecniche procreative, anche quando biologicamente fertili, al fine di superare, attraverso il dono di gameti, di embrioni o l'aiuto di una madre surrogata, la fisiologica impossibilità di procreare senza un *partner* di sesso opposto. La legge, in tal senso, si è limitata a fare continui riferimenti alla figura della donna che si sottoponga alle tecniche procreative, senza attribuire rilevanza – almeno nella fase dell'accesso ai trattamenti – alla circostanza che la decisione sia stata presa da sola o congiuntamente a un *partner*, nell'interesse proprio o altrui.

L'unico limite soggettivo è di carattere generale, prescindendo dall'identità sessuale e dallo stato civile dei ricorrenti: si tratta del previo accertamento, da parte del medico procedente, dell'idoneità genitoriale di chiunque voglia accedere alle tecniche procreative (sez. 13(5))<sup>196</sup>. Nonostante occorra perfezionare l'attuale disciplina, in modo che in futuro il medico possa essere adeguatamente supportato nel suo giudizio preventivo da psicologi e assistenti sociali<sup>197</sup>, si tratta di una procedura apprezzabile per la sua neutralità e per la sua forza antidiscriminatoria, oltre che funzionale rispetto alla garanzia del futuro benessere del bambino. Andrebbe, pertanto, elevata ad esempio ideale da quegli ordinamenti, come quello italiano, in cui esistono preclusioni soggettive assolute ma in cui, invece, non sono previsti adeguati controlli preventivi sulla capacità genitoriale degli aspiranti ricorrenti alle tecniche che rispondano alle condizioni legalmente fissate. A tal fine, si dovrebbe riflettere anche sull'opportunità di punire l'applicazione dei trattamenti in assenza o in violazione di tale giudizio prognostico, aspetto su cui l'attuale legislazione del Regno Unito non è intervenuta.

In definitiva, il legislatore britannico ha dimostrato di prendere atto delle diverse sfaccettature dell'istituzione familiare nella società odierna, rifiutando la stessa concepibilità di un modello "tradizionale" di famiglia e regolamentando, invece, le diverse realtà affettive ormai affermatesi da tempo

194 Letteralmente: «“*treatment services*” means medical, surgical or obstetric services provided to the public or a section of the public for the purpose of assisting women to carry children».

195 In tal senso, T. Glennon, *UK and US Perspectives on the Regulation of Gamete Donation*, in *Reproductive Donation: Practice, Policy and Bioethics*, M. Richards, G. Pennings, J.B. Appleby (eds.), Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 90.

196 Sez. 13(5): «*A woman shall not be provided with treatment services unless account has been taken of the welfare of any child who may be born as a result of the treatment (including the need of that child for supportive parenting), and of any other child who may be affected by the birth*». La riforma del 2008, influenzata dall'adozione, nel 2004, del già citato *Civil Partnership Act*, ha novellato la sez. 13(5) eliminando il riferimento alla *gender-word* "padre" e sostituendolo con l'espressione neutra "supporto genitoriale": così facendo, sono state messe a tacere le controversie sorte sull'applicabilità alle donne *singles* e alle coppie *same-sex* al femminile, nella misura in cui esse siano ritenute in grado di fornire un adeguato sostegno genitoriale al bambino. Sull'impatto della riforma del 2008 sulle coppie *same-sex* al femminile, si veda N. Gamble, *Jumping to inclusion*, in *Family Law Journal*, December 2008/January 2009, pp. 9 ss.

197 Critica circa la generica previsione della sez. 13(5) dell'*HFEA* è E. Jackson, *Conception and the Irrelevance of the Welfare Principle*, in *The Modern Law Review*, 2002, pp. 176 ss., che sottolinea le difficoltà che qualunque medico incontrerebbe nell'effettuare un giudizio sul futuro benessere del bambino – compito più adatto agli assistenti sociali coinvolti nell'istituto dell'adozione – e che rileva l'inconcepibilità di una valutazione fondata sul presupposto che non venire al mondo sia meglio che nascere in una famiglia inidonea a crescere un figlio.

nel tessuto sociale. Questa “rivoluzione copernicana” del modo comune di intendere il concetto di famiglia, ha determinato l’adozione del *Civil Partnership Act* nel 2004<sup>198</sup>, del *Marriage (Same Sex Couples) Act* nel 2013<sup>199</sup>, e dell’*HFEA* del 2008, con cui non soltanto l’applicazione di metodiche procreative in favore di *singles* o coppie dello stesso sesso è stata generalmente ammessa, ma è stata introdotta anche una serie di norme appositamente volte a disciplinare l’acquisizione della genitorialità in questi casi particolari: oltre alla sez. 33, che assegna generalmente la maternità legale alla donna che ha portato in grembo un bambino come conseguenza della sua sottoposizione alle metodiche procreative (non facendo sorgere alcuna particolare questione nel caso in cui la ricorrente sia una donna *single*), e alle sezioni 35 e ss., che regolano l’acquisizione dello *status* paterno del *partner* della ricorrente, gli artt. 42 ss. disciplinano il procedimento di assegnazione della maternità legale alla *partner* della gestante e gli artt. 54 ss. stabiliscono una particolare disciplina per l’attribuzione della genitorialità, in via giudiziale, alla coppia, anche *same-sex*, o al *single* che abbia fatto ricorso alla maternità surrogata.

### 11.1. La regolamentazione della surrogazione di maternità

Il *Surrogacy Arrangement Act* 1985 definisce, alla sez. 1(2), la madre surrogata come la donna che porta in grembo un bambino in esecuzione di un accordo stipulato prima dell’inizio della gestazione e finalizzato alla consegna del bambino a un’altra persona o ad altre persone che si assumeranno, ove possibile, la responsabilità genitoriale<sup>200</sup>; alla sez. 1(3), l’accordo di surrogazione è definito come quello in base al quale la madre surrogata si impegna a concepire un bambino<sup>201</sup>. Anche in questo ordinamento, come nella quasi totalità di quelli finora analizzati (fatta eccezione per la legge svizzera e per l’*ESchG* in Germania), il riferimento al previo accordo risulta pregnante ai fini della caratterizzazione normativa del fenomeno. Inoltre, in assenza di indicazioni restrittive del legislatore, la definizione della maternità surrogata assume contorni ampi, tali da abbracciare anche la sua realizzazione al di fuori del ricorso all’assistenza medica alla procreazione.

Guardando alla disciplina normativa apprestata, emerge che la pratica è generalmente riconosciuta come legittima nella sua dimensione contrattuale tra le parti direttamente coinvolte. Gli unici limiti imposti riguardano le condizioni necessarie per l’emissione dei provvedimenti giudiziali di attribuzione della genitorialità alla coppia o al singolo genitore di intenzione (cd. *parental orders*, regolati dalle sezioni 54, 54A e 55 dell’*HFEA* del 2008), dato che il patto in sé non è suscettibile di essere direttamente esecutivo (sez. 1A). La violazione di tali condizioni – tra le quali spicca la necessità di un legame genetico del minore con almeno uno dei committenti (sez. 54(1)(b)) o con il singolo committente (sez. 54A(1)(b)), nonché la mancata corresponsione di un corrispettivo alla madre surrogata (sezioni 54(8) e 54A(7)) – non integra una fattispecie di reato, ma potrà impedire l’attribuzione giudiziale della

198 Civil Partnership Act 2004, in *Legislation.gov.uk*, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/33/contents>.

199 Marriage (Same Sex Couples) Act 2013, in *Legislation.gov.uk*, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/30/contents/enacted/data.htm>.

200 Letteralmente: «“Surrogate mother” means a woman who carries a child in pursuance of an arrangement

a) made before she began to carry the child, and

b) made with a view to any child carried in pursuance of it being handed over to, and parental responsibility being met (so far as practicable) by, another person or other persons».

201 Letteralmente: «An arrangement is a surrogacy arrangement if, were a woman to whom the arrangement relates to carry a child in pursuance of it, she would be a surrogate mother».

genitorialità al committente o ai committenti<sup>202</sup>, per cui la madre del bambino resterà colei che lo ha concepito ed il secondo eventuale genitore sarà il *partner* legato alla prima da un vincolo coniugale, di *civil partnership* o da un rapporto di convivenza. È interessante anche rilevare come i *parental orders* possano essere emessi soltanto nell'ipotesi della surrogazione di maternità attuata attraverso l'applicazione di interventi di P.M.A., come risulta dal presupposto legale, indicato sia nel § 54 sia nel § 54A, per cui «*the child has been carried by a woman who is not the applicant, as a result of the placing in her of an embryo or sperm and eggs or her artificial insemination*».

Non è prevista un'apposita licenza dell'*Authority* per potersi procedere legalmente all'inseminazione artificiale o alla creazione dell'embrione e al suo impianto nell'utero della madre surrogata<sup>203</sup>. Già nella *Brazier Review* del 1998 era stata rigettata la proposta di riforma, sollecitata dalla *British Fertility Society*, in base alla quale la surrogazione di maternità avrebbe dovuto essere realizzata all'interno di strutture sanitarie dotate di una licenza *ad hoc* da parte dell'*Authority*, poiché «*the nature of the regulation required for surrogacy agencies is outside the HFEA's remit and expertise*» (para. 6.18.), e la surrogazione costituisce una «*practice involving social and ethical questions of a different kind and order to other forms of assisted conception*» (para. 7.9.)<sup>204</sup>. La ragione della scelta astensionistica del legislatore è dunque facilmente comprensibile: la gestazione per altri costituisce un accordo tra privati<sup>205</sup>, dato che formalmente la beneficiaria dei trattamenti procreativi resterà colei che si sia fisicamente sottoposta a essi. Il fatto che la legge contempra quest'ultima come ricorrente alle tecniche fa sì che il medico debba soltanto garantire la loro legittima e corretta applicazione sul corpo di costei, non avendo il dovere di interessarsi agli effetti civili perseguiti dalla donna e dagli eventuali soggetti committenti la gravidanza, che saranno oggetto di un'apposita decisione dell'autorità giudiziale. In definitiva, è sufficiente che il medico procedente sia titolare della licenza necessaria per l'esecuzione dei trattamenti ai sensi delle sezioni 3(1)(a) e (b) e 4(1)(b), così come occorre generalmente per l'applicazione di qualunque tecnica procreativa<sup>206</sup>. Al di fuori della generale pena comminata per chi applichi le tecniche di P.M.A. senza apposita licenza, nessuna sanzione penale *ad hoc* è dunque prevista per i medici che eseguano gli accordi di surrogazione di maternità.

Gli unici reati previsti in materia di surrogazione di maternità sono quelli di intermediazione

202 Così E. Jackson, *UK Law and International Commercial Surrogacy: 'the very antithesis of sensible'* in *Journal of Medical Law and Ethics*, 2016, 4 (3), p. 200. Va comunque rilevato che, in seguito all'entrata in vigore dello *Human Fertilization and Embriology (Parental Orders) Regulations* nel 2010, con cui la sez. 1 dell'*Adoption and Children Act 2002* è stata estesa anche alla disciplina dei *parental orders*, la considerazione del benessere del bambino costituisce una priorità per l'emissione del provvedimento giudiziale di attribuzione di genitorialità, tale da soverchiare la mancanza di una delle condizioni richieste dalle sezioni 54 e 54A dell'*HFEA 2008*. Con riferimento a ipotesi in cui i giudici hanno emesso i *parental orders* pur in presenza di una somma di denaro pagata alla madre surrogata dalla coppia committente, si vedano *Re X & Y (Foreing Surrogacy)* (2008), EWHC 3030; *Re C (Application by Mr and Mrs X)*, (2002), EWHC 157; *Re L (A Minor)* (2010), EWHC 3146 (Fam.). Con riferimento a ipotesi in cui l'emissione del provvedimento non ha tenuto conto della mancanza del domicilio britannico in capo alla coppia ricorrente (condizione ulteriormente richiesta dalla sez. 54(4)(b) e, per il *single* committente, dalla sez. 54A(3)(b)), si veda *Re G (Surrogacy: Foreign Domicile)* (2007), EWHC 2814.

203 Cfr. E. Jackson, *Commentary on Re N (A Child)*, in *Feminist Judgements: from Theory to Practice*, R. Hunter, C. McGlynn, E. Rackley (eds.), Oxford-Portland, Hart Publishing, 2010, p. 83.

204 M. Brazier, A. Campbell, S. Golombok, *Surrogacy – Review for Health Ministers of Current Arrangements for Payments and Regulation, Report of the Review Team Cm 4068*, London, HMSO, 1998.

205 Si vedano K. Horsey, S. Sheldon, *Still Hazy After All These Years: The Law Regulating Surrogacy*, in *Medical Law Review*, 2012, 20, p. 72, secondo cui «For such 'informal' arrangements, there are no rules governing access to treatment [...]; there is no formal data collection regarding the incidence of births; and no legal requirement for the provision of counselling».

206 Cfr. E. Jackson, *Medical Law: Text, Cases and Materials*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 841.

commerciale e di pubblicizzazione, in tal modo intendendosi apprestare tutela, contro ogni indebito sfruttamento da parte di terzi, alla dignità di colei che si offra di “prestare” il proprio utero per soddisfare il desiderio di genitorialità altrui<sup>207</sup>. Così come generalmente rilevato rispetto alla definizione legislativa del fenomeno, che funge da norma integratrice delle fattispecie incriminatrici, l'intervento penale copre le diverse forme tipizzate di agevolazione degli accordi di maternità surrogata a prescindere che si fondino sul ricorso alla P.M.A. o sul concepimento naturale, alla stregua di quanto riscontrato per l'incriminazione delle attività di intermediazione nell'*AdVermiG* tedesco, nell'*Adoptionsloven* danese, nella legislazione olandese e in quella francese.

## 11.2. Le fattispecie incriminatrici dell'intermediazione negli accordi di surrogazione di maternità su base commerciale e la non punibilità delle parti direttamente coinvolte nell'accordo e degli enti no-profit

La sez. 2(1) del *SAA* contiene una norma a più fattispecie, ciascuna delle quali è ricollegata a una fase diversa della stipula del contratto di surrogazione. È vietato, ove avvenga su base commerciale, avviare una trattativa finalizzata alla stipula di un accordo di surrogazione, prendere parte a una trattativa finalizzata alla stipula di un accordo di surrogazione, proporre o acconsentire a trattative per la stipula di un accordo di surrogazione, raccogliere informazioni allo scopo di utilizzarle per la stipula o per la negoziazione di un accordo di surrogazione. È altresì vietata l'istigazione a realizzare una delle suddette condotte<sup>208</sup>. Ai sensi della sez. 4(1)(a), la pena prevista per il compimento di questi reati è la reclusione per un periodo non superiore a tre mesi e/o una multa corrispondente al livello 5 (*Statutory Maximum*).

Dal tenore letterale della disposizione risulta chiaramente che il legislatore ha inteso reprimere con particolare vigore gli accordi finalizzati ad attuare la surrogazione di maternità, anticipando la soglia di punibilità alla fase dell'inizio delle negoziazioni, a prescindere cioè dall'effettiva conclusione del contratto tra le parti: viene incriminato non soltanto chi avvii o partecipi alle trattative, ma persino chi si offra o accetti di parteciparvi, chi raccolga dati sensibili utili a tale scopo, e chi istighi altri ad eseguire una di tali condotte.

<sup>207</sup> Sulla necessità di incriminare le diverse forme di mercificazione del corpo, in quanto offensive della dignità umana, si veda P. Allridge, *The Public, the Private and the Significance of Payments*, in *Personal Autonomy, the Private Sphere and Criminal Law*, P. Allridge, C. Brants (eds.), Oxford-Portland Oregon, Hart Publishing, 2011, pp. 79 ss. Con particolare riferimento alla surrogazione di maternità si vedano, in tal senso, anche R.J. Arneson, *Commodification and Commercial Surrogacy*, in *Philosophy and Public Affairs*, 1992, 21, p. 132; S. Wilkinson, *The Exploitation Argument against Commercial Surrogacy*, in *Bioethics*, 2003, 17, p. 169; P.R. Ferguson, C. McDiarmid, *Scots Criminal Law: A Critical Analysis. Chapter 1: Philosophical Underpinnings*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2014, nota 47. *Contra* J.G. Raymond, *Women as Wombs: Reproductive Technologies and the Battle over Women's Freedom*, New York, Harper Collins, 1993, pp. 193 ss., che considera violata la dignità della donna da qualunque forma di sfruttamento fisico legato alle tecniche riproduttive, a prescindere dalla connotazione economica di tale strumentalizzazione.

<sup>208</sup> Letteralmente: «No person shall on a commercial basis do any of the following acts in the United Kingdom, that is

- a) initiate any negotiations with a view to the making of a surrogacy arrangement,
- aa) take part in any negotiations with a view to the making of a surrogacy arrangement,
- b) offer or agree to negotiate the making of a surrogacy arrangement, or
- c) compile any information with a view to its use in making, or negotiating the making of, surrogacy arrangements;

and no person shall in the United Kingdom knowingly cause another to do any of those acts on a commercial basis».

Particolarmente rilevante è la causa di non punibilità prevista dalla sezione 2(2), che esclude la responsabilità della madre surrogata o della coppia committente che abbiano compiuto una delle condotte previste dalla sez. 2(1) o ne abbiano causato il compimento<sup>209</sup>, così designando gli intermediari e i terzi istigatori come unici possibili autori dei reati previsti nella sottosezione 1. Il legislatore ha così evitato di punire, e quindi di stigmatizzare, i soggetti direttamente coinvolti nell'accordo, dimostrando di aver opportunamente tenuto conto, da una parte, del coinvolgimento emotivo del soggetto committente la gravidanza, e, dall'altra, della libertà della gestante di utilizzare il proprio utero per portare avanti la gravidanza nell'interesse di terze persone, anche quando si tratti di un atto lucrativo e non solidaristico. Tuttavia, come già anticipato, la mercificazione dell'utero della madre surrogata potrà impedire alla coppia committente di ottenere il *parental order* necessario per il riconoscimento dello statuto genitoriale (per violazione della sez. 54(8) dell'*HFEA* del 2008).

La sez. 2(5) prevede, poi, un'ipotesi autonoma di responsabilità dell'ente («*body of persons*») laddove un soggetto che agisca per suo conto partecipi alla negoziazione o faciliti la conclusione degli accordi di surrogazione, si tratti di attività commesse nell'interesse dell'ente, e quest'ultimo abbia conseguentemente ricevuto un pagamento. La sottosezione 7 prevede, inoltre, la responsabilità addizionale delle persone fisiche partecipanti all'attività gestionale o di controllo dell'ente, salvo che non sapessero o non avessero ragione di sospettare che si trattasse di attività svolte nel suo interesse.

Le sezioni 2(2A) e 2(2B) hanno infine escluso la responsabilità degli enti senza scopo di lucro per l'avvio delle negoziazioni o per la raccolta di informazioni correlate all'accordo, nonché la responsabilità di qualunque persona determini tali enti al compimento di queste attività, qualora il pagamento ricevuto o perseguito risulti ragionevole, ossia non superiore ai costi sostenuti dall'ente *no-profit* per l'esecuzione dell'atto (sez. 2(2C)).

### 11.2.1. Il rinvio alle definizioni legislative di “accordo di surrogazione” e di “base commerciale”

Poste queste necessarie premesse, va rilevato che la sez. 2(1) ha tipizzato le condotte (*actus reus*) delle quattro fattispecie alternativamente previste attraverso l'implicito rinvio alle definizioni legislative di “accordo di surrogazione” e di “base commerciale”, presenti, rispettivamente, nella già menzionata sez. 1(3) e nella successiva sez. 2(3). A sua volta, attraverso un discutibile meccanismo di rinvio “a catena” in grado di complicare l'individuazione del campo applicativo delle fattispecie in esame, la sezione 1(3) richiama la sez. 1(2), in cui si trova specificata la nozione di “madre surrogata”, mentre la sez. 2(3) – come vedremo – fa esplicito riferimento alla sez. 2(4), per circoscrivere ulteriormente il concetto di “base commerciale”.

Il rinvio ultimo alla definizione legislativa della “maternità surrogata” (sez. 1(2)), consente di asserire che i reati qui esaminati siano integrabili soltanto laddove l'intermediazione illecita abbia ad oggetto un accordo concluso prima dell'inizio della procreazione medicalmente assistita (lett. (a) della disposizione), e finalizzato alla successiva consegna del bambino al singolo o alla coppia committente (lett. (b))<sup>210</sup>: in tal senso, risultano estranee ai reati in materia di surrogazione di maternità, sia

209 Letteralmente: «*A person who contravenes subsection (1) above is guilty of an offence; but it is not a contravention of that subsection a) for a woman, with a view to becoming a surrogate mother herself, to do any act mentioned in that subsection or to cause such an act to be done, or*

b) *for any person, with a view to a surrogate mother carrying a child for him, to do such an act or to cause such an act to be done*».

210 Così N. Lowe, G. Douglas, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 275.

l'intermediazione nella stipulazione di un accordo successivo all'inizio della gravidanza, che presuppone che il procedimento di fecondazione sia stato iniziato dalla gestante spontaneamente e senza l'influenza di soggetti committenti, sia l'intermediazione in un accordo avente ad oggetto soltanto la sottoposizione di una donna a dei trattamenti procreativi, ove non si convenga la successiva riconsegna del bambino.

Con riguardo al secondo richiamo normativo contenuto nella sez. 2(1), va ricordato che le condotte sono incriminate soltanto nella misura in cui vengono realizzate "su base commerciale", in tal modo escludendo la punibilità di chiunque prenda parte alle negoziazioni soltanto per scopi solidaristici. La definizione della «*commercial basis*» è affidata alla sez. 2(3), secondo cui un soggetto compie un atto su base commerciale se un qualunque pagamento sia stato in qualsiasi momento ricevuto da lui o da un'altra persona per quell'atto, ovvero se agisce affinché un pagamento sia ricevuto da lui o da un'altra persona per la conclusione, la negoziazione o l'agevolazione di un accordo di surrogazione<sup>211</sup>. La clausola finale della disposizione prevede che il "pagamento" non include la prestazione di denaro destinata alla madre surrogata o alla potenziale madre surrogata<sup>212</sup>: affinché si verifichi una mediazione su base commerciale, occorre cioè che il corrispettivo sia ricevuto o perseguito dallo stesso mediatore o da un altro soggetto terzo, non rilevando il pagamento ricevuto o pattuito dalla stessa madre surrogata nel caso in cui la mediazione avvenga a titolo gratuito o, comunque, lo stesso mediatore si limiti a ricevere il denaro nell'interesse della donna e a farglielo pervenire senza conseguire alcun personale tornaconto.

Il dettato della sez. 2(3) consente di distinguere, da una parte, l'intermediazione su base commerciale a vantaggio proprio, dall'intermediazione su base commerciale a vantaggio altrui; e, dall'altra parte, l'intermediazione su base commerciale effettiva, dall'intermediazione su base commerciale finalistica.

Con riguardo alla prima distinzione, si pensi che il requisito della base commerciale viene a essere integrato non soltanto nell'ipotesi del conseguimento, o della ricerca, di un ricavo patrimoniale da parte del soggetto agente, ma anche in quella in cui sia un terzo ad avere beneficiato, o a dovere beneficiare – secondo le intenzioni dello stesso soggetto agente – del pagamento per l'atto. La conseguenza è che a rispondere di tali reati sarà sempre l'autore delle condotte, anche quando questi abbia agito senza un personale tornaconto, mentre il terzo beneficiario non sarà punibile per il fatto di aver ricevuto un pagamento come controprestazione dell'atto eseguito da parte di un altro soggetto, risultando responsabile soltanto nella misura in cui abbia istigato quest'ultimo al compimento del reato o se abbia direttamente dato un suo contributo alla contrattazione.

Con riferimento alla seconda distinzione, si ha intermediazione su base commerciale effettiva (sez. 2(3)(a)) quando un pagamento per l'atto sia stato ricevuto dallo stesso soggetto agente o da un terzo «*at any time*», e quindi sia prima che dopo il compimento di una delle condotte incriminate dalla sottosezione 1. Invece, si ha intermediazione su base commerciale finalistica (sez. 2(3)(b)) quando, pur non essendo stata effettivamente ricevuta una retribuzione per l'atto, il suo compimento sia stato comunque finalizzato a far ricevere un pagamento a sé o ad altri. In questo secondo caso, poiché la tipizzazione del fine di lucro perseguito (*specific intent*) va a connotare l'offensività delle condotte "neutre" di negoziazione della surrogazione – non a caso di per sé non vietate né sanzionate –, la prova di

211 Letteralmente: «*For the purposes of this section, a person does an act on a commercial basis (subject to subsection (4) below) if*  
*a) any payment is at any time received by himself or another in respect of it, or*  
*b) he does it with a view to any payment being received by himself or another in respect of making, or negotiating or facilitating the making of, any surrogacy arrangement».*

212 Letteralmente: «*In this subsection "payment" does not include payment to or for the benefit of a surrogate mother or prospective surrogate mother».*

esso, pur attenendo fisiologicamente alla *mens rea*<sup>213</sup>, verrà ad assumere particolare gravidanza già sul piano della configurabilità dello stesso *actus reus*<sup>214</sup>.

### 11.2.2. La clausola che esclude l'esistenza di un'intermediazione su base commerciale effettiva a vantaggio altrui

La nozione di base commerciale è stata circoscritta dalla sez. 2(4) del SAA, in cui viene specificato che colui che venga processato per avere eseguito una delle condotte incriminate nella sottosezione 1 non debba essere trattato come se avesse agito "su base commerciale", a causa del pagamento ricevuto da una terza persona per quell'atto, se venga provato: nel caso in cui il pagamento sia stato percepito dal terzo prima del compimento dell'atto, che il soggetto agente non ne fosse a conoscenza o non avesse motivo di sospettarlo; in ogni altro caso, che egli abbia agito non perseguendo lo scopo che un pagamento fosse ricevuto per il compimento di quell'atto<sup>215</sup>. Dalla sua formulazione si evince che la norma è applicabile soltanto nelle ipotesi di intermediazione su base commerciale effettiva a vantaggio altrui prevista dalla lett. (a) della sez. 2(3).

La circostanza che il legislatore abbia specificato che, in presenza delle risultanze probatorie indicate, l'intermediario «*is not to be treated as doing an act on a commercial basis*», chiarisce che la funzione dogmatica svolta dalla previsione di cui alla sez. 2(4) è quella di apporre un limite negativo al fatto di reato, in base alla distinzione tra «*failure of proof defenses*» e «*general defenses*» propugnata da Robinson, secondo cui «*general defenses differ conceptually from failure of proof defenses in that the former bar conviction even if all elements of the offense are satisfied, whereas the latter prevent conviction by negating a required element of the offense*»<sup>216</sup>: la prestazione economica a beneficio al-

213 Per un'esauritiva disamina delle principali teorie formulate per distinguere i *basic intent crimes* dagli *specific intent crimes*, si vedano M. Molan, D. Bloy, D. Lanser, *Modern Criminal Law*, London-Sidney-Portland, Routledge-Cavendish Publishing, 2003, pp. 67 ss.; M. Jefferson, *Criminal Law*, 9<sup>th</sup> ed., Edinburgh, Pearson, 2009, pp. 309 ss.; T. Storey, A. Lidbury, *Criminal Law*, London-New York, Routledge, 2011, pp. 227 ss.

214 Nei casi in cui una condotta di per sé lecita trae il suo disvalore dal fine che la sorregge, lo *specific intent* andrebbe a connotare il reato come *mental crime*, «sì che dal riferimento a questa componente psichica non si può prescindere per qualificare come illecita (*actus reus*) la condotta obiettivamente considerata»: S. Vinciguerra, *Diritto penale inglese comparato. I principi*, Padova, Cedam, 2002, p. 239. Sulla funzione offensivizzante dello *specific intent* all'interno dei *mental crimes*, nella dottrina britannica si vedano A.C.E. Lynch, *The mental element in the actus reus*, in *Law Quarterly Review*, 1982, pp. 109 ss.; D. Ormerod, K. Laird, *Smith and Hogan's Criminal Law*, XIV ed, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 52. In ogni caso, come rilevato dagli autori, la frammentazione del reato nei due elementi costitutivi dell'*actus reus* e della *mens rea*, valida e funzionale sotto il profilo dogmatico, viene trascurata nella pratica giudiziale. Probabilmente per questo motivo, la dottrina britannica, pur avendo analizzato la categoria dei *mental crimes*, non si è soffermata sulla questione della estrinsecazione esteriore dello *specific intent* sul piano della condotta materiale.

215 Letteralmente: «*In proceedings against a person for an offence under subsection (1) above, he is not to be treated as doing an act on a commercial basis by reason of any payment received by another in respect of the act if it is proved that*  
a) *in a case where the payment was received before he did the act, he did not do the act knowing or having reasonable cause to suspect that any payment had been received in respect of the act; and*  
b) *in any other case, he did not do the act with a view to any payment being received in respect of it*».

216 P.H. Robinson, *Criminal Law Defenses: A Systematic Analysis*, in *Columbia Law Review*, 1982, vol. 2, n. 2, p. 205 ss., che distingue tra elementi negativi del fatto («*failure of proof defenses*»), «*offence modifications*», «*general defences*» – in cui sono annoverati «*justifications*» ed «*excuses*» – e «*nonexculpatory public policy defenses*» (pp. 200 ss.).

trui non può integrare la *commercial basis* – che, a sua volta, costituisce un elemento essenziale dell'*actus reus* e dell'offesa penalmente rilevante a quello ricollegata (*harm*) – se non sia sorretta dalla rappresentazione e dalla volontà del soggetto che compia l'attività di intermediazione vietata; con conseguente esclusione del legame funzionale tra il compimento dell'atto e il pagamento per lo stesso. La prova a carico dell'imputato non integra una "*reversal of the burden of proof*" – non elide, cioè, l'onere probatorio gravante in capo all'accusa – ma può spiegarsi proprio attraverso l'inquadramento della clausola tra le "*failure of proof defenses*": «*whether the defendant will be obliged to present evidence on the issue will depend [...] on whether the prosecutor is able to persuade the jury, on the evidence presented in its case-in-chief, that the require element is satisfied*»<sup>217</sup>.

### 11.3. I reati di pubblicizzazione della surrogazione di maternità

Un'ultima annotazione riguarda le fattispecie che incriminano la pubblicizzazione della surrogazione di maternità, formulate nella sezione 3 del SAA. Oggetto materiale delle condotte, per espressa previsione della sezione 3(1), è qualsiasi annuncio inerente alla disponibilità a stipulare un accordo di maternità surrogata o a negoziare o facilitare la conclusione di un tale accordo, o concernente la ricerca di una madre surrogata o di un genitore di intenzione<sup>218</sup>.

Va segnalato che il legislatore ha previsto distinte figure di reato, sulla base della diversità del contributo prestato alla pubblicizzazione dell'annuncio e del contesto in cui esso sia avvenuto. Per ciascuna di esse, la pena prevista è la multa corrispondente al massimo statutario (sez. 4(1)(b)).

La sez. 3(2) stabilisce che laddove un giornale o un periodico contenente la pubblicizzazione della surrogazione di maternità è pubblicato nel Regno Unito, il proprietario («*proprietor*»), l'editore («*editor*») e il responsabile della pubblicazione («*publisher*») rispondono penalmente dell'annuncio<sup>219</sup>. In questo caso, sembra che il legislatore abbia optato per l'attribuzione di una responsabilità di posizione in capo a quei soggetti titolari di un obbligo giuridico di controllare i contenuti di un giornale o di un periodico ed, eventualmente, di impedirne la pubblicazione, a prescindere dall'effettiva rappresentazione del contenuto illecito dell'annuncio (*strict liability*): indicativo, in tal senso, risulta il silenzio della disposizione circa l'elemento psicologico della "*knowledge*", a fronte di alcune delle successive fattispecie in materia pubblicitaria, in cui, come si vedrà, è stata specificata la necessità della rappresentazione dell'illecito contenuto pubblicato.

Una responsabilità propriamente colpevole grava, invece, su chiunque causi la trasmissione nel Regno Unito degli annunci illeciti in esame attraverso una rete di comunicazione elettronica (sez. 3(3))<sup>220</sup>, essendo in questo caso richiesta espressamente la conoscenza del relativo contenuto illecito

217 *Id.*, *ivi*, p. 205.

218 Letteralmente: «*This section applies to any advertisement containing an indication (however expressed)*

*a) that any person is or may be willing to enter into a surrogacy arrangement or to negotiate or facilitate the making of a surrogacy arrangement, or*

*b) that any person is looking for a woman willing to become a surrogate mother or for persons wanting a woman to carry a child as a surrogate mother».*

219 Letteralmente: «*Where a newspaper or periodical containing an advertisement to which this section applies is published in the United Kingdom, any proprietor, editor or publisher of the newspaper or periodical is guilty of an offence*».

220 Letteralmente: «*Where an advertisement to which this section applies is conveyed by means of an electronic communications network so as to be seen or heard (or both) in the United Kingdom, any person who in the United Kingdom causes it to be so conveyed knowing it to contain such an indication as is mentioned in subsection (1) above is guilty of an offence*».

(«*knowing it to contain such an indication*»). La medesima clausola di “*knowledge*” e il medesimo modello di responsabilità colpevole sono stati previsti per chi diffonda gli annunci nel Regno Unito, o ne causi la diffusione, al di fuori dai casi in cui essi siano contenuti in giornali o periodici pubblicati all'estero oppure siano stati diffusi attraverso una rete di comunicazione elettronica (sez. 3(5))<sup>221</sup>.

Infine, la sez. 3(4) punisce chiunque pubblici tali annunci, o ne cagioni la pubblicazione, nel Regno Unito, al di fuori dai casi in cui ciò avvenga mediante i quotidiani, i periodici o la rete di comunicazione elettronica<sup>222</sup>. Anche se non espressamente diretta a reprimere una specifica condotta di pubblicazione, avendo quasi una valenza sussidiaria, questa fattispecie ben si presta all'incriminazione di chi pubblicizzi la surrogazione di maternità attraverso internet<sup>223</sup>, sia che si tratti dell'utente che direttamente inserisca *on-line* l'inserzione vietata, sia che si tratti del *service provider* che ne causi la pubblicazione, prospettandosi, in quest'ultimo caso, un'ulteriore ipotesi di *strict liability*, in assenza di un qualunque riferimento alla conoscenza del contenuto illecito.

In assenza di un esplicito riferimento a scopi di lucro perseguiti o a guadagni conseguiti dai soggetti attivi dei reati di pubblicizzazione, può ritenersi che il legislatore abbia inteso apprestare una tutela anticipata della personalità individuale dei soggetti coinvolti nel patto – rispetto a quella assicurata tramite l'incriminazione dell'intermediazione negli accordi su base commerciale –, giustificata dalla diffusività dei messaggi pubblicitari trasmessi attraverso i moderni mezzi di comunicazione e dalla loro conseguente idoneità a fomentare forme di sfruttamento locupletativo dei soggetti coinvolti<sup>224</sup>. Questo arretramento della soglia di rilevanza penale spiega la mancata previsione della pena della reclusione, a fronte invece della comminatoria congiunta, o alternativa, della pena e della multa per i reati di intermediazione su base commerciale nella surrogazione di maternità.

Si ricordi, poi, che la sez. 4(3) prevede, in linea generale, cioè per tutte le fattispecie incriminatrici stabilite all'interno del *SAA* – e, dunque, non solo per quelle di pubblicizzazione –, che le persone giuridiche (*body corporate*) sono responsabili se il reato è stato commesso con il consenso, la connivenza, o per negligenza, di uno dei soggetti svolgenti funzioni apicali all'interno dell'ente («*any director, manager, secretary or other similar officer of the body corporate or any person who was purporting to act in any such capacity*»). In questo caso, del reato risponderanno anche le suddette persone fisiche.

Infine, va segnalata la clausola di non punibilità che la sez. 3(1A) ha previsto a favore degli enti senza scopo di lucro, per gli annunci pubblicati in relazione allo svolgimento di quelle attività di intermediazione di cui alla sez. 2(1), a loro volta escluse dalla responsabilità penale dell'ente *no-profit* a norma della sez. 2(2A)<sup>225</sup>.

Di contro – e questo è l'aspetto più rilevante – non vi è alcuna espressa esenzione di punibilità della madre surrogata né del committente o dei committenti per i reati di pubblicizzazione: nonostan-

221 Letteralmente: «*A person who distributes or causes to be distributed in the United Kingdom an advertisement to which this section applies (not being an advertisement contained in a newspaper or periodical published outside the United Kingdom or an advertisement conveyed by means of an electronic communications network) knowing it to contain such an indication as is mentioned in subsection (1) above is guilty of an offence*».

222 Letteralmente: «*A person who publishes or causes to be published in the United Kingdom an advertisement to which this section applies (not being an advertisement contained in a newspaper or periodical or conveyed by means of an electronic communications network) is guilty of an offence*».

223 Rileva l'ineffettività dell'incriminazione, N. Gamble, *A Better Legal Framework for United Kingdom Surrogacy?*, cit., p. 141, che sottolinea quanto sia facile reperire su internet annunci di madri surrogate o di genitori di intenzione del Regno Unito.

224 Tuttavia, a favore di una depenalizzazione della pubblicizzazione della surrogazione di maternità, si schiera E. Jackson, *UK Law and International Commercial Surrogacy*, cit., p. 205, secondo cui «*Decriminalising advertising might help to raise awareness of surrogacy and 'normalising' it by publicising accounts of surrogacy arrangements that have worked well might also help*».

225 Cfr. M. Wells-Greco, *United Kingdom – Chapter 23*, in *International Surrogacy Arrangements*, cit., p. 381.

te l'omissione possa spiegarsi in virtù della struttura soggettiva qualificata di alcune delle fattispecie di reato previste dalla sez. 3 e del contesto professionale in cui esse sembrano tipicamente trovare applicazione, non può comunque escludersi l'eventualità di un'incriminazione delle parti direttamente coinvolte per avere pubblicato su internet un annuncio relativo alla propria disponibilità a stipulare accordi di surrogazione o alla ricerca dell'altro contraente, ai sensi della sezione 3(4)<sup>226</sup>. Di questa conclusione si trova conferma nelle linee guida sulla maternità surrogata del Dipartimento della salute del Governo del Regno Unito, ove si afferma che «*It is a criminal offence to advertise that you are looking for a surrogate or willing to act as a surrogate*»<sup>227</sup>. Si tratta, comunque, di un esito poco coerente con l'evidente intenzione del legislatore di sottrarre le parti dell'accordo a una qualunque sanzione per la sua stipulazione, per cui non esiste alcuna fattispecie incriminatrice, o per il contributo prestato all'intermediario su base commerciale, per cui è stata prevista un'apposita clausola di non punibilità. In questo senso, già nel Warnock Report del 1985, che precedette l'introduzione del SAA e ne fondò l'impianto prescrittivo, si dichiarò che «*We do not envisage that this legislation would render private persons entering into surrogacy arrangements liable to criminal prosecution, as we are anxious to avoid children being born to mothers subject to the taint of criminality*»<sup>228</sup>.

## 12. Gli Stati Uniti: L'evoluzione liberale e il ridotto ricorso al diritto penale in materia di maternità surrogata

Il sistema giuridico statunitense non ha disciplinato la surrogazione di maternità attraverso una legge federale, ma ciascuno Stato presenta la propria legislazione in materia.

In alcuni Stati, come il Nebraska<sup>229</sup>, l'Indiana<sup>230</sup>, l'Arizona<sup>231</sup>, la maternità surrogata è general-

<sup>226</sup> In tal senso, ritiene che il reato di pubblicizzazione possa essere realizzato sia dal genitore di intenzione, sia dalla madre surrogata, sia da un terzo, N. Gamble, *A Better Legal Framework for United Kingdom Surrogacy?*, in *Regulating Reproductive Donations*, S. Golombok, R. Scott, J.B. Appleby, M. Richards, S. Wilkinson (eds.), Cambridge, Cambridge University Press, 2016, p. 141.

<sup>227</sup> UK Department of Health & Social Care, *Guidance: The surrogacy pathway: surrogacy and the legal process for intended parents and surrogates in England and Wales*, 23 July 2021, in GOV.UK, <https://www.gov.uk/government/publications/having-a-child-through-surrogacy/the-surrogacy-pathway-surrogacy-and-the-legal-process-for-intended-parents-and-surrogates-in-england-and-wales>.

<sup>228</sup> M. Warnock, *A Question of Life: The Warnock Report on Human Fertilisation and Embryology*, Oxford-New York, Basil Blackwell, 1985, § 8.19. Proprio facendo riferimento al *Warnock Report*, ritengono che le parti dell'accordo non siano destinatarie di sanzioni penali K. Horsey, *Not withered on the vine: The need for surrogacy law reform*, in *Journal of Medical Law and Ethics*, 2016, vol. 4, n. 3, p. 184; A. Stuhmcke, *New wine in old bottles and old wine in new bottles: The Judicial response to international commercial surrogacy in the UK and Australia*, in *Revisiting the Regulation of Human Fertilisation and Embriology*, K. Horsey (ed.), London-New York, Routledge, 2015, p. 206.

<sup>229</sup> Nebraska Revised Statutes Chapter 25, Article 21, *Actions and Proceedings in Particular Cases, (u) Surrogate Parenthood Contracts*, NE REV ST § 25-21,200, in *Casetext*, <https://casetext.com/statute/revised-statutes-of-nebraska/chapter-25-courts-civil-procedure/article-21-actions-and-proceedings-in-particular-cases/surrogate-parenthood-contracts/section-25-21200-contract-void-and-unenforceable-definition>.

<sup>230</sup> Indiana Code, Title 31, *Family Law and Juvenile Law*, Article 20, *Family Law: Human Reproduction*, Chapter 1, *Surrogate Agreements*, §§ 31-20-1-1 ss., in *Justia US Law*, <https://law.justia.com/codes/indiana/2006/title31/ar20/ch1.html>.

mente proibita, sebbene non punita. In queste ipotesi, la legge prevede unicamente il divieto e la non esecutività dell'accordo *contra legem*, ferma la possibilità che la genitorialità venga comunque riconosciuta in capo alla coppia committente in via giudiziale, sulla base del *best interest of the child*, o attraverso il ricorso all'adozione del minore.

La maggior parte degli Stati, dopo un'iniziale riluttanza a permettere questo tipo di pratiche, dovuto al clamore suscitato dal noto caso Baby M.<sup>232</sup>, ha consentito e disciplinato, o semplicemente non ha vietato, gli accordi di maternità surrogata, anche a titolo oneroso, spesso prevedendo dei limiti ragionevoli al compenso da corrispondere alla gestante, attraverso cui garantire che la donna si limiti a ricevere un rimborso delle spese sostenute o un risarcimento dei danni subiti per il servizio offerto alla coppia committente<sup>233</sup>. La conseguenza dell'eventuale violazione di tali limiti, in molti casi, è la mera inefficacia del contratto: nel Kentucky, ad esempio, è presente un divieto di corrispondere un compenso alla madre surrogata, ma le conseguenze previste per la violazione sono soltanto di natura civile, dato che questo tipo di accordi risultano vietati e insuscettibili di esecuzione, fermo il potere delle corti di pronunciarsi a favore dell'instaurazione del rapporto di genitorialità in capo ai beneficiari sulla base del migliore interesse del minore<sup>234</sup>. Diversamente accade nel Michigan e nella Louisiana, unici Paesi in cui sono previste specifiche fattispecie incriminatrici dei contratti di surrogazione di maternità a titolo oneroso. Invece, nel Kansas, dove non è stata introdotta alcuna disciplina della maternità surrogata, la giurisprudenza ha, in passato, affermato che il pagamento di una somma di denaro alla gestante, esorbitante il rimborso delle spese da lei affrontate, può integrare il più generale reato di pagamento per l'adozione del minore<sup>235</sup>.

Il legame genetico con la coppia o con il singolo committente costituisce il criterio principalmente adottato per assegnare la genitorialità del bambino partorito in seguito all'accordo di surrogazione<sup>236</sup>, a differenza di quanto può riscontrarsi in molte delle legislazioni dei Paesi europei, Italia compresa, in

231 Arizona Revised Statutes, Title 25, *Marital and Domestic Relations*, § 25-218, *Surrogate parentage contracts; prohibition; custody; definition*, in *Arizona State Legislature*, <https://www.azleg.gov/viewdocument/?docName=https://www.azleg.gov/ars/25/00218.htm>.

232 Nel caso *Baby M*, 537 A.2d 1227 (N.J. 1988), in *Justia US Law*, <https://law.justia.com/cases/new-jersey/supreme-court/1988/109-n-j-396-1.html>, la decisione della Suprema Corte del New Jersey di non riconoscere la genitorialità in capo alla madre intenzionale era stata condizionata dal legame genetico detenuto dalla gestante con il minore, avendo quest'ultima fornito anche il proprio ovocita per la fecondazione (cd. maternità surrogata "tradizionale").

233 Si veda la prospettiva liberale di S.H. Snyder, *Reproductive Surrogacy in the United States of America*, in *Handbook of Gestational Surrogacy*, E. Scott Sills (ed.), Cambridge, Cambridge University Press, 2016, pp. 278-279, secondo cui anche un eventuale compenso offerto alla gestante non costituisce una compravendita del minore né una mercificazione del corpo della donna, ma un ristoro per il "servizio" offerto ai committenti.

234 Si veda KY Rev. Stat., Ch. 199.590, *Prohibited acts and practices in adoption of children --Expenses paid by prospective adoptive parents to be submitted to court*, (4), in *Justia US Law*, <https://law.justia.com/codes/kentucky/2021/chapter-199/section-199-590/>.

235 Si veda Kansas Attorney General Opinion, September 11, 1996, No. 96-73, e la giurisprudenza ivi richiamata, in *Kansas Attorney General Opinions*, <https://ksag.washburnlaw.edu/opinions/1996/1996-073.htm>.

236 Oltre alla sentenza *Baby M*, sempre nella prospettiva della valorizzazione del legame di sangue con il minore, ma stavolta in un caso in cui l'ovocita era stato fornito dalla stessa madre intenzionale per la fecondazione della madre surrogata, nella sentenza *Johnson v. Calvert*, 851 P.2d 776 (cert. denied 510 U.S. 874) (Cal. 1993), in *Casetext*, <https://casetext.com/case/johnson-v-calvert>, la Suprema Corte della California ha affermato che «A woman who enters into a gestational surrogacy arrangement is not exercising her own right to make procreative choices; she is agreeing to provide a necessary and profoundly important service without (by definition) any expectation that she will raise the resulting child as her own», concludendo che la madre legale del minore era la donna committente la gravidanza.

cui la maternità legale spetta comunque alla partoriente. In alcuni Stati si arriva a vietare (North Dakota)<sup>237</sup>, o addirittura a punire (Louisiana)<sup>238</sup>, gli accordi di maternità surrogata attuati mediante ricorso alla P.M.A. con l'uso dell'ovocita della stessa gestante, che in tal caso sarebbe considerata a tutti gli effetti la madre del minore. In questa direzione, vi sono poi Stati, come la Florida, in cui è previsto che l'accordo di surrogazione conferisca la genitorialità ai committenti soltanto se almeno uno dei due aspiranti genitori – che devono essere un uomo e una donna, con esclusione delle coppie *same-sex* – abbia fornito il proprio gamete per la fecondazione assistita<sup>239</sup>, e sia quindi geneticamente legato al minore, pur non richiedendosi che debba necessariamente trattarsi della madre intenzionale. Altrove è ulteriormente richiesto che entrambi i *partners*, oltre a essere sposati e di sesso diverso, abbiano contribuito con i propri gameti alla fecondazione della gestante: è ancora il caso della Louisiana, dove è prevista un'incriminazione degli accordi stipulati in violazione di tali requisiti<sup>240</sup>.

Sul piano dell'intervento penale in materia, nell'ultimo decennio si è assistito a una grossa riduzione degli Stati che incriminano, anche se solo parzialmente, la maternità surrogata. Già dal 2013 la legislazione del Nevada, in cui precedentemente era incriminata la surrogazione di maternità dietro compenso alla gestante, è stata modificata, consentendo non solo la prestazione di un corrispettivo alla gestante in termini di risarcimento dei danni o di rimborso delle spese ragionevoli sostenute (il cui superamento andrebbe ad incidere soltanto sull'eseguibilità dell'accordo, *ex* NVR § 126.750, co. 5 c)<sup>241</sup>, ma anche il ricorso alla pratica da parte dei *singles*, delle coppie eterosessuali non sposate e delle coppie *same-sex* (NVR §§ 126.710 ss.)<sup>242</sup>. Anche il Distretto della Columbia, nel 2017, ha decriminalizzato la surrogazione di maternità a titolo oneroso, limitandosi a prevedere dei requisiti contrattuali il cui rispetto consente di rendere esecutivi gli accordi tra le parti in ordine all'attribuzione della genitorialità ai soggetti committenti la gravidanza<sup>243</sup>. Stesso esito per lo Stato di Washington, dove la sezione 26.26.250 del *Revised Code*, che incriminava come reato grave (*gross misdemeanor*) la maternità surrogata dietro compenso, nonché ogni accordo di surrogazione contrario alle previsioni contenute nella sez. 26.26.240 e ss., è stato abrogato dalle *Laws* 2018, ch. 6, § 907 (eff. Jan. 1, 2019)<sup>244</sup>. Lo Stato di

237 In North Dakota è previsto un divieto non sanzionato di maternità surrogata genetica (con ovocita della stessa gestante), anche a titolo gratuito, e la genitorialità del minore è attribuita alla surrogata e a suo marito, se parte del contratto; è invece consentito che la donna inizi la gravidanza con l'impianto di un embrione creato con entrambi i gameti della coppia committente, a cui verrà assegnata la genitorialità del bambino: N.D. Cent. Code, § 14-18-05, in *North Dakota Legislative Branch*, <https://www.ndlegis.gov/cencode/t14c18.pdf>.

238 Si veda *infra*, § 12.2.

239 Florida Statute, Ch. 742.13, *Definition*, e Ch. 742.15, *Gestational Surrogacy Contract*, para. 3 e), in *Official Internet Site of the Florida Legislature*, [http://www.leg.state.fl.us/statutes/index.cfm?App\\_mode=Display\\_Statute&URL=0700-0799/0742/0742ContentsIndex.html](http://www.leg.state.fl.us/statutes/index.cfm?App_mode=Display_Statute&URL=0700-0799/0742/0742ContentsIndex.html).

240 Si veda *infra*, § 12.2.

241 Nevada Revised Statute, Chapter 126, *Parentage, as amended by Nevada Assembly Bill 421, A.B. 421 (NV LEGIS Chapter 213)*, 2013, in *Nevada Legislature – The People's Branch of Government*, <https://www.leg.state.nv.us/nrs/nrs-126.html>.

242 *Ibidem*.

243 Code of the District of Columbia, Title 16. *Particular Actions, Proceedings and Matters*, Chapter 4, *Collaborative Reproduction*, in *Council of the District of Columbia*, <https://code.dccouncil.gov/us/dc/council/code/titles/16/chapters/4>. Si veda B.R. Iannacci, *Why New York Should Legalize Surrogacy: A Comparison of Surrogacy Legislation in Other States with Current Proposed Surrogacy Legislation in New York*, in *Touro Law Review*, 2018, Vol. 34, No. 4, Article 17, pp. 1259 ss.

244 La pena comminata veniva individuata attraverso la generale clausola punitiva stabilita dal Wash. Rev. Code, Section 9.92.020 (reclusione fino a 364 giorni o multa fino a cinquemila dollari, o entrambe). Si vedano J. Casolo, C. Curry-Ledbetter, M. Edmonds, G. Field, K. O'Neill, M. Poncia, *Assisted Reproductive Technologies*, in *Georgetown Journal of Gender*

New York, dopo un primo lungo periodo in cui aveva vietato e punito le parti dell'accordo di surrogazione a titolo oneroso e, con una pena ancora più grave, gli intermediari in tali accordi, ha riformato la legislazione in materia, decriminalizzando tali fatti e consentendo l'esecuzione degli accordi di gestazione per altri, a prescindere dal pagamento di un compenso alla madre surrogata<sup>245</sup>.

Sempre nella direzione di una riduzione del ricorso al diritto penale per fronteggiare il fenomeno della maternità surrogata, anche a titolo oneroso, si pensi poi a quei Paesi in cui, oltre a non essere stata prevista una specifica disciplina penale in materia, è espressamente esclusa la responsabilità, per il reato di commercio di minori, dei soggetti che abbiano preso in custodia il bambino in cambio di un compenso alla madre surrogata<sup>246</sup>, come l'Alabama<sup>247</sup> o l'Iowa<sup>248</sup>.

Quello che a breve potremo osservare è che in quei pochissimi Stati in cui sono ricollegate conseguenze penali alla surrogazione di maternità, si rinvengono fattispecie che incriminano anche fatti diversi dagli accordi a titolo oneroso, come il reclutamento di donne minorenni o fisicamente vulnerabili (Michigan) o, come prima anticipato, la surrogazione di maternità attuata mediante l'utilizzo dell'ovocita della stessa gestante su commissione (Louisiana). Si tratta di sistemi legislativi in cui la maternità surrogata è illecita solo se vengano violati i limiti normativamente imposti, e le parti direttamente coinvolte sono punite per le condotte contrattuali realizzate *contra legem*, alla stregua di quanto si è osservato, nell'esame degli ordinamenti europei, per il Portogallo e la Grecia. A differenza di questi ultimi, tuttavia, le leggi del Michigan e della Louisiana tollerano parzialmente, ma non regolano il fenomeno, come dimostra anche la mancanza di una disciplina degli effetti civili in capo ai committenti.

## 12.1. Le fattispecie di reato previste nel Michigan

Tra i pochi Stati che presentano una legislazione penale in materia, spicca il Michigan, in cui gli accordi di maternità surrogata non sono riconosciuti dalla legge, a prescindere dallo *status* e

*and the Law*, 2019, vol. 20, no. 2, p. 334. Precedentemente alla riforma, si rinvia a S.F. Seavello, *Are You My Mother? A Judge's Decision in In Vitro Fertilization Surrogacy*, in *3 Hastings Women's Law Journ.* 211, 1992, p. 231, e, più di recente, P. Nicolas, *Straddling the Columbia: A Constitutional Law Professor's Musings on Circumventing Washington State's Criminal Prohibition on Compensated Surrogacy*, in *89 Wash. Law Rev.* 1235, 2014, p. 1238; T. Donaldson, *Whole Foods for the Whole Pregnancy: Regulating Surrogate Mother Behavior During Pregnancy*, in *23 Wm. & Mary J. Women & L.* 367, 2017, p. 368, nota 10. L'attuale normativa in materia si trova nel Wash. Rev. Code, Title 26, Chapter 26.26A, *Uniform Parentage Act*, Section 26.26A.700 ss., *Surrogacy agreement*, in *Washington State Legislature*, <https://app.leg.wa.gov/RCW/default.aspx?cite=26.26A>.

<sup>245</sup> New York Codes, Rules and Regulations, General Business Law, Section 1404 and Public Health Law, Vol. A-1a (Title 10), SubChapter H - Maternal and Child Health, Part 69 - Family Health, SubPart 69-11 - Surrogacy Programs and Assisted Reproduction Service Providers, in *New York State - New York Codes, Rules and Regulations*, <https://regs.health.ny.gov/volume-1a-title-10/content/subpart-69-11-surrogacy-programs-and-assisted-reproduction-service>. Si vedano V. Cendejas, *It's Complicated: Advocating for Uniformity in the Enforcement of Surrogacy Contracts*, *12 UC Irvine Law Review* 1385, 2022, pp. 1396 ss.; S. Kalantry, *Surrogacy in the United States: From Prohibition to Permission*, in <https://ssrn.com/abstract=4298612>, December 9, 2022.

<sup>246</sup> Cfr. J. Casolo, C. Curry-Ledbetter, M. Edmonds, G. Field, K. O'Neill, M. Poncia, *Assisted Reproductive Technologies*, cit., p. 337.

<sup>247</sup> Alabama Code, Title 26, *Infants and Incompetents*, § 26-10A-33, in *Justia US Law*, <https://law.justia.com/codes/alabama/2009/Title26/Chapter10A/26-10A-33.html>.

<sup>248</sup> Iowa Code, *Purchase or sale of individual*, § 710.11, in *The Iowa Legislature*, <https://www.legis.iowa.gov/docs/code/710.11.pdf>.

dall'orientamento sessuale dei genitori di intenzione e dalla presenza, o meno, di un legame genetico degli stessi con il minore<sup>249</sup>.

Il *Surrogate Parenting Act* del 1988 fornisce, anzitutto, una serie di definizioni rilevanti per le fattispecie incriminatrici previste: per "madre portante" («*surrogate carrier*») si intende la donna sottoposta all'impianto di un embrione a essa geneticamente estraneo (cd. procedura di «*surrogate gestation*»); per "madre surrogata" («*surrogate mother*») si intende la donna inseminata in via naturale o artificiale – con sussistenza, dunque, di un legame genetico con il bambino – sulla base di un previo accordo; il cd. "accordo di surrogazione di genitorialità" («*surrogate parentage contract*») indica il patto in base al quale una donna accetta di concepire un bambino attraverso l'inseminazione naturale o artificiale o attraverso una procedura di "gestazione surrogata", e di rinunciare volontariamente ai suoi diritti genitoriali o di custodia sul bambino (MCL § 722.853)<sup>250</sup>.

Dalle summenzionate definizioni legislative emerge che il fenomeno assume rilevanza penale sia se verificato nel contesto di una gestazione iniziata con le vie naturali sia se realizzato nell'ambito dell'applicazione di trattamenti di procreazione medicalmente assistita, e, in quest'ultimo caso, sia se la gestante sia anche madre genetica del bambino sia se la stessa si sottoponga al trasferimento di un embrione creato con l'ovocita di un'altra.

La consapevole stipulazione di un accordo di surrogazione di genitorialità dietro prestazione di un compenso alla gestante, eccedente il valore del rimborso delle spese da quella sostenute (come si evince dall'implicito rinvio alla definizione di *compensation*, di cui al MCL § 722.853), costituisce un reato "minore" (*misdemeanor*), e la pena prevista per il contraente è la multa fino a 10.000 dollari o la reclusione fino a un anno, o entrambe (MCL § 722.859, secondo comma)<sup>251</sup>. La fattispecie punisce espressamente le parti del contratto, ossia il committente o i committenti e la madre portante o surrogata, con esclusione della minorenni non emancipata e della donna a cui sia stato diagnosticato un ritardo mentale, una malattia mentale o una disabilità nello sviluppo. È inoltre stabilito che l'induzione, l'organizzazione, il procacciamento o l'assistenza nella formazione di un contratto di genitorialità surrogata dietro compenso – eccetto i casi in cui tali condotte siano realizzate dalle stesse parti contraenti – integrano un reato "grave" (*felony*), punito con la multa fino a 50.000 dollari o con la reclusione fino

<sup>249</sup> Cfr. C. VanWormer, *Outdated and Ineffective: An Analysis of Michigan's Gestational Surrogacy Law and the Need for Validation of Surrogate Pregnancy Contracts*, in 61 *DePaul L. Rev.* 911, 2012, pp. 915 ss.; V. Cendejas, *It's Complicated*, cit., pp. 1394 ss.

<sup>250</sup> Michigan Compiled Laws, Chapter 722 – CHILDREN Act 199 of 1988 SURROGATE PARENTING ACT, § 722.853, in *Justia US Law*, <https://law.justia.com/codes/michigan/2011/chapter722/act199of1988/section722-853/>. Letteralmente: «(f) *Surrogate carrier means the female in whom an embryo is implanted in a surrogate gestation procedure.*

(g) *Surrogate gestation means the implantation in a female of an embryo not genetically related to that female and subsequent gestation of a child by that female.*

(h) *Surrogate mother means a female who is naturally or artificially inseminated and who subsequently gestates a child conceived through the insemination pursuant to a surrogate parentage contract.*

(i) *Surrogate parentage contract means a contract, agreement, or arrangement in which a female agrees to conceive a child through natural or artificial insemination, or in which a female agrees to surrogate gestation, and to voluntarily relinquish her parental or custodial rights to the child. It is presumed that a contract, agreement, or arrangement in which a female agrees to conceive a child through natural or artificial insemination by a person other than her husband, or in which a female agrees to surrogate gestation, includes a provision, whether or not express, that the female will relinquish her parental or custodial rights to the child».*

<sup>251</sup> Michigan Compiled Laws, Chapter 722 – CHILDREN Act 199 of 1988 SURROGATE PARENTING ACT, § 722.859, in *Justia US Law*, <https://law.justia.com/codes/michigan/2011/chapter722/act199of1988/section722-859/>. Letteralmente: «(2) *A participating party other than an unemancipated minor female or a female diagnosed as being mentally retarded or as having a mental illness or developmental disability who knowingly enters into a surrogate parentage contract for compensation is guilty of a misdemeanor punishable by a fine of not more than \$10,000.00 or imprisonment for not more than 1 year, or both».*

a cinque anni, o con entrambe (MCL § 722.859, terzo comma)<sup>252</sup>.

La stipulazione di accordi di surrogazione a titolo gratuito non costituisce reato, salvo che la madre surrogata o portante sia una minorenne non emancipata oppure una donna affetta da ritardo mentale, malattia mentale o disabilità nello sviluppo: in queste ipotesi, la stipulazione dell'accordo (da parte dei soggetti diversi dalla donna vulnerabile coinvolta), l'induzione, l'organizzazione, il procacciamento o l'assistenza nella formazione del contratto sono puniti, come *felony*, con la multa fino a 50.000 dollari o con la reclusione fino a cinque anni, o con entrambe (MCL § 722.857)<sup>253</sup>.

Per quanto la normativa sia talmente rigida da configurare il Michigan come il Paese più avverso alla maternità surrogata tra gli Stati Uniti d'America<sup>254</sup>, va riconosciuta la grande precisione nella descrizione del fatto tipico dei reati e anche una certa dose di ragionevolezza nelle scelte di incriminazione e nella dosimetria sanzionatoria.

La speciale tutela da conferire alle donne minorenni e disabili, che rischierebbero di subire una strumentalizzazione non sorretta da una loro libera scelta, giustifica l'autonoma incriminazione di cui al § 722.857, e la previsione di una pena particolarmente alta per tutti coloro che abbiano dato un contributo all'accordo illecito, anche se si tratti del genitore o dei genitori di intenzione. Tuttavia, la norma non è in grado di rispondere pienamente alle istanze di protezione delle figure femminili potenzialmente coinvolte in questa pratica senza essere realmente libere nella scelta, come le donne costrette ad accettare l'accordo attraverso il mezzo della violenza, della minaccia, dell'inganno o dell'approfittamento di una condizione di necessità economica<sup>255</sup>: sarebbe stato ragionevole, in tal senso, un ampliamento delle categorie soggettive identificate come vittime del reato.

Per quanto riguarda l'incriminazione dell'accordo dietro prestazione di un compenso, *ex* § 722.859, comma 2, il legislatore sembra avere tenuto conto del libero consenso delle parti come fattore in grado di giustificare sia la previsione di pene più basse, e quindi proporzionate, rispetto a quelle stabilite per il reato di cui al § 722.857, sia la punibilità anche della madre surrogata, con esclusione delle categorie vulnerabili menzionate come vittime da quest'ultima disposizione.

Un ulteriore appunto riguarda la nozione di *compensation*, rilevante per l'integrazione dei reati di cui al § 722.859. Sarebbe stato opportuno che il § 722.853 stabilisse che il compenso, per ritenersi tale, dovesse superare non solo il valore del rimborso delle spese sostenute dalla gestante per la gravidanza e per la fase *post-partum*, ma anche quello del risarcimento per il danno (in termini di danno

252 Letteralmente: «(3) *A person other than a participating party who induces, arranges, procures, or otherwise assists in the formation of a surrogate parentage contract for compensation is guilty of a felony punishable by a fine of not more than \$50,000.00 or imprisonment for not more than 5 years, or both*».

253 Michigan Compiled Laws, Chapter 722 – CHILDREN Act 199 of 1988 SURROGATE PARENTING ACT, § 722.857, in *Justia US Law*, in <https://law.justia.com/codes/michigan/2011/chapter722/act199of1988/section722-857/>. Letteralmente: «(1) *A person shall not enter into, induce, arrange, procure, or otherwise assist in the formation of a surrogate parentage contract under which an unemancipated minor female or a female diagnosed as being mentally retarded or as having a mental illness or developmental disability is the surrogate mother or surrogate carrier.*

(2) *A person other than an unemancipated minor female or a female diagnosed as being mentally retarded or as having a mental illness or developmental disability who enters into, induces, arranges, procures, or otherwise assists in the formation of a contract described in subsection (1) is guilty of a felony punishable by a fine of not more than \$50,000.00 or imprisonment for not more than 5 years, or both*».

254 Così C.P. Kindregan, M. McBrien, *Assisted Reproductive Technology: A Lawyer's Guide to Emerging Law and Science*, Chicago, American Bar Association, 2006, p. 163.

255 Con particolare riguardo alla maternità surrogata a titolo oneroso, si veda il caso *Doe v. Attorney General*, 487 N.W.2d 484, 194 Mich. App. 432, in cui si è prospettato il pericolo che «*Women in the lower economic strata could well become "breeding machines" for infertile couples of the upper economic brackets*».

emergente e di lucro cessante) subito dalla donna come conseguenza del “servizio” reso, non prospettandosi, in tal caso, una prestazione in grado di soverchiare il valore solidaristico del suo atto o di conferirvi un’espressione commerciale, tale da integrare una violazione della dignità della stessa<sup>256</sup>.

Va, infine, ricordato, che, nonostante l’incriminazione soltanto parziale di queste pratiche, nel Michigan la genitorialità di intenzione non è legalmente assegnata sulla sola base dell’accordo, nemmeno quando è lecito, dato che il contratto di surrogazione di genitorialità è, in ogni caso, nullo e insuscettibile di esecutività, in quanto contrario all’ordine pubblico (MCL § 722.855)<sup>257</sup>. Gli aspiranti beneficiari, quand’anche geneticamente legati al bambino partorito dalla madre “portante”, potranno essere riconosciuti come genitori legali solo attraverso la supervisione giudiziale o, alternativamente, il ricorso all’istituto dell’adozione<sup>258</sup>.

## 12.2. Le fattispecie di reato previste nella Louisiana

Nella Louisiana, in seguito alle modifiche dell’*House Bill* n. 1102 del 2016<sup>259</sup>, il LA Rev. Stat. § 9-2718.1<sup>260</sup>, distingue, anzitutto, tra maternità surrogata genetica («*genetic gestational carrier*») e maternità surrogata («*gestational carrier*»): la prima espressione individua la procedura attraverso cui una donna tenta di portare in grembo e di dare alla luce un bambino utilizzando il proprio gamete e quello di un aspirante genitore o di un donatore, quando vi sia un accordo per rinunciare alla custodia e a tutti i diritti e gli obblighi nei confronti del minore<sup>261</sup>; con la seconda espressione si intende la procedura mediante cui una donna tenta di portare in grembo e dare alla luce un bambino nato a seguito del trasferimento in utero di un embrione umano prodotto senza il suo contributo genetico<sup>262</sup>.

Secondo il LA Rev. Stat. § 14-286, «*Sale of minor children and other prohibited activities; penalties*»<sup>263</sup>, il contratto di maternità surrogata “genetica” è sempre illecito, sia se a titolo oneroso sia se a titolo gratuito, con conseguente punibilità delle condotte di stipulazione, induzione, organizzazione, procacciamento, pubblicizzazione, o assistenza nella contrattazione<sup>264</sup>: è quindi necessario, perché la pratica sia consentita, seppure a certe condizioni, che la madre surrogata non detenga un legame di sangue con il minore (D.(3)).

Il contratto di maternità surrogata senza il contributo genetico della gestante è illecito se risulta

256 Cfr. S.H. Snyder, *Reproductive Surrogacy*, cit. pp. 278-279.

257 Michigan Compiled Laws, Chapter 722 – CHILDREN Act 199 of 1988 SURROGATE PARENTING ACT, § 722.855, in *Justia US Law*, in <https://law.justia.com/codes/michigan/2011/chapter722/act199of1988/section722-855/>.

258 Si veda V. Cendejas, *It’s Complicated*, cit., p. 1395.

259 In Louisiana State Legislature, <https://www.legis.la.gov/legis/ViewDocument.aspx?d=991459>.

260 In Louisiana State Legislature, <https://legis.la.gov/legis/Law.aspx?d=1015740>.

261 Letteralmente: «“*Genetic gestational carrier*” means the process by which a woman attempts to carry and give birth to a child using her own gametes and either the gametes of a person who intends to parent the child or donor gametes, when there is an agreement to relinquish the custody of and all rights and obligations to the child».

262 Letteralmente: «“*Gestational carrier*” means a woman who agrees to engage in a process by which she attempts to carry and give birth to a child born as a result of an in utero transfer of a human embryo to which she makes no genetic contribution».

263 In Louisiana State Legislature, <https://www.legis.la.gov/legis/Law.aspx?d=78394>.

264 Letteralmente: «It shall be unlawful for any person to enter into, induce, arrange, procure, knowingly advertise for, or otherwise assist in an agreement for genetic gestational carrier, with or without compensation, whether written or unwritten. For purposes of this Section, “genetic gestational carrier” and “compensation” shall have the same meaning as defined in R.S. 9:2718.1».

contrario alle prescrizioni previste dal § 9-2718 ss.<sup>265</sup>, con conseguente punibilità delle condotte di stipulazione, induzione, organizzazione, procacciamento, pubblicizzazione, assistenza, (D.(1))<sup>266</sup>. Tra le suddette condizioni va dato risalto: al divieto dell'accordo a titolo oneroso, salvo che il corrispettivo integri il rimborso delle spese o il risarcimento dei danni<sup>267</sup>; alla necessaria presenza di una coppia beneficiaria composta da un uomo e una donna sposati, con esclusione dei conviventi, dei *singles* e delle coppie *same-sex*; alla necessità che la coppia beneficiaria abbia fornito entrambi i suoi gameti per la fecondazione, con conseguente esclusione delle coppie in cui uno o entrambi i *partners* siano infertili; ai requisiti anagrafici della gestante, che deve avere un'età ricompresa tra i venticinque e i trentacinque anni; alla necessità che la stessa abbia precedentemente già partorito almeno un figlio. I beni giuridici protetti attraverso l'incriminazione delle condotte connesse alla contrattazione *contra legem*, sono molteplici: non solo la dignità della madre surrogata e la sua integrità psicofisica<sup>268</sup>, ma anche – in linea con una criticabile prospettiva conservatrice contraddistinta dal ricorso indiscriminato allo strumento penale – l'istituzione familiare tradizionale basata sui legami genetici tra genitori e figli<sup>269</sup>, per cui si reprime la manifestazione del fenomeno nell'ambito di famiglie omogenitoriali, monogenitoriali od eterogenitoriali in cui i due *partners* non siano avvinti da un rapporto coniugale o non siano entrambi legati geneticamente al minore.

È prevista, inoltre, l'incriminazione di chi, in quanto parte contrattuale o soggetto agente per conto di una delle parti, proceda o acconsenta a effettuare un esborso connesso al contratto di maternità surrogata, che oltrepassi il valore del rimborso delle spese sostenute dalla gestante, per come indicate dalla norma (D.(2))<sup>270</sup>.

Una fattispecie inedita, rispetto a quelle degli altri ordinamenti analizzati, è poi quella che incrimina chi corrisponde od offre denaro, beni, servizi, o qualunque altro oggetto economicamente valu-

265 Su tali condizioni normative, successivamente alla riforma del 2016, si veda S.S. Varnado, *A Primer on Biological Filiation in Louisiana*, in *Loyola Law Review*, 2022, Vol. 69, pp. 243 ss.

266 Letteralmente: «*It shall be unlawful for any person to enter into, induce, arrange, procure, knowingly advertise for, or otherwise assist in a gestational carrier contract, whether written or unwritten, that is not in compliance with the requirements provided for in R.S. 9:2718 et seq.*».

267 Si tratta delle spese sanitarie, psicologiche, di viaggio, giudiziarie, connesse alla maternità surrogata e del risarcimento del danno subito dalla gestante per la perdita della retribuzione lavorativa relativa al periodo di riposo a letto.

268 Così, enfatizzando i rischi sanitari e psicologici a cui andrebbe incontro la madre surrogata nel sottoporsi ai trattamenti nell'interesse altrui, A.B. Carroll, *Discrimination in Baby Making: The Unconstitutional Treatment of Prospective Parents through Surrogacy*, in *Indiana Law Journal*, 2013, Vol. 88, Iss. 4, Art. 3, pp. 1200-1201.

269 Cfr. D.L. Hofman, *"Mama's Baby, Daddy's Maybe": a State-by-State Survey of Surrogacy Laws and Their Disparate Gender Impact*, in *William Mitchell Law Review*, 2009, Vol. 35, Iss. 2, Article 13, p. 452.

270 Letteralmente: «*No person who is a party to, or acting on behalf of the parties to a gestational carrier contract shall make or agree to make any disbursements in connection with the gestational carrier contract other than the following:*

a) *Payment of actual medical expenses, including hospital, testing, nursing, midwifery, pharmaceutical, travel, or other similar expenses, incurred by the gestational carrier for prenatal care and those medical and hospital expenses incurred incident to birth.*

b) *Payment of actual expenses incurred for mental health counseling services provided to the gestational carrier prior to the birth and up to six months after birth.*

c) *Payment of actual lost wages of the gestational carrier, not covered under a disability insurance policy, when bed rest has been prescribed for the gestational carrier for some maternal or fetal complication of pregnancy and the gestational carrier, who is employed, is unable to work during the prescribed period of bed rest.*

d) *Payment of actual travel costs related to the pregnancy and delivery, court costs, and attorney fees incurred by the gestational carrier».*

tabile, a una madre gestazionale affinché acconsenta a interrompere la gravidanza (D.(4))<sup>271</sup>.

Ciascuna delle precedenti figure di reato è punita con la multa fino a 50.000 dollari, con la reclusione fino a dieci anni, con o senza lavori forzati, o con la congiunta irrogazione di entrambe le sanzioni.

### 13. Il Canada: linee generali dell'intervento legislativo in materia di maternità surrogata

Nell'ordinamento canadese, l'*Assisted Human Reproduction Act (AHRA)* del 2004<sup>272</sup> definisce la madre surrogata come una donna che, al fine di consegnare il bambino partorito a un donatore o un'altra persona, porta avanti la gestazione di un embrione concepito con le procedure di riproduzione assistita e prodotto con i gameti di uno o di due donatori (art. 3)<sup>273</sup>.

Dalla definizione emergono tre aspetti essenziali. Anzitutto, non è richiesto che l'applicazione delle metodiche sulla madre surrogata e la cessione del bambino siano state precedute da una pattuizione tra le parti<sup>274</sup>, bastando che la donna si sia sottoposta alle tecniche con l'intenzione di assecondare le aspirazioni genitoriali di terzi, così come si è rilevato per l'ordinamento svizzero e per l'*ESchG* nell'ordinamento tedesco. Inoltre, l'esplicito riferimento al concepimento mediante P.M.A. («*conceived by means of an assisted reproduction procedure*») esclude che la definizione e le norme incriminatrici in materia si applichino all'ipotesi di una gestazione avviata naturalmente<sup>275</sup>. Infine, la specificazione relativa alla derivazione dei gameti da uno o da due donatori («*derived from the genes of a donor or donors*»), implica che il concetto di "madre surrogata" e le successive norme che vi fanno rinvio, vada riferito sia alla gestante geneticamente estranea al bambino sia a quella che abbia anche fornito il proprio ovocita per la fecondazione.

Così come per i diretti ricorrenti alle tecniche, la normativa non fa alcun riferimento allo *status* o all'orientamento sessuale dei beneficiari, per cui potrà trattarsi anche di un singolo o di una coppia *same-sex*. E del resto, tra i principi generali dell'*AHRA* si legge che «*persons who seek to undergo assisted reproduction procedures must not be discriminated against, including on the basis of their sexual orientation or marital status*» (art. 2 (e)).

L'intervento penale in materia ha investito le manifestazioni commerciali di tale pratica, oltre che l'applicazione delle tecniche procreative su madri surrogate che non abbiano raggiunto una soglia anagrafica minima, fissata in ventuno anni: ciò in linea con i principi generali della legge, secondo cui «*trade in the reproductive capabilities of women and men and the exploitation of children, women*

271 Letteralmente: «*It shall be unlawful for any person to give or offer payment of money, objects, services, or anything of monetary value to induce any gestational carrier, whether or not she is party to an enforceable or unenforceable agreement for genetic gestational carrier or gestational carrier contract, to consent to an abortion as defined in R.S. 40:1061.9*».

272 Assisted Human Reproduction Act (S.C. 2004, c. 2), in *Government of Canada – Justice Laws Website*, <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/A-13.4/page-1.html#h-6052>.

273 Letteralmente: «*surrogate mother means a female person who — with the intention of surrendering the child at birth to a donor or another person — carries an embryo or foetus that was conceived by means of an assisted reproduction procedure and derived from the genes of a donor or donors*».

274 Così G.E. Garzone, *Scientific Knowledge and Legislative Drafting: Focus on Surrogacy Laws*, in *Language Culture Mediation (LCM Journal) – Research Perspectives on Bioethically-relevant Discourse*, K. Greco, P. Heyndericks (eds.), 2018, 5, 1, § 5.1.3.

275 Cfr. S. Carsley, *Regulating Reimbursements for Surrogate Mothers*, in *Alberta Law Review*, 2021, 58:4, p. 814, nota 17, secondo cui la surrogazione di maternità rappresenta un metodo di riproduzione assistita piuttosto che una tecnica riproduttiva.

and men for commercial ends raise health and ethical concerns that justify their prohibition» (art. 2 (f)) e «women more than men are directly and significantly affected by their application and the health and well-being of women must be protected in the application of these technologies» (art. 2 (c)).

Fermi i predetti limiti, può dirsi che la maternità surrogata rappresenta un fenomeno generalmente accettato e finanche regolato in molti dei suoi aspetti all'interno dell'ordinamento canadese, sebbene la legge federale taccia sul rilevante piano degli effetti civili del contratto, lasciando autonomia alle leggi provinciali (art. 6 (5))<sup>276</sup>. Tra le varie province si riscontra un atteggiamento piuttosto liberale, tendente ad attribuire la genitorialità ai beneficiari della gestazione sulla base dell'accordo tra le parti (per esempio, nella Columbia Britannica<sup>277</sup>) o di un provvedimento giudiziario (per esempio, in Nuova Scozia<sup>278</sup>). La posizione più rigoristica, per lungo tempo, è stata assunta dal Québec, che ha ritenuto invalidi tali accordi in base all'art. 541 del codice civile (CCQ)<sup>279</sup>, pur con la possibilità della registrazione anagrafica, come padre, del beneficiario geneticamente legato al minore e dell'adozione del partner o della partner dell'uomo, ex art. 555 CCQ<sup>280</sup>. Grazie alla riforma del 6 giugno 2023, che si applicherà alle nascite derivanti da maternità surrogata a partire dal 6 marzo 2024, l'art. 541 CCQ è stato abrogato e sono stati regolati gli effetti civili in capo ai soggetti beneficiari della gravidanza<sup>281</sup>.

### 13.1. Le fattispecie incriminatrici: la repressione diretta e indiretta della maternità surrogata commerciale

L'AHRA contempla, anzitutto, tre fattispecie finalizzate a reprimere la commercializzazione della maternità surrogata.

L'art. 6 (1), «*Payment for surrogacy*», stabilisce che nessuno può pagare un corrispettivo a una donna affinché faccia da madre surrogata, offrirsi di pagare tale corrispettivo o pubblicizzare la propria disponibilità a farlo<sup>282</sup>. L'art. 6 (2), «*Acting as intermediary*», vieta a chiunque di accettare un corrispettivo per organizzare i servizi di una madre surrogata, di offrirsi di procedere a tale organizzazione dietro compenso o di pubblicizzare l'organizzazione di tali servizi<sup>283</sup>. L'art. 6 (3), «*Payment to*

276 «This section does not affect the validity under provincial law of any agreement under which a person agrees to be a surrogate mother».

277 Family Law Act, SBC 2011, chapter 25, art. 29, "Parentage if surrogacy arrangement", in British Columbia – BC Laws, [https://www.bclaws.gov.bc.ca/civix/document/id/complete/statreg/11025\\_03](https://www.bclaws.gov.bc.ca/civix/document/id/complete/statreg/11025_03).

278 Birth Registration Regulations, NS Reg 390/2007, art. 5, "Surrogacy", in Nova Scotia, <https://novascotia.ca/just/regulations/regs/visbirthreg.htm>.

279 In Publications Québec, <https://www.legisquebec.gouv.qc.ca/en/version/cs/CCQ-1991?code=se:541&history=20210906>.

280 Si veda S. Carsley, *Reconceiving Quebec's Laws on Surrogate Motherhood*, in *La Revue du Barreau Canadien*, 2018, vol. 96, pp. 129 ss.

281 National Assembly of Québec, Bill 12(2023, chapter 13), *An Act to reform family law with regard to filiation and to protect children born as a result of sexual assault and the victims of that assault as well as the rights of surrogates and of children born of a surrogacy project*, in Les Publications du Québec, <https://www.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/fileadmin/Fichiers client/lois et reglements/LoisAnnuelles/en/2023/2023C13A.PDF>.

282 Letteralmente: «No person shall pay consideration to a female person to be a surrogate mother, offer to pay such consideration or advertise that it will be paid».

283 Letteralmente: «No person shall accept consideration for arranging for the services of a surrogate mother, offer to make such an arrangement for consideration or advertise the arranging of such services».

*intermediaries*», infine, statuisce che nessuno può pagare un compenso ad un'altra persona per organizzare i servizi di una madre surrogata, offrirsi di pagare tale compenso o pubblicizzarne il pagamento<sup>284</sup>.

L'art. 60 stabilisce che la violazione, tra l'altro, dell'art. 6, è punita con la multa non superiore a 500.000 dollari canadesi o con la reclusione fino a dieci anni, o con entrambe; in caso di *summary conviction*, è prevista una multa fino a 250.000 dollari o la reclusione fino a quattro anni, o entrambe.

La prima fattispecie (art. 6 (1)) incrimina la mercificazione diretta della madre surrogata, ossia la retribuzione del servizio da quella offerto. La scelta del legislatore, tuttavia, è stata quella di punire soltanto chiunque corrisponda («*pay*»), offra («*offer*») o pubblicizzi («*advertise*») un pagamento («*consideration*») alla gestante, a prescindere – nel silenzio della norma – che si tratti del committente la gravidanza o che si tratti di un semplice intermediario che agisca per conto del primo. Non è stata, invece, prevista l'incriminazione della madre surrogata per la ricezione o la semplice accettazione del corrispettivo<sup>285</sup>. Quello che emerge è un modello normativo di paternalismo indiretto volto a tutelare la dignità della gestante per altri<sup>286</sup> a prescindere dalla sussistenza del suo libero consenso, ma senza per questo coinvolgerla – pur essendo controparte del contratto illecito – nell'area del penalmente rilevante.

L'incriminazione, accanto all'esecuzione del pagamento, anche della semplice offerta, e persino della pubblicizzazione della disponibilità, dimostra l'intenzione del legislatore di procedere a un arretramento della soglia di rilevanza penale del fenomeno, sino a coprire condotte sostanzialmente riconducibili al mero tentativo. Tuttavia, la previsione della medesima pena per ciascuno di questi diversi comportamenti lascia trasparire una scelta di politica criminale dai tratti irragionevoli, a cui solo il giudice potrà rimediare irrogando – all'interno della cornice edittale prevista – una pena proporzionata al disvalore del fatto contestato, in ossequio al principio di proporzione della pena inflitta, di cui all'art. 718.1 del codice penale canadese<sup>287</sup>, qualificato come «*Fundamental principle*» della sentenza di condanna («*Sentencing*»)<sup>288</sup>.

Con la previsione della seconda fattispecie (art. 6 (2)), che punisce l'intermediario a titolo oneroso, la mercificazione della maternità surrogata, e dunque la violazione della dignità della stessa, è stata contrastata solo indirettamente, impedendo che terzi facilitino la conclusione di tali contratti traendovi un vantaggio economico, anche se, per ipotesi, le parti in causa abbiano stipulato un accordo a titolo gratuito, cioè senza la previsione di una retribuzione per la gestante.

Riguardo alla pubblicizzazione dall'opera di intermediazione, sebbene il legislatore non abbia specificato che anche tale condotta debba essere finalizzata a percepire un corrispettivo, deve ritenersi, in base all'interpretazione sistematica della norma e secondo una considerazione assiologicamente convergente delle condotte ivi alternativamente incriminate, che anche che colui che pubblicizzi il suo

284 Letteralmente: «No person shall pay consideration to another person to arrange for the services of a surrogate mother, offer to pay such consideration or advertise the payment of it».

285 Così E. Nelson, *Law, Policy and Reproductive Autonomy*, Oxford, Hart Publishing, 2014, Part 4, Chap. 9, Para III, A.

286 Nella sezione 2(b), il Parlamento canadese dichiara che «the benefits of assisted human reproductive technologies and related research for individuals, for families and for society in general can be most effectively secured by taking appropriate measures for the protection and promotion of human health, safety, dignity and rights in the use of these technologies and in related research».

287 Criminal Code (R.S.C., 1985, c. C-46), in *Justice Laws Website*, <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-46/section-718.1.html>.

288 «A sentence must be proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender». Sull'argomento si vedano M.-E. Sylvestre, *The (Re)Discovery of the Proportionality Principle in Sentencing in Ipeelee: Constitutionalization and the Emergence of Collective Responsibility*, in *The Supreme Court Law Review: Osgoode's Annual Constitutional Cases Conference*, 2013, vol. 63, pp. 461 ss.; G.M. Vagliasindi, *Introduzione allo studio del diritto penale canadese. I principi*, Padova, Cedam, 2012, pp. 104 ss.

servizio debba perseguire un fine di lucro.

Anche in questo caso il legislatore ha irragionevolmente equiparato il disvalore di fatti collocati su traiettorie temporali differenti sul piano dell'offesa al bene giuridico, poiché la pena comminata è la stessa per la condotta propriamente esecutiva dell'organizzazione del servizio dietro corrispettivo e per quelle prodromiche dell'offerta dell'organizzazione e della sua pubblicizzazione.

La terza fattispecie (art. 6 (3)), infine, incrimina delle condotte speculari a quelle punite dall'art. 6 (2), ossia il pagamento del servizio di intermediazione o il tentativo (nelle forme, autonomamente tipizzate, dell'offerta e della pubblicizzazione del pagamento) di reclutamento di un intermediario a titolo oneroso. Si ripropongono, anche in questo caso, i medesimi dubbi relativi all'irragionevole sperequazione derivante dalla previsione di un identico trattamento punitivo per comportamenti che offendono il medesimo bene giuridico con un impatto offensivo diverso e progressivamente meno intenso quanto più gli stessi si allontanano dal momento del pagamento della retribuzione al soggetto terzo.

### 13.2. Il divieto della maternità surrogata per donne infraventunenni e le condotte incriminate

L'art. 6 (4) vieta a chiunque di consigliare («*counsel*») a una donna di, o di indurla a («*induce*»), diventare una madre surrogata, o di applicarle una procedura di assistenza medica a ciò finalizzata («*perform any medical procedure to assist*»), sapendo o avendo ragione di credere che si tratta di una infraventunenne<sup>289</sup>. Anche questo reato è punito con le medesime ingenti sanzioni che l'art. 60 commina, generalmente, per tutte le fattispecie delineate nell'art. 6.

La disposizione sembra mirata a tutelare la libertà di scelta e la salute psicofisica delle donne particolarmente giovani, quand'anche maggiorenne infraventunenni, che potrebbero non essere ancora in grado di valutare i rischi psicofisici connessi alla decisione di sottoporsi a interventi medici finalizzati al concepimento di un bambino allo scopo di destinarlo alle cure di terze persone, anche se queste ultime siano geneticamente legate allo stesso. Tuttavia, secondo l'*Health Canada*, la norma sarebbe volta a ridurre il rischio che le giovani donne vengano sfruttate<sup>290</sup>, così attribuendole la medesima *ratio* di tutela dei reati in materia di commercializzazione della maternità surrogata, ma sostanzialmente inquadrandola come reato ostativo, dato che la dignità della gestante, secondo questa interpretazione, verrebbe tutelata in via indiretta e meramente eventuale.

La norma incrimina condotte alternative, accomunate dallo specifico soggetto passivo, ossia la madre surrogata infraventunenne: le prime due puniscono il contributo psichico da chiunque fornito alla madre surrogata nella decisione di divenire tale; la terza punisce il contributo materiale, e specificamente quello medico, all'attuazione del suo proposito, così sostanzialmente configurandosi come reato soggettivamente qualificato. In tutte e tre le ipotesi, la *littera legis* indica che la *mens rea* richiesta per l'integrazione dei reati non si esaurisce in quella forma di dolo incarnata dalla *knowledge*<sup>291</sup>, inve-

289 Letteralmente: «No person shall counsel or induce a female person to become a surrogate mother, or perform any medical procedure to assist a female person to become a surrogate mother, knowing or having reason to believe that the female person is under 21 years of age».

290 Government of Canada, *Prohibitions Related to Surrogacy*, February 5, 2020 in <https://www.canada.ca/en/health-canada/services/drugs-health-products/biologics-radiopharmaceuticals-genetic-therapies/legislation-guidelines/assisted-human-reproduction/prohibitions-related-surrogacy.html>.

291 Si veda, in generale sulla *knowledge* come forma di *mens rea* meno intensa dell'*intention*, K. Roach, *Criminal Law*, 3<sup>rd</sup> Edition,

stendo anche l'ignoranza colposa dell'età della donna, che una persona ragionevole avrebbe evitato adottando le opportune cautele<sup>292</sup> («*knowing or having reason to believe that the female person is under 21 years of age*»).

### 13.3. Il divieto di rimborsare la madre surrogata per le spese sostenute al di fuori dai casi previsti dai regolamenti

Accanto al divieto di pagare un corrispettivo alla madre surrogata, l'*AHRA* ha vietato il rimborso delle spese sostenute dalla stessa, quando avvenuto in difformità a quanto previsto negli appositi regolamenti (art. 12 (1) (c)) e, in ogni caso, quando non sia stata fornita una ricevuta delle spese affrontate (art. 12 (2)). Si vieta, inoltre, di rimborsare alla gestante il mancato guadagno lavorativo dovuto alla gravidanza, a meno che vi sia una certificazione medica che attesti i rischi sanitari – per la salute della stessa donna, dell'embrione o del feto – inerenti alla prosecuzione dell'attività lavorativa, e si tratti di un rimborso avvenuto conformemente ai regolamenti (art. 12 (3)).

Per la violazione – tra l'altro – dell'art. 12, l'art. 61 commina la multa non superiore a 250.000 dollari canadesi o la reclusione fino a cinque anni, o entrambe; in caso di *summary conviction*, è prevista una multa fino a 100.000 dollari o la reclusione fino a due anni, o entrambe.

Come affermato nella giurisprudenza della Corte suprema, «*L'article 12 complète les art. 6 et 7 en assouplissant quelque peu le régime strict qu'ils créent et, dans une certaine mesure, en définissant la portée des interdictions qu'ils prévoient*»<sup>293</sup>. In altre parole, il divieto di rimborsi non consentiti dai regolamenti estende la tutela che già l'art. 6 apporta alla dignità della madre surrogata contro l'indebita mercificazione del suo corpo. La disposizione, al contempo, definisce non solo il *discrimen* "esterno" tra il rimborso illecito e la vera e propria commercializzazione del corpo femminile, più gravemente punita, ma anche quello "interno" tra il rimborso illecito e il rimborso consentito dalla legge attraverso il rinvio ai regolamenti attuativi.

Per lungo tempo è mancata una formale disciplina dei rimborsi consentiti, invero richiesta dalla sezione 12 ed essenziale per la sua stessa applicazione. I conseguenti dubbi in ordine all'entità della somma lecitamente rimborsabile e alle spese ammesse, hanno fatto ritenere che la norma non fosse da considerarsi in vigore fino all'emanazione dei regolamenti<sup>294</sup>. Solo con l'adozione delle *Reimbursement Regulations* del 2019 (SOR/2019-193), il vuoto normativo è stato colmato<sup>295</sup>.

Toronto, Irwin Law mc, 2004, pp. 154 ss.

<sup>292</sup> Id., *ivi*, p. 13.

<sup>293</sup> Jugements de la Cour suprême, Renvoi relatif à la *Loi sur la procréation assistée*, 2010 CSC 61, [2010] 3 R.C.S. 457, en appel de Québec, § 290, in *Supreme Court of Canada*, <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/7905/index.do>.

<sup>294</sup> Così F. Baylis, J. Downie, D. Snow, *Fake it Till You Make it: Policymaking and Assisted Human Reproduction in Canada*, in *Journal of Obstetrics and Gynaecology Canada*, June 2014, p. 511; S. Carsley, *Regulating Reimbursements*, cit., p. 812.

<sup>295</sup> Reimbursement Related to Assisted Human Reproduction Regulations (SOR/2019-193), in *Government of Canada – Justice Laws Website*, <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/regulations/SOR-2019-193/index.html>.

## 14. Conclusioni in chiave comparata: quali prospettive per l'ordinamento italiano?

A fronte delle molteplici e articolate scelte di incriminazione adottate dagli ordinamenti analizzati, emerge con chiarezza come la strategia di politica criminale adottata dalla legge italiana appaia approssimativa, sul piano della tecnica di redazione delle fattispecie incriminatrici, ed eccentrica, su quello della selezione dei soggetti potenzialmente responsabili dei fatti di reato.

L'intera gamma dei reati in materia è contenuta in una breve formula normativa che, se interpretata in senso estensivo, potrebbe essere in grado di attrarre nella sfera della responsabilità penale qualunque condotta compiuta nell'ambito del fenomeno in esame: l'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 19 febbraio 2004, prevede che «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». Anche la legislazione italiana, come la maggior parte di quelle straniere analizzate, ha dunque fatto ricadere i fatti di maternità surrogata nell'area di intervento del diritto penale: fanno eccezione la Spagna e la maggior parte degli Stati Uniti, in cui non figurano specifiche fattispecie illecite in materia, l'Austria, in cui la pratica è contrastata indirettamente, attraverso l'applicazione delle più generali sanzioni amministrative previste per gli illeciti in materia di P.M.A., la Germania, rispetto al solo illecito amministrativo di pubblicizzazione.

Come si è potuto notare, tutti gli ordinamenti in cui sono incriminati i fatti connessi alla surrogazione di maternità, presentano delle precise definizioni della stessa, essenziali per stabilire quali fatti siano da considerarsi illeciti; addirittura in Germania vi sono due distinte definizioni del fenomeno, una rilevante per l'interpretazione delle fattispecie di reato in materia di procreazione medicalmente assistita, l'altra nell'ambito della normativa penale in materia di intermediazione nell'affidamento del minore. Invece, la prima evidente lacuna della legge italiana si fonda proprio sulla mancanza di una definizione legislativa della surrogazione di maternità, tale da compromettere l'esatta interpretazione delle condotte da incriminare, e da pregiudicare il rispetto del principio di tassatività/precisione<sup>296</sup>. L'omissione stride con la presa d'atto che l'espressione non integra un elemento puramente descrittivo della norma, ma presenta piuttosto una natura ambivalente, in parte scientifica e in parte giuridica: prendendo a parametro interpretativo le scienze biologiche, la formula potrebbe indicare la sola attuazione della tecnica procreativa in ambito sanitario, mentre dal punto di vista del diritto privato, potrebbe riferirsi, alternativamente, alla previa conclusione dell'accordo tra il singolo o la coppia committente e la donna incaricata di sostenere la gravidanza, o alla sua successiva esecuzione mediante la consegna del bambino alla committente.

Nessun altro riferimento testuale consente di circoscrivere il significato dell'espressione, ma, anzi, l'apposizione della clausola «in qualsiasi forma» induce a ritenere che ogni tipologia di surrogazione di maternità sia vietata<sup>297</sup>: sia a titolo oneroso sia a titolo gratuito, sia se attuata con l'utilizzo dei ga-

<sup>296</sup> In tal senso, rileva il contrasto della norma con l'art. 25, comma 2, Cost., A. Vallini, *La schiava di Abramo*, cit., p. 902; Id., *Surrogazione di normatività. L'impianto dello sterile delitto di "gestazione per altri" in argomentazioni privatistiche*, in *Criminalia*, 2019, pp. 233, 236 ss. La carenza di precisione della norma era stata rilevata già da E. Dolcini, *La procreazione medicalmente assistita: profili penalistici*, in *Il governo del corpo*, S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti (a cura di), vol. II, t. II del *Trattato di biodiritto*, S. Rodotà, P. Zatti (dir.), Milano, Giuffrè, 2011, p. 1551. Conf. T. Trincherà, *Limiti spaziali all'applicazione della legge penale italiana e maternità surrogata all'estero*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2017, 4, p. 1395.

<sup>297</sup> Così, pur criticando le opzioni di tutela perseguite dal legislatore, E. Dolcini, *La procreazione medicalmente assistita: profili*

meti dei committenti sia se realizzata con i gameti di eventuali donatori o con l'ovocita della stessa gestante<sup>298</sup>.

L'unica certezza riguarda la collocazione dell'intervento repressivo nell'ambito della legge sulla procreazione medicalmente assistita, con conseguente esclusione, quindi, della gestazione per altri attuata attraverso le vie naturali.

Ad aggravare la mancanza di una definizione legislativa, concorre l'utilizzo della generica espressione "realizzare" per indicare la condotta incriminata in via principale dalla disposizione, accanto a quelle di organizzazione e di pubblicizzazione della pratica, di maggiore comprensione ma comunque affette, anch'esse, da un certo tasso di imprecisione.

Il principale nodo ermeneutico, quindi, attiene all'individuazione dei fatti sussumibili nella fattispecie di realizzazione della surrogazione di maternità.

Non sembra potersi ritenere, come invece ha fatto la dottrina minoritaria, che la fattispecie incrimini la mera stipulazione dell'accordo tra le parti, finalizzata alla successiva sottoposizione alla P.M.A. della donna appositamente reclutata e alla successiva consegna del bambino partorito dalla stessa ai soggetti committenti la gravidanza<sup>299</sup>. In primo luogo, a lasciare deporre in senso contrario è il tenore letterale dell'art. 12, co. 6, ove il legislatore non ha fatto alcun riferimento esplicito all'accordo di surrogazione<sup>300</sup>, preferendo piuttosto ricorrere a un'espressione ("realizzare") che sicuramente meglio si attaglia alla fase attuativa del patto, susseguente a quella della stipula. Inoltre, è il rispetto del principio di materialità a esigere che, per integrare il reato in esame, non basti un mero accordo tra le parti, qualora non seguito da una sua esteriorizzazione in fatti concludenti in cui il proposito crimino-

*penalistici*, cit., p. 1551; G. Losappio, *Procreazione assistita*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, F. Palazzo, C.E. Paliero (a cura di), Padova, Cedam, 2007, p. 1062; L. Riscato, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire». Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 52; I. Corti, *La maternità per sostituzione*, in *Il governo del corpo*, cit., p. 1490; D. Pulitanò, *Surrogazione di maternità all'estero. Problemi penalistici*, in *Cassazione penale*, 2017, 4, p. 1372.

298 *Contra* A. Vallini, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 144 ss., 154; Id., *La schiava di Abramo*, cit., p. 903; Id., *Surrogazione di normatività*, cit., p. 244 ss. L'A. ritiene che il legame tra la fattispecie e la sottoposizione della donna, appositamente reclutata, all'assistenza medica alla procreazione, fondato sulla collocazione sistematica del delitto nel corpo della legge 40, trovi la sua cifra di ragionevolezza nel solo caso della surrogazione di maternità totale, ossia quando l'ovocita sia fornito dalla stessa committente o da una terza donna, poiché questa è l'unica ipotesi di dissociazione della maternità a potere essere realizzata esclusivamente attraverso tecniche artificiali. L'opposto caso della surrogazione parziale (che si verifica quando la stessa gestante abbia partecipato con il proprio ovocita alla fecondazione) potrebbe invece trovare sostanzialmente compimento, in modo lecito (almeno nella fase del concepimento), anche attraverso le vie naturali, laddove la gestante abbia acconsentito a cedere il bambino agli aspiranti genitori sociali dopo il parto: in tal senso, non si comprenderebbe il disvalore connesso alla sua realizzazione mediante l'applicazione della P.M.A., se non per l'applicazione delle tecniche in assenza dei requisiti soggettivi previsti dall'art. 5 della legge 40, punita come illecito amministrativo ai sensi dell'art. 12, comma 2.

299 In tal senso sembrano deporre C. Casini, M. Casini, M.L. Di Pietro, *La legge 19 febbraio 2004, n. 40, "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita"*. *Commentario*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 169, secondo cui «la proibizione della maternità surrogata, sia che la si voglia far derivare dall'art. 4 e dall'art. 12, sia che la si derivi solo dall'art. 12, rende sicuramente illecito il contratto di maternità sostitutiva».

300 Cfr. A. Vallini, *Illecito concepimento e valore del concepito*, cit., p. 144, secondo cui «Se il legislatore avesse inteso diversamente, avrebbe dovuto utilizzare verbi quali "stipulare" o "concludere" un contratto (illecito) volto ad attribuire l'incarico alla madre sostitutiva [...]. La fase del semplice accordo si colloca in un momento puramente preliminare, inadatto a rilevare finanche nei termini di un tentativo, difficilmente potendosi riscontrare una "idoneità" ed "univocità" verso la realizzazione della pratica quando ancora alcuni dei soggetti coinvolti abbiano soltanto promesso, senza essersi materialmente sottoposti al protocollo medico».

so trovi concretizzazione. Non a caso, gli ordinamenti analizzati definiscono la maternità surrogata attraverso il riferimento all'accordo tra le parti o all'intenzione della gestante su commissione, al solo scopo di identificare il fenomeno e di conferire un significato ben determinato e circoscritto alle condotte incriminate: queste ultime sono collocabili in fasi temporali successive e su piani soggettivi differenti da quelli propri della stipulazione del patto, che ne costituisce il mero presupposto. L'unica chiara scelta contraria si rinviene negli Stati Uniti, in cui le due legislazioni analizzate, il Michigan e la Louisiana, puniscono i contraenti soltanto in alcune particolari ipotesi, e nel Canada, per ciò che concerne l'incriminazione del committente per il pagamento della madre surrogata e per l'induzione della donna infraventunenne a sottoporsi alla gestazione per altri. Nel panorama europeo, gli unici riferimenti alla contrattazione illecita delle parti si rinvergono nella legislazione portoghese, in cui, comunque, non sono mancati contrasti interpretativi circa il significato da attribuire all'espressione «*concretizar contratos de gestação de substituição*», se cioè sia riferibile alla stipulazione o all'esecuzione del contratto di gestazione sostitutiva. Ipotizzando che la mera stipulazione possa integrare la fattispecie, quindi, il nostro ordinamento finirebbe per rappresentare il più intransigente tra quelli qui analizzati; a questa conclusione potrebbe giungersi anche nel confronto con gli Stati nordamericani, tenendo conto che la normativa italiana non prevede alcuna delimitazione formale del campo applicativo delle norme incriminatrici, così come è riscontrabile in quegli ordinamenti.

Un'altra possibile opzione esegetica, abbracciata dalla dottrina maggioritaria, considera l'esecuzione dei trattamenti procreativi come realizzazione della surrogazione di maternità, con la conseguenza che il medico interveniente sarebbe il solo possibile autore del reato, mentre tutti gli altri soggetti coinvolti nell'ideazione o nell'esecuzione del fatto potrebbero rivestire il ruolo di concorrenti eventuali, ivi compresi i committenti e la stessa madre surrogata<sup>301</sup>. Quest'ultimo esito è avvalorato dal mancato riferimento al comma 6 nella clausola di non punibilità contenuta nel comma 8 dell'art. 12, ove si esclude la responsabilità dell'uomo e della donna a favore dei quali il medico applica le tecniche in violazione dei commi 1, 2, 4 e 5. Così intesa, la fattispecie andrebbe collocata tra gli «illeciti di concepimento»<sup>302</sup> e si allineerebbe a quelle omologhe presenti negli ordinamenti tedesco, danese e svizzero (nei quali, comunque, il reato di esecuzione sanitaria degli interventi di P.M.A. su una madre surrogata è delineato con grande precisione, anche grazie al rinvio alle relative definizioni legislative), salvo che per la presenza, nei primi due, di una previsione che esclude la responsabilità della madre surrogata e, soltanto in quello tedesco, anche di una clausola di esclusione della punibilità dei soggetti committenti. Anche seguendo questa interpretazione, quindi, la legge italiana si presenterebbe come la più rigorosa tra quelle europee esaminate, nella prospettiva della responsabilizzazione dei soggetti direttamente o indirettamente coinvolti nella procedura medica.

Infine, una terza linea interpretativa del concetto di "realizzazione" della pratica si fonda sul tentativo di individuare il bene giuridico protetto dalla fattispecie non nella dignità della gestante, su cui sono orientate, prevalentemente, le precedenti opzioni ermeneutiche<sup>303</sup>, ma sullo stato civile del mino-

301 Così E. Dolcini, *La procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 1551; ID., *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 *Notizie di Politeia*, 2014, p. 115, p. 81; A. Vallini, *Illecito concepimento e valore del concepito*, cit., pp. 144-145, che ritiene che il reato si perfezioni con il «compimento del protocollo», cioè con il trasferimento in utero dell'embrione creato *in vitro* o, a seconda della tecnica utilizzata, con l'inseminazione *in vivo*; ID., *La schiava di Abramo*, cit., p. 905. In tal senso sembra deporre anche F. Mantovani, *Procreazione medicalmente assistita e principio personalistico*, in *Legislazione penale*, 2005, 3, p. 337.

302 L'espressione è stata enucleata da A. Vallini, *Surrogazione di normatività*, cit., p. 239. Si veda già ID., *Illecito concepimento e valore del concepito*, p. 50.

303 Sulle questioni prospettabili in ordine all'individuazione della dignità della gestante come bene giuridico protetto dalla fattispecie, si consenta il rinvio, anche per la dottrina ivi riportata, a V. Tigano, *Il delitto di surrogazione di maternità come li-*

re<sup>304</sup>. Il reato, in tal senso, sarebbe integrato dalla consegna del minore ai committenti, che verrebbe a segnare il momento consumativo<sup>305</sup>, mentre il previo accordo tra le parti coinvolte e l'applicazione delle tecniche di P.M.A. sulla donna a tal fine reclutata, andrebbero a rappresentare degli ineliminabili presupposti del fatto, ma non delle condotte autonomamente incriminate dalla fattispecie<sup>306</sup>: è nel momento della consegna del minore, infatti, che sorgerebbe il pericolo che venga alterato il suo stato civile, attraverso il probabile successivo compimento di condotte di falso, violazioni o elusioni delle norme civilistiche sull'attribuzione dei rapporti di genitorialità. Autori del fatto di reato sarebbero, quindi, i soggetti contraenti che diano esecuzione all'accordo, cioè la madre surrogata e gli stessi committenti, rispetto ai quali il contributo del sanitario o di qualunque altro intermediario potrebbe essere punibile come concorso eventuale nel reato proprio. Solo guardando alla legislazione portoghese, si potrebbe giungere a una simile soluzione ermeneutica, se si aderisce all'orientamento secondo cui l'espressione «*concretizar contratos de gestação de substituição*» farebbe riferimento all'esecuzione del patto attraverso la cessione e la speculare ricezione del minore<sup>307</sup>. In nessun altro degli ordinamenti analizzati è stata compiuta la scelta di punire la cessione del minore partorito dalla madre surrogata attraverso una fattispecie *ad hoc*. Adottare questa interpretazione, per quanto singolare sul piano comparatistico, non significherebbe escludere dalla punibilità il medico, potenzialmente responsabile della diversa fattispecie di organizzazione della surrogazione di maternità, ma consentirebbe di evitare di punire la madre surrogata e i committenti per il fatto di avere concluso un accordo o di avere partecipato alla procedura di assistenza medica alla procreazione, nell'ipotesi in cui a queste fasi non segua la cessione del minore (a causa del mancato successo delle tecniche, di un'interruzione di gravidanza, o dell'eventuale indisponibilità degli stessi a portare a termine il proprio iniziale proposito) e non possa più verificarsi, dunque, alcuna alterazione delle sue relazioni familiari.

mite di ordine pubblico al riconoscimento dei provvedimenti stranieri in materia di status filiationis, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2021, 3, pp. 1052 ss.

- 304 Tuttavia, A. Vallini, *Illecito concepimento e valore del concepito*, cit., p. 153; Id., *La schiava di Abramo*, cit., p. 904; Id., *Surrogazione di normatività*, cit., p. 242 ss., pur ritenendo che la fattispecie punisca l'intervento medico di applicazione delle tecniche, ritiene che il suo scopo sia quello di «prevenire l'instaurarsi di una situazione non pienamente giuridicizzabile e per intima vocazione esposta al rischio di contenziosi non riducibili in termini costituzionalmente compatibili. Un reato, perciò, che ricava la propria laica legittimazione in una strumentalità rispetto ad un razionale progetto di implementazione del valore fondamentale della maternità; cioè in quanto volto a prevenire situazioni radicalmente inconciliabili con quel progetto».
- 305 Così G. Rocchi, *Procreazione assistita: sanzioni e controlli*, in A. Buccelli (a cura di), *Produrre uomini. Procreazione assistita: un'indagine multidisciplinare*, Firenze, Firenze University Press, 2006, p. 280; A. Spena, *Una storia semplice? Surrogazioni, alterazioni, falsificazioni*, in *Rivista italiana di medicina legale e delle assicurazioni*, 2015, 4, pp. 1548-1549; T. Trinchera, *Limiti spaziali all'applicazione della legge penale italiana e maternità surrogata all'estero*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2017, 4, pp. 1402-1403; V. Tigano, *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi. Modelli di bilanciamento tra tutela del minore e libertà civili nella PMA*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 366 ss., 380-381.
- 306 Si consenta il rinvio a V. Tigano, *I limiti dell'intervento penale*, cit., p. 383 ss. Invece A. Spena, *Una storia semplice?*, cit., p. 1549, pur ritenendo il reato consumabile solo con la consegna del minore ai committenti, afferma che tutte le condotte implicate nel fenomeno, dall'accordo, all'esecuzione del protocollo medico, alla stessa consegna, siano egualmente punibili ai sensi dell'art. 12, comma 6, e che i soggetti che, rispettivamente, le pongano in essere siano «tutti i soggetti necessari del fatto». Sulla stessa linea, che solleva diversi interrogativi di difficile risolvibilità in ordine alla natura del reato così inteso, si veda anche T. Trinchera, *Limiti spaziali*, cit., p. 1402. Invece G. Rocchi, *Procreazione assistita*, cit., p. 280, afferma che le condotte precedenti, qualora la consegna del bambino non avvenga, sarebbero punibili soltanto a titolo di tentativo.
- 307 In questo senso, L. Vale e Reis, *Responsabilidade Penal na Procriação Medicamente Assistida*, cit., p. 90. *Contra* M.M. Silva Pereira, *Gerar uma criança para outros*, cit., p. 1602, che invece ritiene che il termine "concretizãõ" vada inteso come sinonimo di "celebraçãõ", cioè come espressivo della stipulazione del contratto.

Qualunque delle tre interpretazioni segnalate si accolga, il sistema normativo italiano si presenta comunque come il più rigoroso in relazione alla scelta di incriminare le condotte della madre surrogata e dei committenti.

Guardando alle fattispecie di organizzazione e di pubblicizzazione della surrogazione di maternità, l'unica certezza attiene all'intenzione legislativa di incriminare soggetti terzi per il fatto di agevolare o promuovere pubblicamente l'esecuzione degli accordi, sebbene la formulazione della norma appaia laconica rispetto alle descrizioni più dettagliate delle omologhe fattispecie di intermediazione e di pubblicizzazione presenti negli altri ordinamenti esaminati. Si pensi, per citare la normativa più precisa, al Regno Unito, dove si riscontrano fattispecie estremamente elaborate in materia di intermediazione su base commerciale e di pubblicizzazione della pratica, rispetto a cui si registra un ammirevole sforzo di tipizzazione desumibile dal ricorso ad articolate definizioni legislative.

In assenza di ulteriori precisazioni normative, può dirsi che responsabile del reato di organizzazione sia chiunque predisponga i mezzi idonei a consentire che una donna, in esecuzione di un precedente accordo con un terzo, si sottoponga alle tecniche di P.M.A. allo scopo di consegnare in via definitiva il minore al committente; e ciò a prescindere che si tratti di un'attività esercitata in modo professionale o continuativo, o comunque dietro pagamento di un compenso. Quest'ultimo dato, alla luce del quale dovrebbe considerarsi punibile anche l'intermediario per esclusivi scopi solidaristici, che non persegua né consegua alcun compenso, allinea la legge italiana a quelle di una minoranza degli altri Stati esaminati, ove si incriminano le condotte di intermediazione *tout court*, salvo prevedere, nel caso dell'ordinamento tedesco e di quello francese, delle aggravanti per la loro realizzazione a fini di lucro. Tra gli Stati europei analizzati, l'Olanda, la Grecia, il Regno Unito e il Portogallo presentano legislazioni meno restrittive sul punto: la prima incrimina l'intermediazione eseguita in forma professionale o imprenditoriale; la seconda punisce soltanto l'intermediazione o la prestazione di un servizio in cambio di un corrispettivo; il terzo reprime la sola intermediazione su base commerciale; l'ultimo prevede la punibilità dei soggetti terzi se traggano un vantaggio economico dalla stipulazione o se promuovano accordi contrari alle condizioni normativamente poste. In questa direzione si muovono anche i sistemi normativi degli Stati nordamericani, in cui è incriminata soltanto la promozione degli accordi contrari alle prescrizioni di legge.

Criticità e considerazioni similari riguardano il reato di pubblicizzazione, sebbene anche gli altri ordinamenti europei analizzati puniscano questa condotta a prescindere dal conseguimento di un compenso o dal suo eventuale svolgimento in forma professionale o imprenditoriale. Invece, sul piano del rispetto del principio di tassatività, il nostro ordinamento si distingue negativamente, ancora una volta: anche rispetto al reato di pubblicazione, la legge si presenta come imprecisa e reticente, non dando modo di affermare con certezza se l'attività punibile sia quella che pubblicizza la disponibilità di uno dei due aspiranti contraenti, del medico, dell'intermediario o di tutte le precedenti figure soggettive.

Infine, va dato uno sguardo alle pene comminate per i reati di surrogazione dalla legge n. 40/2004, che sono irragionevolmente le medesime per tutte le figure delittuose previste e per tutti i soggetti coinvolti nella loro esecuzione, alla stregua di quanto osservato nella legislazione greca e in quella canadese. Politiche sanzionatorie differenti sono state adottate, ad esempio, nel Michigan, in cui le pene sono proporzionalmente più alte per i reati di surrogazione di maternità realizzati su donne particolarmente vulnerabili, e in Portogallo, ove è stato addirittura apprestato un sistema di sanzioni differenziato e proporzionato per la madre surrogata, per il committente, per gli intermediari e i pubblicizzatori, con ulteriori distinzioni del massimo edittale applicabile a seconda che l'accordo sia stato concluso a titolo oneroso o in contrasto con le generali condizioni legislative che regolano i contratti di surrogazione. Sul piano della pena pecuniaria comminata, poi, la legislazione italiana rappresenta un *unicum* nel panorama internazionale, a causa dell'elevatissima cornice edittale prevista, che arriva fino a un milione di euro di multa.

In conclusione, sarebbe preferibile che il legislatore si prodigasse per chiarire, una volta per tutte,

quali condotte e quali soggetti punire, più che per tentare di introdurre un'applicazione extraterritoriale incondizionata delle attuali fattispecie. Tanto più se si pensa che l'incriminazione della madre surrogata e dei committenti per avere eseguito l'accordo in un Paese straniero, al di fuori delle condizioni indicate nell'art. 9 del codice penale, rappresenterebbe un esito stridente con le scelte astensionistiche – e anche con quelle parzialmente interventistiche riscontrabili in contesti normativi di generale regolamentazione del fenomeno – adottate nei Paesi oggetto della presente disamina, oltre che intrinsecamente irragionevole alla luce dell'inopportunità, sul piano assiologico, di annoverare la surrogazione di maternità tra i crimini universali<sup>308</sup>.

---

<sup>308</sup> Si veda M. Pelissero, *Surrogazione di maternità: la pretesa di un potere punitivo universale. Osservazioni sui d.d.l. A.C. 2599 (Cargagna) e 306 (Meloni)*, in *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 2021, 2, pp. 35-36.