

LA NUOVA PORTATA EXTRATERRITORIALE DEL DELITTO DI SURROGAZIONE DI MATERNITÀ: LA GIURISDIZIONE ALL'INSEGUIMENTO DEI CITTADINI OLTRECONFINE TRA AMBIGUITÀ FUNZIONALI E TENSIONI SOVRANAZIONALI

di Luca Tumminello
(*Professore associato di diritto penale,
Università di Palermo*)

Sommario: 1. Premessa. – 2. La retorica fuorviante del “reato universale”. – 3. L'applicabilità della legge penale italiana a fatti tipici di surrogazione commessi all'estero prima della riforma. La questione della doppia incriminazione. – 4. La *surrogacy* nel segno dell'eccezionalità? Le basi di legittimazione del criterio della personalità attiva incondizionata secondo il diritto internazionale. – 4.1. Doppia incriminazione e fondamento della personalità attiva. – 4.2. La copertura di possibili lacune della *lex loci*: l'obiettivo di evitare forme di *fraude à la loi*. – 4.3 (*Segue*) Incongruenza tra lo strumento adottato e lo scopo perseguito. – 5. Personalità attiva incondizionata e violazione di vincoli discendenti dal diritto dell'Unione europea. – 5.1. La rilevanza del divieto di discriminazione basata sulla nazionalità (art. 18 TrFUE). – 5.1.1. Sull'esistenza di una possibile giustificazione della disparità di trattamento: profili problematici. – 5.2. Restrizioni della libera circolazione delle persone (art. 21 TrFUE) e della libera prestazione dei servizi (art. 56 TrFUE): effetto dissuasivo sull'esercizio di tali libertà fondamentali. – 5.2.1. Sull'esistenza di una possibile giustificazione: motivi legittimi e scopo dello Stato di evitare l'elusione del divieto penale nazionale. Questioni problematiche. – 6. Conclusioni.

1. Dopo un acceso dibattito parlamentare, la l. 4.11.2024 n. 169, entrata in vigore il 3.12.2024¹, ha modificato l'art. 12 della l. 9.2.2004 n. 40, recante “Norme in materia di procreazione medicalmente assistita”. La riforma ha introdotto, al sesto comma, un secondo periodo volto a estendere il divieto penale in materia di surrogazione di maternità anche ai fatti commessi all'estero da cittadini italiani². È rimasta invece invariata la previsione contenuta nel primo periodo, che punisce con la reclusione da

¹ La l. 169/2024, dal titolo “Modifica all'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano”, è stata pubblicata in G.U. 18.11.2024 n. 270.

² Il secondo periodo del co. 6 recita testualmente: «Se i fatti di cui al precedente periodo, con riferimento alla surrogazione di maternità, sono commessi all'estero, il cittadino italiano è punito secondo la legge italiana».

tre mesi a due anni e con la multa da seicentomila a un milione di euro «chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità»³.

Come emerge chiaramente dai lavori parlamentari, l'intervento normativo mira a contrastare il c.d. "turismo procreativo", ovvero il ricorso alla surrogazione di maternità all'estero per eludere il divieto penale nazionale⁴.

³ Per un inquadramento della fattispecie di surrogazione di maternità e un'analisi delle principali questioni che essa pone, in particolare sotto il profilo della determinatezza, v. fra gli altri A. Vallini, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principî, prassi*, Torino 2012, 142 ss.; V. Tigano, *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi*, Torino 2019, 350 ss., cui si rinvia anche per una chiara descrizione delle diverse forme di surrogazione, distinte in base al contributo genetico dei soggetti coinvolti (*ivi*, 346 ss.). Su tali profili, v. da ultimo M. Pelissero, *Surrogazione di maternità oltre confine: una riforma penale che non affronta i nodi urgenti*, in *DirUmDIInt* 2025, 129 ss.; nonché S. Massi, *Sulla "surrogazione di maternità". Aspetti problematici del c.d. reato universale*, in *DPP* 2025, 517 ss.

⁴ V. il *Resoconto stenografico* della seduta del Senato n. 232 del 16.10.2024, in www.senato.it, 8, 48, 98, 107. Dal contenuto di tale documento risulta evidente che l'obiettivo principale della disciplina è la salvaguardia della dignità della donna, in sintonia con l'autorevole presa di posizione della Corte Costituzionale, la quale ha sottolineato come la surrogazione di maternità «offend[a] in modo intollerabile la dignità della donna e min[i] nel profondo le relazioni umane» (C. cost., 18.12.2017 n. 272, in www.cortecostituzionale.it, punto 4.2 del Cons. in dir.; C. cost., 9 marzo 2021 n. 33, *ivi*, punto 5.1 del Cons. in dir.; incidentalmente, C. cost., 28.3.2022 n. 79, *ivi*, punto 5.2.3 del Cons. in dir. e C. cost., 22.5.2025 n. 68, *ivi*, punto 12.1 del Cons. in dir.). V. anche Cass. S.U. 8.11.2022 n. 38162, in *CEDCass*, m. 666544-03, ove, fra l'altro, si legge che «[i]ndipendentemente dal titolo, oneroso o gratuito, e dalla situazione economica in cui versa la madre gestante [...], la riduzione del corpo della donna ad incubatrice meccanica, a contenitore di una vita destinata ad altri, ne offende la dignità, anche in assenza di una condizione di bisogno della stessa e a prescindere dal concreto accertamento dell'autonoma e incondizionata formazione del suo processo decisionale. Nella maternità surrogata il bene tutelato è la dignità di ogni essere umano, con evidente preclusione di qualsiasi possibilità di rinuncia da parte della persona coinvolta» (punto 18 della motivazione). In senso fortemente critico rispetto al richiamo al valore della dignità umana – soprattutto quando intesa in chiave oggettiva e assoluta – quale fondamento della scelta incriminatrice, v. A. Vallini, *La rana che voleva farsi bue e il reato di surrogazione di maternità che voleva farsi universale*, in *Genlus*, 20.2.2024, 18 ss., che mette in guardia contro l'impiego di un lessico estremamente simbolico e stigmatizzante, privo di adeguata «capacità denotativa» e facilmente «asservibile alle più diverse precomprensioni ideologiche». Nello stesso senso V. Tigano, *Giurisdizione extraterritoriale e surrogazione di maternità: criticità dell'adozione incondizionata del criterio di personalità attiva nella legge "Varchi"*, in www.la legislazione penale.eu, 25.10.2024, 23 ss., il quale sottolinea come l'appello alla dignità umana assuma i tratti di un vero e proprio «passe-partout argomentativo», idoneo a neutralizzare ogni scrutinio critico sulla legittimità e proporzionalità dell'intervento penale. V. anche D. Pulitanò, *Surrogazione di maternità all'estero. Problemi penalistici*, in *CP* 2017, 1371 ss., che considera il divieto penale di surrogazione di maternità un'espressione di tutela (indirettamente) paternalistica. Fra i contributi non penalistici, con toni piuttosto accesi, cfr. A. Pisu, *La gestazione per altri: problemi e prospettive tra pregiudizi e complessità*, in *DirFamPers* 2024, 374 ss., che denuncia l'uso autoritario e ideologico del ricorso alla dignità, intesa in senso oggettivo, quale base di giustificazione del divieto assoluto di maternità surrogata (par. 5). Valorizzano, invece, fra gli altri, l'argomento fondato sulla dignità: A. Morace Pinelli, *La maternità surrogata lede sempre la dignità della donna*, in *DirFamPers* 2023, 1258 ss.; A. Renda, *Ancora sulla surrogazione di maternità. Ragioni del divieto e tecniche di tutela del nato*, in *EuDpriv* 2023, 281 ss. (par. 2), con ampi richiami; nell'ambito del diritto penale, con ampie argomentazioni, M. Dova, *Maternità surrogata e diritto penale*, in *RIML* 2015, 917 ss., 927 ss., pur non celando alcuni nodi problematici della disciplina.

Un simile fenomeno è reso possibile dall'esistenza di ordinamenti in cui tale pratica è legalmente ammessa⁵.

Nel presente lavoro si offrono alcuni spunti di riflessione sui principali problemi che il nuovo assetto extraterritoriale della fattispecie solleva sul versante specifico dell'efficacia della legge penale nello spazio. Al di là delle valutazioni etiche o di politica legislativa sulla surrogazione di maternità, ciò che rileva è la verifica della coerenza sistematica dell'intervento normativo e, soprattutto, della sua conformità ai principi e vincoli posti dal diritto sovranazionale.

In apertura, chiarito il significato della modifica legislativa, l'analisi si sofferma sul fondamento teorico del fattore di collegamento adottato, esaminato alla luce delle coordinate offerte dal diritto internazionale. A partire da tale inquadramento preliminare, si evidenziano alcuni profili critici relativi all'effettiva idoneità del criterio prescelto a conseguire l'obiettivo perseguito, ossia quello di evitare forme di *fraude à la loi*.

La seconda parte del lavoro è invece dedicata ad alcuni profili attinenti al diritto dell'Unione europea, ambito rispetto al quale paiono emergere le maggiori criticità⁶.

⁵ Le legislazioni di tipo permissivo si differenziano a seconda che ammettano la surrogazione di maternità c.d. altruistica o quella commerciale, pur con modalità e limiti diversi. Tuttavia, la distinzione tra le due ipotesi risulta spesso labile, in quanto i rimborsi o gli indennizzi previsti nella surrogazione altruistica possono integrare, di fatto, forme di compenso surrettizio. In ogni caso, sia essa gratuita o meno, la surrogazione di maternità si colloca in un contesto di mercato, alimentato da logiche di profitto e sostenuto da soggetti – agenzie, studi legali, cliniche – che offrono, a scopo di lucro, tutti i servizi necessari, a partire dall'incontro tra domanda e offerta. V. sul punto S. Niccolai, *Alcune note intorno all'estensione, alla fonte e alla ratio del divieto di maternità surrogata in Italia*, in *Genlus* 2017, 2, 50 s.; E. Olivito, *Una visione costituzionale sulla maternità surrogata. L'arma spuntata (e mistificata) della legge nazionale*, in *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, a cura di S. Niccolai e E. Olivito, Napoli 2017, 19 ss., la quale sottolinea come il ricorso alla *surrogacy* transnazionale dipenda più dall'attrattiva dei modelli regolatori meno restrittivi offerti all'estero (ad es. clausole sullo stile di vita della gestante, sul parto, sull'eventuale interruzione della gravidanza, sulla coercibilità dell'accordo surrogatorio) che dai divieti interni, come del resto confermano le esperienze di alcuni ordinamenti in cui la surrogazione di maternità è da tempo regolamentata (*ivi*, 7 ss., 11 s.); v. anche M. Dova, *op. cit.*, 928 s. Per una rassegna delle soluzioni adottate nei principali ordinamenti stranieri, in ottica comparatistica, v. V. Tiganò, *La surrogazione di maternità in prospettiva comparata: scelte di politica criminale e modelli regolamentativi di alcuni dei principali ordinamenti europei e nordamericani*, in *Genlus*, 1.2.2024, 1 ss.; con uno sguardo ancora più ampio R. La Russa, A.A. Campolongo e altri, *Le pratiche di maternità surrogata nel mondo: analisi comparatistica tra legislazioni proibizioniste e liberali*, in *RespCivPrev* 2017, 683 ss.

⁶ Si precisa fin da subito che la presente indagine non prende in esame le implicazioni del divieto di maternità surrogata rispetto alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), concentrandosi invece su profili finora meno esplorati relativi all'ambito specifico del diritto dell'Unione europea. Nella giurisprudenza della Corte EDU, le principali questioni si sono poste in riferimento all'art. 8 CEDU – che tutela il diritto al rispetto della vita privata e familiare – con particolare riguardo ai casi di diniego di trascrizione degli atti di nascita di bambini nati all'estero da madre surrogata. In tale contesto, la Corte di Strasburgo ha sottolineato la necessità di garantire una protezione effettiva del minore, soprattutto nei casi in cui sia già costituita una vita familiare, e di

Quando uno Stato membro punisce fatti commessi in un altro Paese UE in cui essi sono leciti, si generano inevitabili tensioni tra l'esercizio della sovranità nazionale e il rispetto dei vincoli discendenti dal diritto unionale, con il rischio di conflitti tra livelli ordinamentali e di effetti regressivi sui processi d'integrazione, che dovrebbero invece fondarsi su un comune nucleo di valori⁷. Sebbene la competenza in materia penale sostanziale e processuale appartenga agli Stati membri, nondimeno il diritto dell'Unione impone limiti al suo esercizio. In particolare, le normative penali nazionali non possono tradursi in discriminazioni nei confronti di soggetti ai quali l'ordinamento dell'Unione riconosce il diritto alla parità di trattamento, né possono comportare restrizioni dell'esercizio delle libertà fondamentali garantite dai Trattati⁸. È evidente che gli Stati membri sono tenuti a rispettare i diritti discendenti dallo *status* di cittadino europeo anche quando rivendicano l'esercizio della giurisdizione penale per fatti commessi fuori dai confini nazionali⁹.

In altri termini, l'estensione extraterritoriale della fattispecie rischia, in prima battuta, di violare il divieto di discriminazione sulla base della mera nazionalità sancito dall'art. 18 TrFUE. Inoltre, essa sembra creare ostacoli, difficilmente giustificabili, all'esercizio di diritti fondamentali come la libera circolazione di cui all'art. 21 TrFUE e la libera prestazione dei servizi riconosciuta dall'art. 56 TrFUE.

predisporre strumenti adeguati, efficaci e celeri per il riconoscimento giuridico del legame genitoriale, eventualmente anche attraverso l'istituto dell'adozione. Tali principi sono stati recepiti dalla Cassazione civile e dalla Corte costituzionale, con alcune sfumature diverse, ma sempre nell'ottica di assicurare la certezza dei rapporti giuridici a tutela degli interessi del nato. Un efficace quadro sintetico in A. Vallini, *La rana che voleva farsi bue*, cit., 5 ss., con gli opportuni richiami giurisprudenziali. In dottrina sono stati sollevati dubbi circa la compatibilità dell'estensione extraterritoriale del divieto penale in materia di maternità surrogata con l'art. 8 CEDU, nella misura in cui tale disciplina incide sulla vita privata e familiare tanto dei genitori intenzionali quanto dei minori, senza apparire proporzionata rispetto agli interessi pubblici perseguiti, anche alla luce del *best interest of the child*. Per i necessari approfondimenti, si rinvia a C. Danisi, *Maternità surrogata come reato "universale": considerazioni di diritto internazionale e dell'Unione europea*, in *Genlus*, 20.2.2024, 9 ss., 13 ss., 17 ss.; v. anche S. Massi, *op. cit.*, 525 ss., la quale, in definitiva, osserva come il legislatore, nel prevedere la nuova portata extraterritoriale della fattispecie, in assenza di una definizione dei parametri per l'attribuzione dello *status filiationis* e per il riconoscimento dei legami familiari derivanti dal ricorso alla pratica, non assicuri una tutela rafforzata nell'ottica dell'interesse superiore del minore (ivi, 529); e, nell'ambito di una più ampia riflessione sulla proporzionalità del nuovo intervento normativo, V. Tigano, *Giurisdizione extraterritoriale*, cit., 46 ss.

⁷ Per un contributo recente e stimolante sulla dialettica tra sovranità nazionale e potestà punitiva nel contesto europeo, cfr. A. Martufi, *La potestà punitiva nel diritto UE. Differenziazione dei modelli di tutela e modulazione delle garanzie penalistiche*, Torino 2024, 38 ss., con ampi riferimenti bibliografici.

⁸ Fra le altre, v. C.G.CE, 2.2.1989, causa C-186/87, *Cowan*, in <https://eur-lex.europa.eu>, punto 19; C.G.U.E, Grande Sez., 26.2.2019, cause riunite C-202/18 e C-238/18, *Rimšėvičs e BCE*, ivi, punto 57; C.G.U.E, 19.11.2020, causa C-454/19, *ZW*, ivi, punto 27.

⁹ N.I. Thorhauer, *Jurisdiktionskonflikte im Rahmen transnationaler Kriminalität. Zur Koordination der Strafgesetze über natürliche Personen und Unternehmen in der Europäischen Union*, Baden-Baden 2019, 520 s.

Si tratta di aspetti particolarmente complessi e delicati, che, per quanto consta, non hanno ancora ricevuto un'attenzione specifica da parte della dottrina penalistica che si è finora occupata del nuovo ambito applicativo della maternità surrogata, almeno per quanto riguarda la compatibilità dell'estensione extraterritoriale con i principi e le libertà sanciti dal TrFUE. Il presente contributo si propone, pertanto, di offrire un primo tentativo di inquadramento teorico della questione.

2. Da più parti, non solo nell'agone giornalistico o nei talk show, si continua ad affermare che la modifica legislativa abbia trasformato il delitto di surrogazione di maternità in "reato universale". In realtà, il riferimento a questa categoria, oltre a generare molti fraintendimenti, non è tecnicamente corretto: il richiamo al "reato universale" sembra immediatamente saldarsi a un criterio di validità extraterritoriale, quello dell'universalità, che nulla ha a che vedere con la nuova estensione spaziale della fattispecie. La nuova disposizione, infatti, non introduce un'ipotesi di giurisdizione universale.

È sufficiente ricordare in questa sede che il nucleo centrale del criterio di universalità, riconosciuto dal diritto internazionale, consente l'applicazione del diritto penale interno a reati particolarmente gravi che offendono interessi della comunità internazionale, intesi come interessi comuni a tutti gli Stati, *indipendentemente da chi li commetta, dal luogo di commissione e dalla persona contro cui siano commessi*¹⁰. Lo Stato che rivendica il criterio di universalità «agisce come agente della comunità

¹⁰ Per tutti G. Werle, F. Jeßberger, *Vor § 3*, in *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*¹³, Band I, Berlin-Boston 2020, 505 ss. Secondo la dottrina più accreditata, la giurisdizione universale si fonda su due principali ragioni: in primo luogo, lo Stato nel cui territorio è stato commesso il reato spesso non è in grado, o non ha la volontà, di tutelare gli interessi giuridici coinvolti e di perseguire le violazioni; in secondo luogo, le condotte lesive degli interessi comuni della comunità degli Stati producono effetti che inevitabilmente ricadono su ciascuno dei suoi membri. In linea di principio, il criterio di universalità è riconosciuto dal diritto internazionale; le questioni più rilevanti riguardano invece la definizione del suo ambito di applicazione e dei suoi limiti. L'elenco dei reati perseguibili in base a tale criterio è tuttora oggetto di dibattito. Secondo la tesi prevalente, la giurisdizione universale si applica esclusivamente ai crimini internazionali – ossia ai crimini di guerra, al genocidio e ai crimini contro l'umanità – nonché a quei reati affermatasi come "universali" nel diritto internazionale consuetudinario (come, ad es., la pirateria). Per un efficace quadro di riferimento, cfr. G. Werle, F. Jeßberger, *op. cit.*, 506 s., con le opportune precisazioni; F. Jeßberger, *Der transnationale Geltungsbereich des deutschen Strafrechts. Grundlagen und Grenzen der Geltung des deutschen Strafrechts für Taten mit Auslandsberührung*, Tübingen 2011, 274 ss., 277 ss.; v. anche K.S. Gallant, *International Criminal Jurisdiction: Whose Law Must We Obey?*, New York 2022, 461 ss., con ampi richiami bibliografici. Nell'ambito della nostra letteratura, per un quadro d'insieme, v. ad es. M. La Manna, *La giurisdizione penale universale nel diritto internazionale*, Napoli 2020, 53 ss., anche per un esame delle basi teoriche della giurisdizione universale (*ivi*, 41 ss.).

internazionale»¹¹. Si tratta, evidentemente, di un meccanismo che opera in assenza di un elemento di collegamento con l'ordinamento dello Stato del foro e che mira a evitare l'impunità di siffatti crimini¹².

È allora facile comprendere perché il criterio di universalità non abbia alcuna attinenza con la nuova disciplina sulla surrogazione di maternità¹³. La riforma prevede sì la perseguibilità di fatti di surrogazione commessi all'estero, ma richiede che l'autore del reato sia *cittadino italiano*. Si traccia, dunque, una connessione con l'ordinamento domestico per il tramite del peculiare statuto personale del reo.

Alla luce di queste considerazioni, è evidente che il criterio adottato dal legislatore per estendere l'applicabilità della fattispecie all'estero sia quello della *personalità attiva*, in virtù del quale si applica la legge penale dello Stato cui appartiene il reo, ovunque e contro chiunque il fatto sia commesso. Anzi, a voler esser più precisi, siamo dinanzi a una forma *incondizionata* di personalità attiva¹⁴. La norma di nuovo conio introduce, infatti, una deroga alla disciplina generale prevista dall'art. 9 Cp, in materia di delitto comune del cittadino all'estero, che prima della riforma abbracciava, in astratto, anche il caso qui considerato. Precisamente, essa costituisce una deroga al disposto di cui al co. 2 dell'art. 9 Cp, venendo in rilievo, nell'ipotesi di specie, un delitto punito con la pena della reclusione inferiore nel minimo a tre anni. Quindi, dall'entrata in vigore della nuova legge, si puniscono fatti di surrogazione di maternità commessi dal cittadino all'estero, prescindendosi dalle condizioni di procedibilità previste dalla disposizione codicistica¹⁵; non è pertanto necessaria né la presenza del reo nel territorio italiano, né la richiesta del Ministro della Giustizia o l'istanza o la querela della persona offesa¹⁶.

¹¹ F. Jeßberger, *op. cit.*, 272.

¹² Sebbene la maggior parte delle legislazioni statali ammetta il ricorso al criterio di universalità condizionandolo alla presenza del reo nel territorio nazionale, è condivisibile l'opinione secondo cui il diritto internazionale non vieta, di per sé, l'esercizio della giurisdizione universale anche in assenza dell'imputato nello Stato del foro. Per tutti, v. F. Jeßberger, *op. cit.*, 283 s., cui si rinvia per gli opportuni richiami, anche in senso opposto, e per le dovute precisazioni.

¹³ È opportuno segnalare che alcune prime proposte di legge erano, invece, tese a estendere a livello universale la perseguibilità della *surrogacy*, prevedendo la punibilità dei fatti rilevanti commessi ovunque, da cittadino o straniero, e contro chiunque. Sulle problematicità di tali proposte, v. ad es. M. Pelissero, *Surrogazione di maternità: la pretesa di un potere punitivo universale. Osservazioni sulle proposte di legge n. 2599 (Carfagna) e 306 (Meloni)*, Camera dei Deputati, in www.sistemapenale.it, 29.6.2021.

¹⁴ V. Tigano, *Giurisdizione extraterritoriale e surrogazione di maternità*, cit., 3.

¹⁵ Nel senso che quelle previste dagli artt. 9 e 10 Cp sono condizioni di procedibilità e non di punibilità, v. per tutti M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*³, vol. I, Milano 2004, *sub* art. 9, 138 ss. Così anche la giurisprudenza dominante: v. ad es. Cass. 13.1. 2023 n. 19335, in *CEDCass*, m. 284621-01.

¹⁶ Come noto, la presenza del reo nel territorio dello Stato è prevista espressamente solo dal co. 1 dell'art. 9 Cp,

3. Con l'entrata in vigore della l. 169/2024, la surrogazione di maternità rientra nel novero di quei reati per i quali «speciali disposizioni di legge [...] stabiliscono l'applicabilità della legge penale italiana» (art. 7 n. 5 Cp).

Nondimeno, come già anticipato, anche prima della riforma i fatti di maternità surrogata commessi dal *cittadino* all'estero erano in astratto punibili secondo la legge del nostro Stato, sebbene alle condizioni fissate dall'art. 9 co. 2 Cp¹⁷. Non erano, invece, perseguibili, e continuano a non esserlo ancora oggi, se commessi dallo *straniero* all'estero, non soddisfacendo la fattispecie di cui all'art. 12 co. 6 l. 40/2004 i requisiti richiesti dall'art. 10 Cp in punto di limiti edittali.

In realtà, l'applicabilità della legge penale italiana ai fatti di surrogazione di maternità ai sensi dell'art. 9 co. 2 Cp non era per nulla scontata¹⁸.

Come noto, una diffusa ricostruzione ermeneutica, che fondamentale chiama in causa il principio di legalità e/o quello di colpevolezza, richiede, quale requisito *implicito* tanto dell'art. 9 quanto dell'art. 10 Cp, la doppia incriminazione, in virtù della quale il fatto deve costituire reato anche nell'ordinamento straniero dove è stato realizzato (*lex loci*)¹⁹. Va da sé che, ritenuto necessario questo elemento, l'applicabilità

che si occupa dei delitti punibili con una pena più grave, cioè con la reclusione non inferiore nel minimo a tre anni. Per ovvie ragioni d'ordine logico, tale condizione di procedibilità deve ritenersi necessaria anche per le ipotesi, meno gravi, di cui al co. 2, sebbene la disposizione non la richiami espressamente. Sul punto, v. per tutti M. Romano, *op. cit.*, 140.

¹⁷ Fra gli altri, G.L. Gatta, *Surrogazione di maternità come "reato universale"? A proposito di tre proposte di legge all'esame del Parlamento*, in www.sistemapenale.it, 2.5.2023, par. 3; S. Manacorda, M. Colacurci, *Il "reato universale"? Una riflessione critica sul ricorso alla extraterritorialità nel sistema penale italiano*, in *ArchPen*, 4.11.2024, 25.

¹⁸ Tanto è vero che, nella prassi, la pubblica accusa ha tendenzialmente preferito esercitare l'azione penale ricorrendo a fattispecie incriminatrici diverse da quella qui considerata, con l'obiettivo di intercettare condotte collocate "a valle" della surrogazione di maternità. Si è dato così rilievo, non senza nodi problematici, all'alterazione di stato (art. 567 co. 2 Cp) e alla falsa attestazione o dichiarazione a un pubblico ufficiale su qualità personali (art. 495 co. 2 n. 1 Cp). Per un quadro di riferimento, v. ad es. T. Trincherà, *Limiti spaziali all'applicazione della legge penale italiana e maternità surrogata all'estero*, in *RIDPP* 2017, 1418 ss. e 1422 ss.; 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 *DPP* 2017, 909 ss.

¹⁹ Fra i tanti, M. Romano, *op. cit.*, sub artt. 9 e 10, 143 e 145 s.; T. Padovani, *Diritto penale*¹², Milano 2019, 82 s.; G. Marinucci, E. Dolcini, G. Gatta, *Manuale di diritto penale. Parte generale*¹¹, Milano 2022, 177 e 179; M. Donini, *Diritto penale. Parte generale*, vol. I, Milano 2024, 1152 ss., facendo però leva sul principio di accessibilità della legge (art. 7 CEDU), sul principio di uguaglianza e su quello di certezza dei rapporti giuridici internazionali. Secondo una diversa lettura, la doppia incriminazione è un requisito implicito dell'art. 10 Cp, ma non dell'art. 9 Cp (così ad es. I. Caraccioli, *L'incriminazione da parte dello Stato straniero dei delitti commessi all'estero e il principio di stretta legalità*, in *RIDPP* 1962, 1026 ss. e 1028 ss.; M. Gallo, *Appunti di diritto penale*, vol. I, *La legge penale*, Torino 1999, 173 ss.). Altri Autori ritengono, invece, che la doppia incriminazione non sia un requisito implicito né dell'art. 9 né dell'art. 10 Cp (A. Pagliaro, voce *Legge penale nello spazio*, in *ED*, XXIII, Milano 1973,

della disciplina codicistica in materia di delitto comune del cittadino all'estero risultava sbarrata ove la pratica di surrogazione, vietata in Italia, fosse interamente realizzata in un Paese in cui era ammessa²⁰.

Senonché, non sembra proprio che questo requisito sia richiesto nel nostro ordinamento.

Non lo si può di certo ricavare dal principio di legalità, poiché per il suo rispetto è sufficiente che il fatto sia previsto come reato dalla legge italiana²¹. Né, d'altro verso, lo

1054, ora in Id., *Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1956-2008*, vol. III, Milano 2009, 349-351; Id., *Principi di diritto penale. Parte generale*⁹, a cura di V. Militello, M. Parodi Giusino, A. Spena, Milano 2020, 168-170; F. Mantovani, G. Flora, *Diritto penale. Parte generale*¹², Milano 2023, 878; A. Spena, *Una storia semplice? Surrogazioni, alterazioni, falsificazioni*, in *RIML* 2015, 1552 ss.). Per una panoramica delle diverse posizioni, cfr. B. Romano, *Il rapporto tra norme penali. Intertemporalità, spazialità, coesistenza*, Milano 1996, 135 ss.; A. di Martino, *La frontiera e il diritto penale. Natura e contesto delle norme di "diritto penale transnazionale"*, Torino 2006, 120 ss., 131 ss. Anche in giurisprudenza si rinvencono posizioni non univoche. Nel senso della necessità della doppia incriminazione, v. Cass. 17.9.2002 n. 38401, in *CEDCass*, m. 222924; nel senso opposto, v. Cass. 6.12.1991 n. 2860, *ivi*, m. 189895; v. anche Cass. 28.10.2020 n. 5198, *ivi*, m. 281472, che in un caso di surrogazione di maternità realizzata in Ucraina, Paese in cui la pratica è consentita, ha confermato la decisione del giudice di merito, con la quale si dichiarava l'improcedibilità in assenza della richiesta del Ministro della Giustizia. Sulla questione ravvisa un vero e proprio contrasto giurisprudenziale Cass. 10.3.2016 n. 13525, in *DPP* 2016, 1086 s., con nota di A. Madeo, *La Cassazione interviene sulla rilevanza penale della surrogazione di maternità* (1088 ss.).

²⁰ V. ad es. T. Trinchera, *op. cit.*, 1413 ss. Nel caso in cui la surrogazione sia in parte realizzata in Italia, la giurisdizione italiana può trovare fondamento per il tramite dell'art. 6 co. 2 Cp. Nei fatti, tuttavia, questa disposizione codicistica non ha avuto alcun ruolo in questa materia, in quanto, proprio per evitare la scure del divieto penale, si è evitato di realizzare in Italia anche solo una parte dell'azione rilevante ai sensi del co. 2 dell'art. 6 Cp. Si consideri, d'altronde, che, ai fini dell'applicabilità dell'art. 6 Cp, non rilevano i contatti via e-mail con le strutture sanitarie estere «propedeutici all'incontro in loco [...] al fine di valutare la situazione e le possibili soluzioni», poiché «non ancora dimostrativi della decisione di ricorrere alla pratica vietata» (Cass. 28.10.2020 n. 5198, in *CEDCass*, m. 281472, punti 4 e 6 del Cons. in dir.).

²¹ A. Pagliaro, *Principi di diritto penale*, cit., 168; F. Mantovani, G. Flora, *op. cit.*, 878; A. Spena, *op. cit.*, 1552 s. Si è sostenuto che il principio di legalità sancito dagli artt. 25 Cost. e 7 CEDU garantisce all'individuo il diritto a essere punito solo in forza di «qualificazioni di criminosità» prevedibili e accessibili, non solo nel tempo, ma anche nello spazio in cui si agisce (A. Vallini, *La rana che voleva farsi bue*, cit., 14 s.). Questo diritto risulterebbe compromesso qualora l'ordinamento del luogo in cui il fatto è stato realizzato trasmetta all'agente un messaggio normativo di liceità o irrilevanza penale, del tutto divergente rispetto alle previsioni dell'ordinamento nazionale. In simili ipotesi, la legalità – pur formalmente rispettata – risulterebbe svuotata «nelle sue implicazioni personalistiche» (*ibidem*). Tuttavia, un simile argomento sembra presentare una debolezza logica strutturale, in quanto assume come premessa ciò che invece andrebbe dimostrato, ossia che la legalità convenzionale imponga la punibilità del fatto anche secondo la *lex loci*. Sostenere che l'assenza di doppia incriminazione comprometta la legalità convenzionale significa già presupporre che la prevedibilità richiesta dall'art. 7 CEDU implichi la necessità di una coerenza normativa tra ordinamenti. Si viene così a configurare un ragionamento circolare: la doppia incriminazione è richiesta perché necessaria alla prevedibilità, ma la prevedibilità viene definita in funzione della doppia incriminazione. Ma questa è, appunto, la questione centrale da dimostrare: che la mancanza di doppia incriminazione renda le conseguenze penali del fatto non «prevedibili» nel senso della legalità convenzionale. Il che non sembra possa dirsi. La legalità convenzionale, per come fin qui elaborata dalla giurisprudenza CEDU, a ben vedere, tutela il diritto dell'individuo a conoscere in modo sufficientemente chiaro le conseguenze penali del proprio comportamento secondo la legge dell'ordinamento che esercita la giurisdizione, senza che da questo punto di vista risulti decisiva la *lex loci*. Vero è che nell'applicazione del test

si può desumere in via analogica dai requisiti dell'extradizione (art. 13 Cp), un istituto che, in quanto strumento di collaborazione internazionale, ha evidentemente una *ratio* diversa; oltretutto, il ricorso all'analogia presupporrebbe una lacuna, che nel caso di specie non è dato rinvenire. Si noti, infine, che è vero che gli stessi artt. 9 e 10 Cp accennano all'extradizione, ma solo nelle peculiari ipotesi dei delitti commessi a danno delle Comunità europee, di uno Stato estero o di uno straniero²².

Nemmeno il principio di colpevolezza porta ad escludere l'astratta punibilità del delitto comune commesso all'estero ove difetti la doppia incriminazione. Ciò che il principio di colpevolezza richiede è piuttosto che l'agente non sia chiamato a rispondere di fatti che non può comunque impedire, ovvero rispetto ai quali «non [sia] in grado, senza la benché minima sua colpa, di ravvisare il dovere d'evitarli nascente dal precetto»; insomma, il soggetto deve poter orientare la propria condotta secondo «libere scelte d'azione»²³. In questo senso, la riconoscibilità dell'illecito rappresenta, immancabilmente, un prerequisite dell'azione colpevole.

Ora è senz'altro vero che «[r]iconoscere la rilevanza dell'*affidamento nella lex loci*, per chi agisce all'estero, è conforme all'*ethos* del liberalismo politico»²⁴. Tuttavia, punire un fatto commesso all'estero in mancanza di doppia incriminazione *non sempre*

di prevedibilità si registrano nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo alcune oscillazioni fra criteri squisitamente oggettivi e parametri soggettivi (v. ad es. D. Perrone, *Nullum crimen sine iure. Il diritto penale giurisprudenziale tra dinamiche interpretative in malam partem e nuove istanze di garanzia*, Torino 2019, 205 ss., 211 ss.; A. Santangelo, *Precedente e prevedibilità. Profili di deontologia ermeneutica nell'era del diritto penale giurisprudenziale*, Torino 2022, 97 ss.). Rimane tuttavia il fatto che la tutela garantita dall'art. 7 CEDU non è stata finora ricondotta alla dimensione spaziale del precetto penale (lo ricorda anche V. Tigano, *Giurisdizione penale extraterritoriale*, cit., 44; cfr. A. Santangelo, *op. cit.*, 96). La tesi qui criticata, d'altra parte, risulta problematica anche sul piano delle conseguenze. Basti pensare ai casi in cui l'agente si rechi all'estero proprio per eludere un divieto penalmente sanzionato nell'ordinamento di appartenenza. In simili ipotesi, parlare di difetto di prevedibilità della sanzione penale appare paradossale: il soggetto agisce nella piena consapevolezza del disvalore giuridico attribuito al comportamento dall'ordinamento nazionale, e si attiva proprio per aggirarlo. In questa prospettiva, acquista particolare forza l'osservazione di V. Tigano, *Giurisdizione penale extraterritoriale*, cit., 44, il quale evidenzia che l'art. 7 CEDU non richiede il requisito della doppia incriminazione e che esso non è stato desunto in via interpretativa dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo nei casi di esercizio della giurisdizione extraterritoriale da parte di uno Stato. Anzi, sottolinea giustamente come un simile vincolo, se ritenuto necessario, potrebbe ostacolare la possibilità di offrire tutela extraterritoriale a beni fondamentali, come la sicurezza dello Stato o interessi giuridici di rilevanza propriamente universale. Sembra dunque evidente che il principio di legalità convenzionale e la doppia incriminazione operino su piani distinti: il primo riguarda fondamentalmente la chiarezza e l'accessibilità della norma penale; il secondo costituisce, al più, una garanzia aggiuntiva, rilevante sul piano della politica criminale, ma non imposta dal principio di legalità, né – come vedremo – da quello di colpevolezza.

²² F. Mantovani, G. Flora, *op. cit.*, 878; A. Pagliaro, *Principi di diritto penale*, cit., 168.

²³ C. cost., 24.3.1988 n. 364, in www.cortecostituzionale.it, punto 8 del Cons. in dir.

²⁴ D. Pulitanò, *Sulle attuali politiche del diritto penale*, in www.sistemapenale.it, 1.6.2023, 14, corsivo originale.

tradisce il legittimo affidamento del soggetto agente nella sfera di liceità riconosciuta dalla legge del luogo in cui egli agisce. Com'è stato giustamente osservato, se è di certo vero che la scelta del cittadino (e a maggior ragione dello straniero) di attenersi alla *lex loci* piuttosto che alla legge italiana (che, invece, punisce il fatto) «può sottendere una mancanza di colpevolezza [...] ciò non significa che da quello stesso principio si possa già ricavare la astratta inapplicabilità della legge penale italiana in tutti i casi in cui manchi la doppia incriminazione»²⁵. Tutto dipende dalla specifica ipotesi considerata.

Quello che il principio di colpevolezza richiede, allora, in questo ambito, è che si accerti *caso per caso* se l'aver agito all'estero, in un quadro normativo dove il fatto non costituisce reato, possa averlo reso in concreto non rimproverabile secondo la legge del nostro Stato²⁶. Si pensi, ad esempio, all'ipotesi dello straniero non rimproverabile per ignoranza scusabile della legge italiana o anche a quella del cittadino italiano che risieda all'estero da parecchi anni e che non abbia mantenuto contatti significativi con il nostro Paese.

D'altronde, sembra del tutto ragionevole ritenere che la consapevolezza del lecito e dell'illecito e dunque la riconoscibilità del divieto dipendano essenzialmente dall'*ambiente giuridico* in cui la persona agisce, il quale a ben vedere è determinato sia in termini territoriali sia in termini socio-personali²⁷. Questo "ambiente" dipende, infatti, non solo dalla legge vigente nello spazio territoriale in cui il soggetto agisce (*lex loci*) – che costituisce certamente il riferimento primario, il punto di partenza, per distinguere il lecito dall'illecito – ma anche dalla legge della comunità al quale lo stesso appartiene (*lex patriae*). In questa prospettiva, la riconoscibilità, da parte dell'agente, della norma del divieto può ragionevolmente ritenersi sussistente laddove la *lex fori* corrisponda o alla *lex loci* o alla *lex patriae*²⁸. Ciò, si badi bene, non significa che la considerazione della dimensione socio-ambientale della riconoscibilità del divieto possa dare luogo a meri automatismi; essa, nondimeno, almeno così ci pare, può senz'altro rappresentare un valido passaggio da cui muovere per accertare *in concreto* la rimproverabilità dell'agente, secondo la *lex fori*, per il fatto commesso all'estero.

Si è, peraltro, acutamente osservato che il richiamo al principio di colpevolezza riveli tutti i suoi limiti proprio in quei casi, come quello della surrogazione di maternità

²⁵ Così, puntualmente, A. Spina, *op. cit.*, 1554.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ F. Jeßberger, *op. cit.*, 151 ss.

²⁸ F. Jeßberger, *op. cit.*, 152 s.

anteriforma, in cui la realizzazione del fatto in territorio estero sia l'effetto di un «calcolato *forum shopping*, e dunque proprio del disegno, tutt'altro che incolpevole, di aggirare i rigori della legge italiana»²⁹.

Infine, merita di essere considerata, seppur brevemente, una recente posizione che tenta di ricavare la necessità della doppia incriminazione dal principio rieducativo. In quest'ottica, si è osservato che «il concetto di “desocializzazione” (bisogno di rieducazione), incentrato come è sulla devianza rispetto ad “attese sociali”, è giocoforza *relativo*, cioè da rapportare non già alla “cultura di provenienza”, bensì ai contesti umani entro i quali un soggetto inter-agisce, e all[a] scala di valori che quella comunità contingentemente e localmente esprime, anche attraverso scelte di non incriminazione o legalizzazione»³⁰. Si è dunque dubitato dell'esistenza di un bisogno di risocializzazione in capo al cittadino che abbia tenuto all'estero una condotta ritenuta criminosa in Italia, ma perfettamente lecita e socialmente accettata nel contesto normativo e culturale in cui egli si è collocato³¹. Secondo questa logica, la pretesa di punire senza il presupposto della doppia incriminazione finirebbe per trasformare la pena da strumento di risocializzazione a mezzo di imposizione autoritativa della fedeltà alle scelte valoriali dello Stato di appartenenza³².

Tale impostazione, pur avendo il merito di richiamare la natura relazionale della socializzazione, è criticabile. Assumere la *lex loci* come parametro esclusivo per valutare i bisogni di risocializzazione equivale a relativizzare radicalmente la funzione rieducativa, fino a negarne l'operatività rispetto a condotte che, pur conformi all'ordinamento straniero (*lex loci*) o comunque non stigmatizzate nel contesto culturale in cui si è agito, risultano in profondo contrasto con i principi fondamentali del nostro sistema costituzionale³³. In altri termini, la funzione rieducativa degenererebbe in una mera adesione contingente a sistemi etico-giuridici esterni. Proprio qui si colloca il rilievo critico: il principio sancito dall'art. 27 co. 3 Cost. non può che assumere come riferimento primario i valori dell'ordinamento nazionale, giacché è a questa comunità politica che l'individuo appartiene, ed è rispetto a essa che

²⁹ A. Spina, *op. cit.*, 1554.

³⁰ A. Vallini, *La rana che voleva farsi bue*, cit., 15, corsivo originale.

³¹ *Ibidem*.

³² A. Vallini, *La rana che voleva farsi bue*, cit., 15-16, il quale in conclusione osserva che una rieducazione intesa come imposizione di valori è «incompatibile con una lettura laica, personalista e pluralista dell'art. 27, 3 co., Cost.» (*ivi*, 16).

³³ Si pensi, ad esempio, agli atti sessuali con minorenni o alle pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili o al matrimonio forzato. Su queste fattispecie, che il nostro ordinamento punisce anche se commesse all'estero dal cittadino italiano, si ritornerà più avanti nel prossimo paragrafo.

va valutata la sua integrazione. Ne consegue che la liceità secondo la *lex loci* può, al più, incidere sulla concreta rimproverabilità del singolo caso, ad esempio – come già osservato – rendendo scusabile l'ignoranza della legge o attenuando la percezione del disvalore, ma non eliminare in radice il nesso tra pena e risocializzazione. Diversa è, poi, l'ipotesi del cittadino che, recandosi all'estero con l'intento di eludere il divieto penale nazionale, rivela un atteggiamento di distacco rispetto ai valori condivisi dal corpo sociale di appartenenza: qui, lungi dal mancare, il bisogno rieducativo sembra manifestarsi con evidenza, perché proprio l'atto di *forum shopping* denota un deficit di integrazione rispetto a quella parte della società che ha inteso osservare il divieto penale³⁴.

A prescindere dalle diverse letture e dalla soluzione preferibile, va rilevato come l'intervento di riforma relativo alla surrogazione di maternità, introducendo – come si è visto – una deroga alla disciplina dell'art. 9 Cp, abbia inteso bypassare l'ostacolo interpretativo costituito dalla tesi (seppur discutibile alla luce delle osservazioni svolte) che considera la doppia incriminazione un requisito necessario. È inoltre ragionevole ritenere che la scelta di prevedere esplicitamente, con un'apposita disposizione, la perseguibilità dei fatti di surrogazione commessi dal cittadino all'estero risponda anche all'intento di ridurre al minimo le possibilità di un riconoscimento della scusante dell'ignoranza inevitabile della legge penale³⁵. A tal proposito, va ricordato che la Corte di Cassazione, nel 2016, proprio in ragione del contrasto giurisprudenziale sul requisito della doppia incriminazione e delle conseguenti incertezze circa la portata applicativa dell'art. 9 Cp, ha riconosciuto la sussistenza di un errore inevitabile in un caso di maternità surrogata realizzata da una coppia italiana in Ucraina, Paese in cui la pratica è consentita³⁶.

4. Come noto, il nostro sistema penale prevede diverse deroghe al principio di territorialità, punendo secondo la legge italiana numerosi reati commessi all'estero. Se in alcuni casi l'applicabilità extraterritoriale della legge penale italiana è subordinata a una o più condizioni (artt. 8, 9 e 10 Cp), in altri, invece, come avviene per la maternità surrogata, essa è incondizionata.

³⁴ Su questo punto, cfr. V. Tigano, *Giurisdizione penale extraterritoriale*, cit., 16 s.

³⁵ A. Vallini, *La rana che voleva farsi bue*, cit., 13.

³⁶ Cass. 10.3.2016 n. 13525, cit., 1086 s.; in senso adesivo A. Madeo, *op. cit.*, 1092 s.

Non è certamente questa la sede per analizzare nel dettaglio le diverse ipotesi di reato commesso all'estero per le quali si radica incondizionatamente la giurisdizione italiana.

Basti qui ricordare, innanzitutto, come l'art. 7 nn. 1-4 Cp, ispirandosi al *criterio della difesa dello Stato*, preveda la perseguibilità, chiunque ne sia l'autore (cittadino o straniero), di una gamma di delitti commessi interamente all'estero che mirano a tutelare interessi giuridici essenziali dello Stato italiano, e in particolare l'esercizio di alcune sue funzioni sovrane³⁷.

Per quanto qui rileva, riveste un ruolo fondamentale il n. 5 dell'art. 7 Cp, che prevede la perseguibilità incondizionata di «ogni altro reato per il quale speciali disposizioni di legge o convenzioni internazionali stabiliscono l'applicabilità della legge penale italiana». Si noti che la norma individua ipotesi non riferibili ad un unico fattore di collegamento: il criterio in gioco muta a seconda della singola previsione considerata³⁸.

Come già anticipato, il nuovo ambito extraterritoriale della surrogazione di maternità introdotto dalla l. 169/2024 si basa proprio su tale norma.

A onor del vero, la previsione di discipline *ad hoc* che, proprio in virtù del n. 5 dell'art. 7, derogano a quanto stabilito dall'art. 9 Cp (o dall'art. 10 Cp) non rappresenta certo una novità nel nostro sistema penale. In particolare, si può osservare come il ricorso a clausole speciali di extraterritorialità basate sul fattore di collegamento della personalità attiva *incondizionata* non sia per nulla infrequente nel nostro ordinamento.

Senza alcuna pretesa di completezza, si consideri, innanzitutto, l'art. 604 Cp che prevede espressamente l'applicabilità, non subordinata ad alcuna condizione, di una serie di fattispecie anche quando il fatto è commesso all'estero da cittadino italiano³⁹.

³⁷ F. Mantovani, G. Flora, *op. cit.*, 871; A. Pagliaro, voce *Legge penale nello spazio*, cit., 346 s.

³⁸ V., fra gli altri, S. Manacorda, sub *art. 7*, in G. Forti, S. Riondato, S. Seminara, *Commentario breve al codice penale*⁷, Milano 2024, 43; F. Mantovani, G. Flora, *op. cit.*, 871.

³⁹ La norma adotta non solo il fattore di collegamento della personalità attiva incondizionata, ma anche, in maniera autonoma, il criterio della personalità passiva incondizionata, estendendo la punibilità ai fatti commessi all'estero in danno di cittadino italiano. Va inoltre precisato che, ai sensi del secondo periodo della stessa disposizione, qualora il fatto sia commesso all'estero da uno straniero in concorso con un cittadino italiano (e non in danno di un cittadino italiano, ipotesi già disciplinata dal primo periodo), lo straniero è punibile solo se si tratta di un delitto per il quale è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni e a condizione che vi sia stata richiesta del Ministro della Giustizia. Resta fermo, in base alla disciplina generale, che se uno dei reati tassativamente indicati dall'art. 604 Cp sia commesso all'estero da uno straniero, non in concorso con un cittadino italiano, in danno di altro straniero trova applicazione l'art. 10 co. 2 Cp, sempreché ricorrano tutte le condizioni da esso previste. V. sul punto S. Aprile, *I delitti contro la personalità individuale. Schiavitù e sfruttamento sessuale dei minori*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, vol. VI, diretto da G. Marinucci, E.

In primo luogo, i delitti assoggettati a questa disciplina sono gli ormai numerosi delitti contro la personalità individuale, e quindi: la riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù (art. 600 Cp); la prostituzione minorile (art. 600-bis Cp); la pornografia minorile (art. 600-ter Cp); la detenzione o l'accesso a materiale pornografico (art. 600-*quater* Cp); la pornografia virtuale (art. 604-*quater*.1 Cp); le iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile (art. 600-*quinquies* Cp); l'impiego di minori nell'acattonaggio o l'organizzazione dell'acattonaggio (art. 600-*octies* Cp); la tratta di persone (art. 601 Cp); il traffico di organi prelevati da persona vivente (art. 601-*bis* Cp); l'acquisto e l'alienazione di schiavi (art. 602 Cp); l'intermediazione illecita e lo sfruttamento del lavoro (art. 603-*bis* Cp). In secondo luogo, la stessa disciplina si applica, sempre per espressa previsione dell'art. 604 Cp, alla violenza sessuale, incluse le ipotesi aggravate (artt. 609-*bis*, 609-*ter* Cp), agli atti sessuali con minorenni (art. 609-*quater* Cp), alla corruzione di minorenni (art. 609-*quinquies* Cp), alla violenza sessuale di gruppo (art. 609-*octies* Cp) e, infine, all'adescamento di minorenni (art. 609-*undecies* Cp).

Tra le ipotesi per le quali il legislatore ha voluto garantire una tutela rafforzata rispetto a quella dell'art. 9 Cp, rientrano inoltre le fattispecie di pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili (art. 583-*bis* Cp) e di costrizione o induzione al matrimonio (art. 558-*bis* Cp), che si applicano, appunto, anche se il fatto incriminato è commesso dal cittadino all'estero⁴⁰.

Come già può notarsi, il catalogo di reati per i quali – sulla base di «speciali disposizioni di legge» – si radica la giurisdizione penale italiana tramite il ricorso al criterio della personalità attiva non condizionata è abbastanza ampio. La disciplina *ad hoc* sulla maternità surrogata non assume, dunque, un carattere di eccezionalità.

Peraltro, in dottrina si tende a sottolineare in termini abbastanza netti la diversità di *ratio* tra le ipotesi derogatorie sinora richiamate e la nuova previsione sull'ambito extraterritoriale della surrogazione di maternità, evidenziandosi la non riconducibilità a un medesimo fondamento razionale: mentre le prime ipotesi espansive della potestà punitiva riguardano – si osserva – la tutela di «interessi di riconosciuto valore universale» o comunque di interessi avvertiti come universali nella comunità internazionale, il disvalore della *surrogacy*, invece, non è riconosciuto universalmente,

Dolcini, Padova 2006, 312 ss.

⁴⁰ I delitti previsti dagli artt. 583-*bis* e 558-*bis* Cp si applicano anche se commessi all'estero da straniero residente in Italia, ovvero in danno di cittadino italiano o di straniero residente in Italia (v., in entrambi i casi, il co. 5).

tanto è vero che la pratica in molti ordinamenti è consentita⁴¹. In sintesi, si ritiene che la distonia riscontrata pregiudichi del tutto la ragionevolezza e la coerenza sistematica dell'estensione extraterritoriale *ad hoc* introdotta dalla l. 169/2024.

L'argomento, indubbiamente suggestivo, suscita nondimeno alcune perplessità.

Intanto, la tesi sembra implicare che l'irragionevolezza della nuova portata extraterritoriale del reato di surrogazione di maternità dipenda dal fatto che, a differenza degli altri reati in cui si punisce il cittadino per fatti commessi all'estero, esso non presenti le caratteristiche di "universalità" che giustificerebbero l'applicazione al di fuori dei confini nazionali. Tuttavia, a nostro modesto avviso, questo ragionamento sembra viziato da un equivoco di fondo, in quanto, come già precisato (*supra*, par. 1), il criterio di validità adottato dal nostro legislatore per fissare l'ambito extraterritoriale della *surrogacy* non è quello di universalità, bensì quello della personalità attiva, ovvero – si badi bene – un fattore di collegamento *autonomo* la cui legittimazione sul piano del diritto internazionale *non dipende dalla sua combinazione o sovrapposizione con un altro criterio di collegamento*, qualunque esso sia⁴². Si tratta, insomma, di un criterio che non richiede di per sé un riconoscimento a livello "internazionale" dell'interesse leso, né d'altra parte uno standard prefissato di gravità del reato rinvenibile sul terreno del *quantum* sanzionatorio previsto *ex lege*⁴³.

⁴¹ Per tutti M. Pelissero, *Surrogazione di maternità: la pretesa di un potere punitivo universale*, cit., 8, il quale – evidenziando la natura «bagatellare» della surrogazione di maternità, quantomeno alla luce della cornice editale della pena detentiva – sottolinea anche la minore gravità del reato rispetto alle altre ipotesi delittuose per le quali il legislatore italiano fonda la giurisdizione extraterritoriale sul criterio della personalità attiva. Rilievi analoghi in Id., *Surrogazione di maternità oltre confine*, cit., par. 5.

⁴² Sulla legittimità del criterio della personalità attiva non vi è alcun dubbio. Trova riscontro in una vasta serie di trattati internazionali ed è stato accolto nel diritto penale della maggioranza degli ordinamenti statali. Spesso è persino considerato il secondo fattore di collegamento più importante dopo quello di territorialità: v. sul punto F. Jeßberger, *op. cit.*, 240 s.; C. Irarrázaval Zaldívar, *Revision der Grundlagen des Strafanwendungsrechts. Der Umfang der staatlichen Strafgewalt im Lichte eines Bürgerstrafrechts*, Tübingen 2024, 76. Sull'autonomia del criterio in parola si esprime la dottrina dominante: v. per tutti ancora F. Jeßberger, *op. cit.*, 224 e spec. 240 ss., 246-247; in senso diverso, v. ad es. K. Ambos, *Vor § 3*, in *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*⁵, Band 1 (§§ 1-37), München 2024, 201 ss., il quale ritiene che esso sia accettabile dal punto di vista del diritto internazionale solo se limitato dalla doppia incriminazione o se combinato con un altro criterio di collegamento riconosciuto.

⁴³ Sebbene non sia rintracciabile una prassi consolidata tra gli Stati sull'applicazione del criterio della personalità attiva, nulla lascia intendere che esso possa operare, secondo il diritto internazionale, solo con riferimento a reati che possiedono un determinato standard di gravità definito sulla base della cornice editale. A livello comparatistico, si può osservare come in molti Stati l'ambito di applicazione del fattore di collegamento in esame sia limitato in relazione alla "specie" del reato: ad es. in Francia (v. art. 113-6 Cp) il criterio in questione si applica ai *crimes* (senza vincolo della doppia incriminazione) e ai *délits* (con il vincolo della doppia incriminazione, sebbene siano previste delle eccezioni), ma non alle *contraventions* (J. Lelieur, *Country Report "France"*, in M. Böse, F. Meyer, A. Schneider, eds., *Conflicts of Jurisdiction in Criminal Matters in the European Union*, vol. I,

Nondimeno, è senz'altro vero che le fattispecie assoggettate alla disciplina di cui all'art. 604 Cp e le altre ipotesi "derogatorie" sopra richiamate tutelano tendenzialmente «interessi di riconosciuto valore universale»⁴⁴, tra l'altro di norma considerati in convenzioni o trattati internazionali, ma *può fortemente dubitarsi che in questi casi il criterio o meglio i criteri di collegamento adottati siano riconducibili a quello dell'universalità o che comunque si combinino in qualche modo con esso*. Ciò è abbastanza chiaro nelle pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili (art. 583-bis Cp) e nella costrizione o induzione al matrimonio (art. 558-bis Cp), dove i criteri rilevanti sono esclusivamente la personalità attiva e passiva, anche nella sotto-variante ancorata, rispettivamente, alla residenza dell'autore del reato (criterio del domicilio attivo) o alla residenza della vittima (criterio del domicilio passivo)⁴⁵. Ma ciò vale anche per l'art. 604 Cp, atteso che la perseguibilità dello straniero per i fatti commessi all'estero – seppur doppiamente condizionata⁴⁶ – opera esclusivamente quando il delitto rilevante sia commesso in concorso con il cittadino italiano: in tal caso, la pretesa punitiva è dunque agganciata allo *statuto personale* del concorrente, ossia al fatto che questi è cittadino italiano.

Per di più, deve pure dubitarsi che per questo catalogo di reati sia ipotizzabile un'estensione dell'ambito di applicazione sulla base del criterio di universalità, in quanto (allo stato) ciò non sarebbe compatibile con il diritto internazionale, dato che (ancora) non vi è fra gli Stati un consenso generale alla loro *perseguibilità* illimitata e globale, nonostante l'ampio riconoscimento del valore universale dei beni protetti⁴⁷.

Baden-Baden 2013, 117 ss.; E. Dreyer, *Droit pénal général*⁷, Paris 2024, 1611 ss.); anche nei Paesi Bassi e in Lituania non si applica ai reati di categoria minore (v. rispettivamente H. Wolswijk, *Country Report "the Netherlands"*, in *Conflicts of Jurisdiction*, cit., 341; G. Švedas, *Country Report "Lithuania"*, *ivi*, 304). Si noti, oltretutto, che il problema della copertura delle possibili lacune della legge "territoriale" straniera per il tramite della personalità attiva non vincolata dalla *lex loci* si è posto anche in riferimento a reati certamente non puniti con pene particolarmente severe. Emblematico il caso della bigamia (su cui v. D. Oehler, *Internationales Strafrecht*², Köln-Berlin-Bonn-München 1983, 460-461), che in alcuni Stati – si pensi ai Paesi Bassi (v. *infra*, nota 66) – è punita extraterritorialmente proprio in forza del criterio in parola. Sul fondamento teleologico della personalità attiva non condizionata dalla doppia incriminazione, v. *infra*, par. 4.2.

⁴⁴ L'espressione è di M. Pelissero, *Surrogazione di maternità: la pretesa di un potere punitivo universale*, cit., 8, con ulteriori precisazioni.

⁴⁵ V. *supra*, nota 40.

⁴⁶ V. *supra*, nota 39.

⁴⁷ In merito al catalogo dei reati perseguibili tramite la giurisdizione universale, si rinvia a quanto indicato *supra*, nota 10, con riferimenti bibliografici essenziali. Tuttavia, valorizzando alcuni elementi contestuali già riconosciuti dalle consuetudini internazionali, alcuni dei reati assoggettati alla disciplina di cui all'art. 604 Cp (riduzione o mantenimento in schiavitù, violenza sessuale) nonché il matrimonio forzato, *se perpetrati come parte di un attacco ampio e sistematico contro una popolazione civile, nell'ambito o a sostegno di un programma di uno Stato o di una organizzazione*, possono configurarsi come crimini contro l'umanità e, quindi, rientrare

Finché un tale consenso non sarà emerso, la loro protezione extraterritoriale potrà legittimamente assicurarsi per il tramite di altri fattori di collegamento riconosciuti dal diritto internazionale, fra i quali viene generalmente invocato proprio il criterio della personalità attiva⁴⁸.

Ebbene, il fatto che il criterio della personalità attiva sia sovente utilizzato per assecondare istanze di tutela internazionalmente avvertite in riferimento a reati che, tuttavia, non rientrano nel catalogo di quelli perseguibili tramite la giurisdizione universale non fa venire meno l'intrinseca autonomia e indipendenza del fattore di connessione considerato. In altri termini, la legittimazione sul piano del diritto internazionale del criterio della personalità attiva è *sganciata dalla vocazione "universalistica" degli interessi in gioco*. Allo stesso modo, sebbene molte convenzioni o trattati internazionali facciano riferimento al criterio di cui si tratta, la sua legittimazione non dipende neppure da una sua combinazione con il criterio "del trattato"⁴⁹.

Si consideri, del resto, che ove per ipotesi – contrariamente a quanto qui sostenuto – si negasse la sua autonomia e si richiedesse, di conseguenza, ai fini della sua

nella giurisdizione universale. In tale direzione si muoveva il progetto di Codice dei crimini internazionali elaborato dalla Commissione Palazzo-Pocar, in www.sistemapenale.it, 24.6.2022, pur subordinando la perseguibilità del crimine alla presenza dello straniero nel territorio dello Stato, anche in caso di concorso con un cittadino italiano. Sulle ragioni di tale scelta, v. *Relazione conclusiva dei lavori della Commissione "Crimini internazionali"*, *ivi*, 8 s. Per un primo commento del testo elaborato dalla Commissione, v. ad es. S. Manacorda, *Codificare i crimini internazionali? Prospettive penalistiche nella cornice costituzionale*, in *QuadCost.* 2022, 4, 779 ss. Il progetto, come noto, ha subito un arresto improvviso, a seguito dell'approvazione in data 16.3.2023, da parte del Consiglio dei Ministri, di un disegno di legge che introduce il codice dei crimini internazionali. Il nuovo d.d.l. si limita a prevedere il crimine di aggressione e ad estendere le fattispecie costituenti crimini di guerra, stralciando i crimini contro l'umanità e ogni riferimento al genocidio, in vista di un approfondimento ulteriore (cfr. *Comunicato stampa del Consiglio dei Ministri n. 25 del 16 marzo 2023*, in www.governo.it). La mancata approvazione del progetto della Commissione Palazzo-Pocar ha suscitato diffuse critiche in dottrina, avendo determinato l'abbandono di una proposta organica e condivisa, nonostante l'urgenza di adeguare l'ordinamento nazionale allo Statuto di Roma e la rilevanza politico-giuridica della materia in un contesto internazionale particolarmente delicato. Cfr. ad es. M. Crippa, *L'approvazione di un codice dei crimini internazionali "dimezzato". Le ragioni di un (dis)atteso intervento normativo*, in *QuestG*, 21 marzo 2023, 1 ss.; A. Vallini, *Il codice a pezzi. Ascesa e caduta della proposta di una legge organica sui crimini internazionali*, in *RIDPP* 2023, 91 ss.; F. Ceccaroni, *Per una giustizia dell'inumano. Riflessioni sulla codificazione italiana dei crimini internazionali*, in *Glns*, 17 aprile 2024.

⁴⁸ N. Beyer, *Personelle Strafgewalt. Ein Plädoyer für das Domizilprinzip im Lichte grenzüberschreitender Migration*, Tübingen 2020, 107-108, sia pure incidentalmente e con specifico riferimento, nel sistema tedesco, ai reati sessuali contro i minori, alle mutilazioni genitali femminili e al matrimonio forzato; un cenno anche in M. Böse, *Fundamental freedoms of the Union*, in M. Böse, F. Meyer, A. Schneider, eds., *Conflicts of Jurisdiction in Criminal Matters in the European Union*, vol. II, Baden-Baden 2014, 92.

⁴⁹ Sul criterio "del trattato" quale fattore di collegamento riconosciuto dal diritto internazionale, v. G. Werle, F. Jeßberger, *Vor § 3*, cit., 508; ampiamente F. Jeßberger, *op. cit.*, 224-225, 286 ss.

legittimazione, la concomitanza di un altro criterio, la personalità attiva risulterebbe in definitiva un fattore di collegamento superfluo, essendo a quel punto sufficiente per fondare la pretesa punitiva extraterritoriale dello Stato il diverso criterio chiamato in causa a supporto.

4.1. Al contempo, è necessario precisare che, nonostante non vi sia una prassi consolidata fra gli Stati nell'applicazione del criterio della personalità attiva, nulla induce a ritenere che la doppia incriminazione costituisca un requisito richiesto dal diritto internazionale consuetudinario⁵⁰.

Sul punto, tuttavia, bisogna intendersi. È chiaro che la questione s'intreccia inevitabilmente con il tema della giustificazione materiale del fattore di collegamento qui considerato. Infatti, a seconda dell'impostazione che si adotta per ricostruirne il fondamento, si giungerà a conclusioni differenti circa il carattere vincolante o meno della doppia incriminazione.

A tal proposito non si può non ricordare che una ricostruzione teorica ancora diffusa nella dottrina tedesca aggancia il fondamento della personalità attiva a una sorta di compensazione per un regime di estradizione restrittivo o comunque all'impossibilità di assicurare alla giustizia "territoriale" l'autore del reato commesso all'estero. In questo senso, si pone l'accento sulla solidarietà fra Stati per evitare l'impunità⁵¹. Va da sé che l'idea della solidarietà internazionale come base giustificativa si ataglia solo alla personalità attiva limitata dalla *lex loci*⁵².

Ma a ben vedere, concependo pur sempre la personalità attiva come fattore di connessione sussidiario al principio di territorialità, pare più convincente far leva su

⁵⁰ F. Jeßberger, *op. cit.*, 246, il quale, a sostegno della tesi qui accolta, osserva che esistono ordinamenti in cui il criterio si applica anche senza tale limitazione e che gli Stati che non ricorrono al criterio della personalità attiva – o che comunque lo applicano solamente con restrizioni – non hanno mai sollevato contestazioni, a differenza di quanto avvenuto, ad esempio, con il principio della personalità passiva. Escludono che la doppia incriminazione sia richiesta dal diritto internazionale anche: K.S. Gallant, *op. cit.*, 362, 388; G. Werle, F. Jeßberger, *Vor § 3*, cit., 504, con ulteriori riferimenti alla nota 128. In senso contrario, si ritiene che uno Stato che prescindendo dalla *lex loci* finisca per assoggettare completamente il cittadino alla propria volontà, e, sotto un ulteriore profilo, per violare il principio di non ingerenza: così ad es. K. Ambos, *Vor § 3*, cit., 201 s. Per una ricostruzione del dibattito, cfr. N. Beyer, *op. cit.*, 35 ss., con ampi richiami bibliografici, il quale aderisce all'orientamento, da ritenersi prevalente, secondo cui il criterio della personalità attiva risulta compatibile con il diritto internazionale anche nella sua forma non limitata.

⁵¹ Ad es. K. Ambos, *Internationales Strafrecht*⁵, München 2018, 42-44; H. Satzger, *Internationales und Europäisches Strafrecht*¹⁰, Baden-Baden 2022, 46; D. Oehler, *op. cit.*, 142 ss., 458 s.

⁵² D. Oehler, *op. cit.*, 144.

una giustificazione teorica che valorizzi l'indubitabile rapporto di prossimità che esiste fra il cittadino e lo Stato di appartenenza⁵³.

Per evitare possibili fraintendimenti, questa presa di posizione richiede alcune precisazioni.

La relazione speciale, che lega gli individui allo Stato e alla comunità politica di appartenenza, non può essere intesa, in termini anacronistici, come legame etico-sociale idoneo a giustificare l'imposizione di un dovere giuridico di lealtà del cittadino nei confronti dello Stato d'origine. A ragione si nega l'esistenza in capo al cittadino di un dovere generale di fedeltà alle leggi penali nazionali⁵⁴. In una prospettiva più aderente ai principi dello Stato di diritto e conforme a una concezione moderna del rapporto tra individuo e ordinamento, il dovere di cooperazione con lo Stato d'appartenenza va infatti "de-eticizzato" e considerato in una logica "sinallagmatica", ovvero nell'ottica di un rapporto incentrato su diritti e obblighi reciproci⁵⁵. In questo senso, il legame fra Stato e cittadino può indubbiamente costituire una delle possibili concretizzazioni di quel criterio del collegamento significativo (*genuine o reasonable link*) richiesto dal diritto internazionale per giustificare la pretesa punitiva di uno Stato⁵⁶. Si noti che questo approccio ricostruttivo, a differenza del primo, legittima il criterio della personalità attiva anche nella sua forma non condizionata dalla doppia incriminazione.

4.2. L'impostazione interpretativa qui adottata risulta, oltretutto, coerente con taluni profili teleologici desumibili dal criterio in parola.

In effetti, non può non riconoscersi il ruolo fondamentale del criterio della personalità attiva, non limitato dalla *lex loci*, nel colmare eventuali lacune della legge territoriale estera, specie nell'ottica della tutela di soggetti vulnerabili⁵⁷. Parimenti, sebbene da una diversa angolazione, il medesimo principio mira a evitare che i

⁵³ F. Jeßberger, *op. cit.*, 242 ss.

⁵⁴ Ad es. D. Oehler, *op. cit.*, 142 s.

⁵⁵ Per un quadro d'insieme sulle diverse ricostruzioni, v. K.S. Gallant, *op. cit.*, 352 ss.; v. anche C. Irarrázaval Zaldívar, *op. cit.*, 91. In questa direzione si muove, seppur con riferimento specifico alla questione della conoscibilità della legge penale e della scusabilità della sua ignoranza, C. cost., 23.3.1988 n. 364, cit., soprattutto punti 16 e ss. del Cons. in dir.

⁵⁶ F. Jeßberger, *op. cit.*, 243; C. Irarrázaval Zaldívar, *op. cit.*, 75 ss., 78, 88 ss.

⁵⁷ Lo riconosce lo stesso D. Oehler, *op. cit.*, 460-461, che finisce così per ammettere alcune eccezioni al vincolo della doppia incriminazione. L'A. nello specifico, a titolo esemplificativo, parla di «unerträgliche Lücke» (lacuna intollerabile) con riferimento alla bigamia. È chiaro che si possono individuare casi ancor più eclatanti della bigamia, che verranno menzionati più avanti nel testo.

cittadini (ed eventualmente i residenti, secondo la logica del criterio del domicilio attivo) eludano i divieti penali dello Stato d'appartenenza, compiendo strumentalmente all'estero la condotta punita nel Paese d'origine. È evidente che l'esigenza di prevenire forme di *fraude à la loi* assume una certa rilevanza per gli Stati nazionali. Infatti, se una parte significativa dei destinatari della norma potesse sottrarsi al divieto penale e alle relative sanzioni mediante strategie di *forum shopping* si potrebbe verificare un indebolimento della forza precettiva del divieto, ma anche una progressiva compromissione della fiducia dei consociati nella validità stessa del diritto penale⁵⁸.

Non stupisce, allora, che a livello comparato si riscontrino diverse ipotesi di applicazione extraterritoriale della legge penale domestica incentrate proprio sul fattore di collegamento della personalità attiva non condizionata dalla doppia incriminazione⁵⁹.

A mero titolo esemplificativo, limitandosi per il momento a settori in cui – come nel caso della *surrogacy* – emergono chiare implicazioni d'ordine bioetico, si consideri il par. 5 n. 9 del Cp tedesco che ricorre, appunto, al criterio della personalità attiva non limitato dalla *lex loci* per perseguire all'estero l'interruzione di gravidanza nei casi vietati (par. 218 *StGB*)⁶⁰; oppure, nella stessa ottica, il divieto francese di clonazione

⁵⁸ Cfr. sul punto M. Böse, *op. cit.*, 94-95. Sui riflessi distorsivi del *forum shopping* sull'effettività del precetto penale e sulla funzione generalprevenitiva, cfr. A. Bernardi, *Il diritto penale tra globalizzazione e multiculturalismo*, in *RIDPubblCom* 2002, 485 ss. (parr. 5-7), il quale tuttavia esclude il ricorso al criterio della personalità attiva come possibile rimedio, per ragioni tanto di ordine garantistico – non ritenendolo ammissibile nella forma svincolata dalla doppia incriminazione – quanto di ordine pratico, in considerazione delle difficoltà connesse all'accertamento e alla repressione di fatti commessi all'estero e ivi consentiti. Secondo l'A., in uno “spazio comune di libertà”, solo un processo di armonizzazione legislativa potrebbe realmente consentire ai sistemi penali nazionali di recuperare forza persuasiva ed effettività.

⁵⁹ Ciò sebbene nella maggior parte dei Paesi, almeno in quelli appartenenti all'UE, il criterio della personalità attiva sia di norma declinato nella sua versione ristretta, nel senso che è agganciato alla *lex loci*. Per una prima panoramica, v. M. Böse, F. Meyer, A. Schneider, *Comparative Analysis*, in *Conflicts of Jurisdiction in Criminal Matters in the European Union*, vol. I, cit., 415 ss.

⁶⁰ Si precisa sin d'ora che, ai sensi dell'art. 1 della *Legge sulla revisione del sistema sanzionatorio* del 26 luglio 2023 (*Gesetz zur Überarbeitung des Sanktionenrechts* – BGBl. 2023 n. 203, entrata in vigore il 1° ottobre 2023), nei numeri 6 lett. c, 8, 9 lett. a, 9a lett. a e b del par. 5 *StGB*, dopo le parole “*Deutscher ist*” è stata inserita la locuzione “*oder seine Lebensgrundlage im Inland hat*”. Ne risulta un'estensione dell'applicabilità extraterritoriale della legge penale tedesca anche a chi, pur non essendo cittadino tedesco, abbia in Germania la propria *Lebensgrundlage* (mezzi di sostentamento o, letteralmente “base di vita”: v. *infra*, nota 73). Precisamente, il par. 5 n. 9 lett. a riguarda i casi di interruzione di gravidanza di cui al par. 218 co. 2, secondo periodo, n. 1 e co. 4, primo periodo, *StGB*. Diversamente, il par. 5 n. 9 lett. b, riferito alle restanti ipotesi previste dal medesimo par. 218, richiede che l'autore del fatto sia cittadino tedesco al momento della commissione e, *cumulativamente*, che abbia la propria *Lebensgrundlage* in Germania. Pertanto, qualora tali fatti siano commessi oltreconfine da un cittadino tedesco *con base di vita all'estero*, essi saranno punibili secondo la legge tedesca ma ai sensi del par. 7 co. 2 n. 1 *StGB*, che

umana (artt. 511-1 e 511-1-1 Cp)⁶¹; o, volendo, anche il par. 5 n. 17 *StGB*, in riferimento al reato di commercio di organi e tessuti umani di cui al par. 18 della Legge sui trapianti⁶².

Spostandoci in altri settori, sempre a titolo esemplificativo, si pensi: al par. 5 n. 9a lett. a Cp tedesco, in riferimento ad alcune ipotesi di lesioni personali gravi (par. 226 *StGB*)⁶³; alla lett. b della stessa disposizione, in materia di mutilazioni genitali femminili (par. 226a *StGB*); al par. 5 n. 6 lett. c dello stesso codice, relativamente al matrimonio forzato (par. 237 *StGB*)⁶⁴; e, con riguardo al Cp dei Paesi Bassi, alle mutilazioni genitali su ragazze di età inferiore ai diciotto anni⁶⁵ o alla bigamia⁶⁶.

Altri esempi sono rinvenibili in materia di reati contro la libertà sessuale⁶⁷ e in materia di reati sessuali contro minori d'età⁶⁸.

richiede di contro la doppia incriminazione. Per questa puntualizzazione, v. G. Werle, F. Jeßberger, *Vor § 3*, cit., 512. Maggiori ragguagli in G. Werle, F. Jeßberger, § 5, in *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, cit., 613 s.; per un quadro aggiornato, cfr. A. Eser, B. Weißer, § 5, in *Tübinger Kommentar. Strafgesetzbuch*³¹, München 2025, 88 s.; H. Satzger, § 5, in H. Satzger, W. Schluckebier, R. Werner, Hrsg., *Strafgesetzbuch. Kommentar*⁶, Hürth 2024, 58 s.; cfr. anche K. Ambos, § 5, in *Münchener Kommentar*, cit., 309 s.

⁶¹ J. Lelieur, *op. cit.*, 118; E. Dreyer, *op. cit.*, 1615. Precisamente, è vietata la fornitura di cellule e gameti allo scopo di far nascere un bambino geneticamente identico a un'altra persona, vivente o deceduta.

⁶² *Gesetz über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen und Geweben (Transplantationsgesetz - TPG)* del 5 novembre 1997. Per un inquadramento generale, v. ad es. G. Werle, F. Jeßberger, § 5, cit., 629 s.

⁶³ K. Ambos, § 5, cit., 310 s.; A. Eser, B. Weißer, § 5, cit., 89; H. Satzger, § 5, cit., 59.

⁶⁴ In Germania, le pratiche di mutilazione dei genitali femminili e il matrimonio forzato commessi all'estero sono puniti secondo la legge penale tedesca se l'autore del reato, al momento del fatto, è cittadino tedesco o ha i propri mezzi di sostentamento (*Lebensgrundlage*) in Germania oppure se il reato è diretto contro una persona che, al momento del fatto, ha il domicilio o la residenza abituale in Germania. Per una sintetica ricostruzione, v. ad es. A. Eser, B. Weißer, § 5, cit., 87 e 89; H. Satzger, § 5, cit., 57 e 59 s.

⁶⁵ H. Wolswijk, *op. cit.*, 340. La norma di riferimento nel codice vigente è l'art. 7 co. 2 lett. d, consultabile in <https://wetten.overheid.nl>. Per un inquadramento generale dell'art. 7, riguardante l'applicazione extraterritoriale della legge penale olandese in base al criterio della personalità attiva, v. ad es. R. van Elst, *Artikel 7*, in C.P.M. Cleiren, J.H. Crijns, M.J.M., Verpalen, *Strafrecht*¹³, Deventer 2020, 78 ss.

⁶⁶ H. Wolswijk, *op. cit.*, 339. La norma di riferimento nel codice vigente è l'art. 7 co. 2 lett. a, in combinato disposto con l'art. 237 dello stesso codice (<https://wetten.overheid.nl>).

⁶⁷ V. ad es. il par. 5 n. 8 Cp tedesco, su cui v. G. Werle, F. Jeßberger, § 5, cit., 612 s. e, per un quadro aggiornato, A. Eser, B. Weißer, § 5, cit., 88; l'art. 7 co. 2 lett. c Cp olandese, con riferimento alle fattispecie di cui agli artt. da 240 a 243 dello stesso codice; nonché il cap. 1 par. 11 co. 2 (6) Cp finlandese (<https://www.finlex.fi>), relativamente alle fattispecie di cui al cap. 20 parr. da 1 a 4, par. 5 co. 1 (3) e (4) dello stesso codice.

⁶⁸ V. ad es. cap. 1 par. 11 co. 2 (6) del Cp finlandese, in riferimento ai reati di cui al cap. 20 par. 5 co. 1 (1) e (2), parr. 9, da 12 a 16 e da 18 a 22 (v. D. Frände, D. Helenius, *Country Report "Finland"*, in *Conflicts of Jurisdiction in Criminal Matters in the European Union*, vol. I, cit., 75, che, pur riferendosi a una versione previgente della disciplina, delinea un quadro ancora utile); art. 7 co. 2 lett. c Cp olandese, con riferimento alle fattispecie di cui agli artt. da 245 a 253 dello stesso codice; v. anche U.S. Code, Titolo 18, *Section 2423(c)*; nonché *Section 72 del Sexual Offence Act 2003* del Regno Unito (cfr. M. Hirst, *Country Report "England and Wales"*, in *Conflicts of Jurisdiction in Criminal Matters in the European Union*, vol. I, cit., 45). Nel sistema francese, v. l'art. 222-22 co. 3 Cp (violenza sessuale su minore), l'art. 225-11-2 co. 1 e l'art. 225-12-3 Cp (prostituzione minorile), l'art. 227-27-1 Cp (corruzione di minore; registrazione, diffusione di immagini pedopornografiche; ulteriori ipotesi di violenza sessuale su minore); per una panoramica, v. J. Lelieur, *op. cit.*, 118; E. Dreyer, *op. cit.*, 1615.

Infine, è opportuno menzionare una norma del sistema penale francese per il suo carattere generale. Si fa riferimento all'art. 113-6 co. 1 Cp, il quale prevede espressamente l'applicabilità del diritto penale francese a qualsiasi *crime* commesso all'estero da un cittadino della Repubblica. Il requisito della doppia incriminazione è invece richiesto per i *délits* (art. 113-6 co. 2 Cp), sebbene il codice preveda alcune eccezioni⁶⁹.

4.3. Già da questa breve ricognizione emerge con sufficiente chiarezza come diversi Stati facciano ricorso alla personalità attiva non condizionata dalla doppia incriminazione quale strumento per colmare possibili lacune della legge territoriale estera.

Tale impiego, tuttavia, pone rilevanti questioni sull'adeguatezza del mezzo utilizzato rispetto allo scopo perseguito.

Innanzitutto, se l'obiettivo di fondo del criterio in parola è quello di evitare l'elusione dei divieti penali nazionali, l'interesse dello Stato a radicare una giurisdizione extraterritoriale per scongiurare la "*fraude à la loi*" non dovrebbe riguardare le condotte realizzate dai cittadini che vivono e risiedono all'estero⁷⁰. In questo senso, la giurisdizione extraterritoriale basata sulla mera nazionalità dell'autore andrebbe oltre il necessario⁷¹. Infatti, è davvero difficile sostenere che condotte realizzate da cittadini nel corso della loro residenza permanente all'estero possano configurare forme di elusione deliberate del diritto penale del Paese d'origine, non venendosi a determinare in tali casi situazioni di *forum shopping*⁷².

Sotto questo profilo, appare particolarmente appropriato il requisito aggiuntivo previsto dal par. 5 n. 9 lett. b Cp tedesco in riferimento ad alcune ipotesi di interruzione di gravidanza: si richiede, infatti, non solo che l'autore del reato commesso all'estero sia cittadino tedesco, ma anche che abbia la propria "*base di vita*" (*Lebensgrundlage*) in Germania⁷³.

⁶⁹ Come già anticipato (*supra*, *sub* nota 43), il fattore di collegamento della personalità attiva non è previsto, invece, per le *contraventions*. Per un quadro d'insieme, v. J. Lelieur, *op. cit.*, 118; maggiori dettagli in E. Dreyer, *op. cit.*, 1611 ss., 1615 ss.

⁷⁰ Seppur in riferimento ai reati intraeuropei (commessi in altro Stato membro), e muovendo dalla questione della compatibilità del criterio della personalità attiva con il diritto dell'UE – argomento su cui ci soffermeremo con attenzione nei prossimi paragrafi –, v. fondamentalmente M. Böse, *op. cit.*, 95; nello stesso senso N. Beyer, *op. cit.*, 133.

⁷¹ Ancora M. Böse, *op. cit.*, 95.

⁷² In termini più netti N. Beyer, *op. cit.*, 133.

⁷³ V. *supra*, *sub* nota 60. La condizione della *Lebensgrundlage* – nell'ottica del rafforzamento del criterio della

Di contro, il problema dell'elusione della legge penale di uno Stato si pone in relazione a *tutti* i soggetti che risiedono stabilmente nel suo territorio, *a prescindere che siano o meno suoi cittadini*: anche nei casi di residenti non cittadini spostarsi all'estero in modo strumentale per commettere un fatto vietato penalmente nel Paese in cui si risiede ed eludere la sanzione mette a rischio la validità dello stesso divieto penale⁷⁴.

Sembra così emergere una questione molto delicata. La logica di evitare la “*fraude à la loi*” mette in crisi il criterio della personalità attiva come inteso tradizionalmente: per scongiurare l'elusione del diritto penale nazionale il radicamento della giurisdizione extraterritoriale dovrebbe basarsi sullo statuto personale rappresentato dalla residenza e non dalla mera cittadinanza⁷⁵.

A tal proposito, è interessante notare che, in alcuni ordinamenti, il criterio del domicilio attivo è spesso previsto insieme a quello della nazionalità, in modo disgiuntivo (vale a dire: cittadinanza o residenza/domicilio). Emblematiche, in tal senso, le previsioni italiane e tedesche – già menzionate – in materia di pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili e di matrimonio forzato. Sulla stessa linea si collocano, ad esempio, il divieto francese di clonazione umana, anch'esso già richiamato⁷⁶, e la disposizione di cui al par. 5 n. 8 Cp tedesco, in materia di reati sessuali⁷⁷. Si può inoltre ricordare l'art. 7 co. 3 Cp olandese, il quale, ai fini dell'applicazione dei commi 1 e 2 dello stesso articolo – concernenti l'applicabilità della legge penale olandese a fatti commessi all'estero da cittadini olandesi – equipara al cittadino olandese lo straniero che abbia nei Paesi Bassi la residenza o dimora stabile⁷⁸. Infine, è opportuno menzionare il cap. 1 par. 6 co. 3 (1) Cp finlandese, che, ai fini

nazionalità attiva – è certamente una manifestazione del criterio del domicilio attivo. V. sul punto F. Jeßberger, *op. cit.*, 250 e nota 174. La *Lebensgrundlage* si riferisce a quell'insieme di rapporti che costituiscono il nucleo personale ed economico della relazione tra una persona e il suo ambiente (*BTDrucks. V/2860*, 23 s.): indicazioni essenziali in G. Werle, F. Jeßberger, § 5, *cit.*, 593, 596 s.

⁷⁴ N. Beyer, *op. cit.*, 133; v. anche M. Böse, *op. cit.*, 94 s.

⁷⁵ Anche la giustificazione teorica del criterio della personalità attiva incentrata sulla residenza (criterio del domicilio attivo) può essere colta in chiave “sinallagmatica”, nel quadro di un rapporto in cui operano diritti e doveri reciproci discendenti dallo *status* di residente permanente (v. *supra*, par. 4.1).

⁷⁶ V. artt. 511-1 e 511-1-1 Cp. Per ulteriori ipotesi, previste dal Cp francese, in cui domicilio attivo e nazionalità coesistono come criteri alternativi, v. ad es. l'art. 222-22 co. 3 (violenza sessuale su minore), l'art. 225-11-2 co. 1 e l'art. 225-12-3 (prostituzione minorile), l'art. 227-27-1 (corruzione di minore; registrazione, diffusione di immagini pedopornografiche; ulteriori ipotesi di violenza sessuale su minore). V. sul punto J. Lelieur, *op. cit.*, 119; E. Dreyer, *op. cit.*, 1613 e 1615, con ulteriori indicazioni.

⁷⁷ Per un inquadramento generale, oltre ai contributi già citati *supra*, *sub* nota 67, v. H. Satzger, § 5, *cit.*, 58.

⁷⁸ V. sul punto R. van Elst, *op. cit.*, 91 s.

dell'operatività del criterio della personalità attiva, equipara lo *status* di cittadino finlandese a quello di residente stabile in Finlandia⁷⁹.

Muovendo, allora, da una riflessione più generale di politica criminale, alla luce del progressivo aumento della presenza di residenti stranieri, soprattutto nei Paesi industrializzati occidentali, il criterio del domicilio attivo sembra poter assumere un ruolo di maggiore rilievo nel diritto penale moderno⁸⁰. Del resto, com'è stato giustamente osservato, «in un mondo globalizzato, l'identificazione culturale (e quindi anche normativa) non avviene più principalmente sulla base dell'appartenenza formalizzata a una particolare comunità attraverso la nazionalità, ma piuttosto sulla base del collegamento geografico di una persona a un ordinamento giuridico»⁸¹.

Sulla base di quanto emerso, si può affermare che il criterio adottato dal nostro legislatore per estendere extraterritorialmente l'ambito di applicazione della surrogazione di maternità, per un verso, non risulta del tutto idoneo a raggiungere lo scopo perseguito (evitare il fenomeno elusivo del c.d. "turismo procreativo"), non considerando le ipotesi di *forum shopping* poste in essere dagli stranieri con residenza stabile in Italia; per un altro verso, è sproporzionato, ricomprendendo anche le condotte realizzate da cittadini italiani stabilmente residenti all'estero.

5. La questione della legittimazione del criterio della personalità attiva incondizionata si pone in termini ancora più problematici nel contesto del diritto dell'Unione europea.

Forti perplessità emergono innanzitutto in relazione all'art. 18 TrFUE, che – come noto – vieta qualsiasi discriminazione basata sulla nazionalità, nell'ambito di

⁷⁹ Maggiori ragguagli in D. Frände, D. Helenius, *op. cit.*, 73 ss. La norma è poi richiamata dal par. 11 co. 2 dello stesso cap., che individua una serie di ipotesi applicabili extraterritorialmente senza il requisito della doppia incriminazione, fra le quali rientrano il matrimonio forzato, l'aborto forzato o la sterilizzazione forzata (n. 8). Come rileva M. Böse, *op. cit.*, 68, nota 199, con riferimenti bibliografici, anche negli altri Paesi scandinavi, le norme sull'applicazione extraterritoriale della legge penale nazionale basate sul criterio della personalità attiva si riferiscono generalmente ai cittadini e ai residenti. V. ad es. il cap. 2 par. 3 co. 2 Cp svedese (una versione con testo a fronte in lingua inglese è disponibile in www.government.se; il testo originale aggiornato è reperibile in www.riksdagen.se). Per una panoramica sui criteri di collegamento nel sistema penale svedese, cfr. Asp, M. Ulväng, N. Jareborg, *Kriminalrättens Grunder*², Uppsala 2013, 180 ss.

⁸⁰ Negli stessi termini F. Jeßberger, *op. cit.*, 251. Per una ricostruzione teorica che, in considerazione delle nuove dinamiche migratorie, valorizza il criterio del domicilio attivo, cfr. fondamentalmente l'interessante studio di N. Beyer, *op. cit.*, *passim*.

⁸¹ F. Jeßberger, *op. cit.*, 251.

applicazione dei Trattati⁸². Questa norma potrebbe, infatti, opporsi a criteri giurisdizionali basati sulla mera cittadinanza dell'autore del reato⁸³.

Ulteriori profili di criticità emergono, in secondo luogo, in rapporto al diritto alla libera circolazione delle persone (art. 21 TrFUE) e al diritto alla libera prestazione dei servizi (art. 56 TrFUE), in quanto la normativa nazionale che radica extraterritorialmente la giurisdizione penale è idonea a determinare un effetto dissuasivo sull'esercizio stesso di tali diritti.

Si tratta di profili problematici che, per quel che ci risulta, non sono stati ancora esplorati dalla dottrina penalistica italiana che si è occupata della nuova portata extraterritoriale della surrogazione di maternità. Proprio per questo motivo, richiedono un primo attento esame.

5.1. Com'è intuibile, le possibili frizioni con il principio di non discriminazione di cui all'art. 18 TrFUE discendono dal fatto che quando uno Stato membro ricorre al criterio della personalità attiva svincolato dalla *lex loci* tratta i propri cittadini in modo più sfavorevole rispetto agli altri cittadini UE residenti nel territorio nazionale, «esigendo solo dai primi il rispetto delle proprie norme penali anche all'estero»⁸⁴. Bisogna, dunque, verificare se il ricorso a tale criterio rientri in qualche modo nel divieto generale sancito dalla norma europea, il quale non riguarda solo le discriminazioni operate nei confronti dei cittadini di altri Paesi membri rispetto ai propri, ma anche quelle inverse o a rovescio⁸⁵.

Ad una primissima osservazione, non pare che questa disparità di trattamento possa rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 18 TrFUE, poiché nel caso di specie sembrano rilevare *situazioni puramente interne*, estranee, quindi, alla sfera del diritto dell'Unione⁸⁶. In effetti, la competenza in materia penale degli Stati membri non

⁸² In generale sul tema della non discriminazione nel quadro normativo europeo, v. C. Favilli, *La non discriminazione nell'Unione europea*, Bologna 2008, *passim*. Per un primo inquadramento del divieto posto dall'art. 18 TrFUE, v. R. Adam, A. Tizzano, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Torino 2014, 406 ss.

⁸³ La questione si pone anche in rapporto al criterio della personalità passiva, in riferimento alla nazionalità della vittima. Ampi sviluppi sul tema in M. Böse, *op. cit.*, 44 ss.; A. Schneider, *Grenzen des Geltungsbereichs von Strafrecht*, in M. Asholt, M. Kuhli, S. Ziemann, D. Basak, M. Reiß, S. Beck, N. Nestler, Hrsg., *Grundlagen und Grenzen des Strafrechts*, Baden-Baden 2015, 104 ss.; N. Beyer, *op. cit.*, 121 ss., 138 ss.

⁸⁴ K. Ambos, *Vor § 3*, *cit.*, 204.

⁸⁵ Sulla base dell'inequivoca formulazione della disposizione, tenuto conto anche dell'obiettivo dell'UE di creare una cittadinanza europea uniforme, esso non può che operare in entrambe le direzioni. In questi termini, fra gli altri, N. Beyer, *op. cit.*, 126 s., con richiami; rilievi assimilabili in N.I. Thorhauer, *op. cit.*, 537 s.

⁸⁶ Per un inquadramento generale del limite delle situazioni puramente interne, v. B. Nascimbene, F. Rossi Dal Pozzo, *Diritti di cittadinanza e libertà di circolazione nell'Unione europea*, Padova 2012, 145 ss., con alcuni rilievi

limita, di per sé, la portata del diritto dell'UE e delle libertà fondamentali riconosciute dai Trattati ai cittadini europei⁸⁷.

Tuttavia, la questione è più complessa di quanto possa apparire a prima vista.

Infatti, si deve considerare che, secondo un condivisibile e consolidato orientamento della Corte di giustizia, l'esercizio di una delle libertà fondamentali UE già costituisce quel collegamento con il TrFUE o con altre fonti del diritto europeo richiesto per l'applicabilità dell'art. 18 TrFUE⁸⁸. Ebbene, in quest'ottica, una possibile discriminazione rilevante ai sensi della norma europea richiamata si potrebbe cogliere alla luce dell'*intrinseca dimensione transfrontaliera* del criterio della personalità attiva, individuando il necessario collegamento con la normativa UE nell'esercizio del diritto alla libera circolazione sancito dall'art. 21 TrFUE⁸⁹.

Infatti, è del tutto evidente che il criterio implica l'applicazione del diritto penale nazionale a situazioni transfrontaliere: sia la commissione del reato all'estero sia l'eventuale rientro nel Paese d'origine avvengono nell'esercizio del diritto fondamentale di cui all'art. 21 TrFUE. Se l'autore del reato, al successivo ritorno nello Stato d'appartenenza, è perseguito per il fatto commesso all'estero (non punito dalla *lex loci*) indubbiamente è sottoposto a un trattamento disparitario rispetto ai cittadini di altri Stati membri dell'UE residenti nel suo Paese che abbiano commesso lo stesso fatto all'estero, in uno qualsiasi degli Stati membri in cui è lecito.

Alla luce di quanto finora emerso, si può intanto affermare che la connaturale dimensione transfrontaliera del criterio della personalità attiva rende applicabile l'art. 18 TrFUE ai casi qui considerati⁹⁰.

critici e ampi richiami.

⁸⁷ M. Böse, *op. cit.*, 46.

⁸⁸ V. ad es. C.G.CE, 24.11.1998, causa C-274/96, Bickel e Franz, in *Racc* 1998, I-7637, punti 15-18; C.G.CE, Grande Sez., 6.10.2009, causa C-123/08, Wolzenburg, in <https://curia.europa.eu>, punto 46. Ampi sviluppi sul tema in M. Böse, *op. cit.*, 45 ss., 59 ss., cui si rimanda anche per ulteriori richiami giurisprudenziali. Oltre che sulle libertà fondamentali, e dunque sul diritto primario, il collegamento con il diritto dell'UE può basarsi anche sul diritto derivato. Sul punto, per i dovuti ragguagli, v. ancora M. Böse, *op. cit.*, 47-48, 59 s.; nonché N. Beyer, *op. cit.*, 122 ss.

⁸⁹ M. Böse, *op. cit.*, 59 s.; N. Beyer, *op. cit.*, 124 s.; N.I. Thorhauer, *op. cit.*, 536 s.

⁹⁰ K. Ambos, *Vor § 3*, cit., 205; M. Böse, *op. cit.*, 62, 72; N. Beyer, *op. cit.*, 127 s.; A. Schneider, *op. cit.*, 109; N.I. Thorhauer, *op. cit.*, 536 ss., 538. Si tratta di una conclusione che pare in linea con l'orientamento generale della Corte di Lussemburgo secondo il quale i cittadini che abbiano esercitato il diritto alla libertà di circolazione – o un'altra libertà fondamentale riconosciuta dal diritto UE – non possono essere trattati in modo meno favorevole rispetto agli altri cittadini dell'Unione al momento del loro rientro nello Stato membro d'origine: v. C.G.CE, 7.7.1992, causa C-370/90, Singh, in <https://eur-lex.europa.eu>, con riferimento alla libertà di stabilimento. Il caso di specie riguardava un cittadino indiano che aveva vissuto e lavorato in Germania per diversi anni con la moglie, cittadina britannica. Quando la coppia decideva di trasferirsi nel Regno Unito per avviare un'attività autonoma,

5.1.1. Giunti a questa conclusione, bisogna adesso verificare se la disparità di trattamento derivante dal ricorso al fattore di collegamento basato sulla personalità attiva incondizionata possa avere una giustificazione oggettiva. La questione si pone giacché l'art. 18 TrFUE contiene un divieto relativo e non assoluto di discriminazione⁹¹. In questo senso, una normativa restrittiva rivolta esclusivamente ai cittadini – nel nostro caso la previsione dell'applicazione extraterritoriale di una fattispecie penale nazionale – potrebbe essere giustificata se la disparità di trattamento risulti fondata su motivi oggettivi indipendenti dalla cittadinanza della persona interessata e sempreché sia proporzionata allo scopo legittimamente perseguito dall'ordinamento nazionale⁹².

Ebbene, non sembra che la disparità di trattamento in questione possa trovare una giustificazione alla luce del rapporto speciale che intercorre tra cittadino e Stato di appartenenza, ovvero tenendo conto di quello che ci è parso costituire il fondamento teorico del criterio della personalità attiva. Ciò vale a prescindere da come si intenda tale relazione di prossimità, quindi anche considerando il dovere di cooperazione con lo Stato d'origine in un'ottica "sinallagmatica"⁹³.

Va anzitutto osservato come il richiamo allo speciale rapporto tra cittadino e Stato di appartenenza, quale possibile argomento a sostegno della deroga al divieto di cui all'art. 18 TrFUE, implichi, sia pure in via mediata, una motivazione non indipendente dalla cittadinanza della persona interessata, in quanto si assume che tale rapporto discenda proprio da essa. Si tratta, dunque, di un argomento problematico alla base.

al sig. Singh veniva negato il rilascio del permesso di soggiorno, nonostante ai coniugi di cittadini dell'UE fosse riconosciuto il diritto di ingresso e soggiorno in tali circostanze. La Corte ha sottolineato che questa disparità di trattamento poteva avere un effetto dissuasivo sull'esercizio della libertà di stabilimento. Successivamente, tale principio è stato applicato anche a casi di discriminazione in relazione all'esercizio della libera circolazione dei cittadini: v. C.G.CE, 11.7.2002, causa C-224/98, D'Hoop, in *Racc* 2002, I-6191.

Si consideri, inoltre, che con l'introduzione della cittadinanza dell'Unione europea il divieto di discriminazione in base alla nazionalità riveste un ruolo centrale nell'ambito della normativa sulla libera circolazione delle persone. Infatti, secondo una giurisprudenza costante, «lo status di cittadino dell'Unione è destinato ad essere lo status fondamentale dei cittadini degli Stati membri» e lo stesso «consente a chi tra di loro si trovi nella medesima situazione di ottenere, indipendentemente dalla cittadinanza e fatte salve le eccezioni espressamente previste a tale riguardo, il medesimo trattamento giuridico» (per tutte C.G.CE, 20.9.2001, causa C-184/99, Grzelczyk, in *Racc* 2001, I-6193, punto 31).

⁹¹ Per gli opportuni riferimenti v. ad es. N. Beyer, *op. cit.*, 131 s.; e, nell'ambito della nostra letteratura, L. Daniele, *Diritto del mercato unico europeo e dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*⁵, Milano 2021, 37 s., 145 ss.

⁹² In questo senso si esprime una giurisprudenza costante: v. ad es. C.G.CE, 2.10.2003, causa C-148/02, Garcia Avello, in *Racc* 2003, I-11613, punto 31; C.G.U.E, 27.3.2014, causa C-322/13, Rüffer, in <https://eur-lex.europa.eu>, punto 23; sul tema v. L. Daniele, *op. cit.*, 36 ss., con ulteriori riferimenti giurisprudenziali.

⁹³ V. *supra*, par. 4.1.

Peraltro, se un richiamo generico al dovere di cooperazione del cittadino verso il proprio Paese potesse di per sé costituire un valido motivo per la deroga, si finirebbe per giustificare automaticamente qualsiasi trattamento differenziato dei propri cittadini rispetto agli altri cittadini dell'UE in situazioni rientranti nel campo di applicazione dei Trattati (e dunque non puramente interne). È evidente che una lettura del genere svuoterebbe di senso il divieto generale di discriminazione basata sulla cittadinanza, sancito dall'art. 18 TrFUE⁹⁴.

Neppure l'aspetto teleologico – già esaminato⁹⁵ – relativo all'obiettivo dello Stato di prevenire l'elusione dei propri divieti penali può costituire una ragione oggettiva idonea a giustificare la disparità di trattamento derivante dall'impiego del criterio della personalità attiva incondizionata. Ciò in quanto – come già chiarito nel par. 4.3, cui si rinvia – il problema dell'elusione si pone con riferimento tanto ai cittadini dello Stato quanto a tutti i soggetti stabilmente residenti nel suo territorio, inclusi i cittadini degli altri Stati membri. Collegare la potestà punitiva alla mera cittadinanza dell'autore del reato non è, quindi, uno strumento del tutto adatto a prevenire forme di *fraude à la loi*. Si tratta di una misura che non supera il test di proporzionalità, in quanto non pienamente idonea a conseguire lo scopo perseguito⁹⁶. Come già affermato, uno Stato realmente intenzionato a prevenire l'elusione dei propri divieti penali dovrebbe radicare la propria giurisdizione extraterritoriale sulla base del criterio del domicilio attivo.

Si delinea, in definitiva, uno scenario piuttosto emblematico: l'art. 18 TrFUE sembra vietare il ricorso a un criterio giurisdizionale basato esclusivamente sulla nazionalità dell'autore del reato. Per evitare la violazione del principio di non discriminazione, uno Stato membro dovrebbe, dunque, rinunciare al criterio della personalità attiva o, in alternativa, estendere l'ambito di applicazione della legge penale nazionale anche ai residenti permanenti, facendo ricorso al criterio del domicilio attivo⁹⁷. Tuttavia, questa seconda opzione, come vedremo nel prossimo paragrafo, desta comunque forti dubbi, in quanto ogni forma di giurisdizione extraterritoriale svincolata dalla *lex loci* può

⁹⁴ Un rilievo analogo in N. Beyer, *op. cit.*, 132; v. anche M. Böse, *op. cit.*, 64; nonché A. Schneider, *op. cit.*, 107 s., la quale osserva che «il divieto di discriminazione risulterebbe superfluo se il particolare legame dello Stato con i propri cittadini potesse costituire di per sé una ragione obiettiva di giustificazione».

⁹⁵ V. *supra*, par. 4.2, cui si rinvia.

⁹⁶ N. Beyer, *op. cit.*, 133; M. Böse, *op. cit.*, 64-65.

⁹⁷ M. Böse, *op. cit.*, 72. V. sul punto anche K. Ambos, *Vor § 3*, cit., 205 s., il quale, in conclusione, osserva che «dal punto di vista del diritto europeo ci sono molte ragioni per ritenere che il principio di personalità attiva debba essere sostituito dal principio del domicilio [...]».

costituire un ostacolo indiretto all'esercizio della libera circolazione e quindi una restrizione illegittima di libertà fondamentali riconosciute dal diritto dell'Unione europea.

5.2. Come noto, l'art. 20 par. 2 lett. a e l'art. 21 par. 1 del TrFUE attribuiscono ai cittadini dell'Unione il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri. Con l'istituzione della cittadinanza dell'UE, tale libertà fondamentale è stata svincolata dallo svolgimento di attività economiche, assumendo così portata e valore autonomi, tanto è vero che è sancita anche nella Carta dei diritti fondamentali (art. 45 par. 1)⁹⁸. Da semplice libertà economica si è trasformata in diritto fondamentale del cittadino europeo.

Ebbene, come già anticipato, la previsione da parte di uno Stato membro di forme di giurisdizione extraterritoriale per fatti non punibili secondo la *lex loci* potrebbe avere un effetto dissuasivo sull'esercizio del diritto alla libera circolazione⁹⁹. La questione, beninteso, si pone in rapporto a ogni forma di giurisdizione extraterritoriale, indipendentemente dal fatto che essa sia basata sul criterio della personalità attiva o su quello del domicilio attivo¹⁰⁰. Chiaramente, in questa sede – tenuto conto del tema che stiamo discutendo e di quanto finora emerso – ci limiteremo a osservare il problema esclusivamente dal punto di vista dei criteri appena menzionati.

È ovvio che la giurisdizione extraterritoriale non rappresenta di per sé un ostacolo diretto all'esercizio del diritto di cui all'art. 21 TrFUE, dal momento che le norme nazionali che la prevedono non mirano a comprimere la libertà di circolazione in quanto tale. Come già osservato, nel caso di specie rileva un ostacolo indiretto.

A tal proposito, è utile ricordare che la Corte di Giustizia europea adotta un'interpretazione piuttosto ampia del concetto di "restrizione" delle libertà

⁹⁸ Per maggiori ragguagli sul quadro normativo, v. ad es. L. Daniele, *op. cit.*, 99 ss. e III, cui si rinvia anche per una prima analisi del diritto alla libera circolazione. Un'efficace illustrazione anche in B. Nascimbene, F. Rossi Dal Pozzo, *op. cit.*, 79 ss.; A. Adinolfi, *La libertà di circolazione delle persone e la politica dell'immigrazione*, in G. Strozzi, R. Mastroianni, *Diritto dell'Unione Europea. Parte speciale*⁶, Torino 2021, 52 ss. La Corte di Giustizia dell'Unione europea parla espressamente di «diritto fondamentale e individuale di circolare e soggiornare liberamente», che discende direttamente dallo *status* di cittadino europeo: v. ad es. C.G.U.E, Grande Sez., 4.10.2024, causa C-4/23, M.-A.A., in <https://eur-lex.europa.eu>, punto 52; C.G.U.E, Grande Sez., 9.6.2022, causa C-673/20, EP, *ivi*, punto 50, con ulteriori richiami giurisprudenziali. Su origine e sviluppi della cittadinanza dell'Unione, v. fra gli altri B. Nascimbene, F. Rossi Dal Pozzo, *op. cit.*, 1 ss.

⁹⁹ Fondamentalmente M. Böse, *op. cit.*, 72 ss.; v. anche N.I. Thorhauer, *op. cit.*, 525 e 528; un breve cenno in N. Beyer, *op. cit.*, 127.

¹⁰⁰ Ampi sviluppi in M. Böse, *op. cit.*, 72 ss.

fondamentali, ritenendo incompatibile con il diritto dell'Unione qualsiasi misura nazionale che ponga i cittadini UE in una posizione di svantaggio per il solo fatto di aver esercitato il proprio diritto di libera circolazione e soggiorno in un altro Stato membro¹⁰¹. Da un'analisi della giurisprudenza della Corte di Lussemburgo emerge, in particolare, come qualsiasi misura che ostacoli l'esercizio di tale diritto, anche per ragioni apparentemente formali, possa costituire una restrizione¹⁰².

Insomma, la Corte interpreta il diritto alla libera circolazione in modo estensivo, dando così rilevanza non solo alle restrizioni dirette, ma anche agli effetti indiretti che tali ostacoli possono avere sui diritti fondamentali.

Ed è chiaro che la paura da parte del cittadino o del residente di subire conseguenze penali al rientro, rispettivamente, nel Paese d'origine o nel Paese membro di residenza rappresenta una situazione idonea a creare un effetto dissuasivo sull'esercizio stesso del diritto in questione¹⁰³. D'altra parte, la stessa Corte ha più volte osservato che le

¹⁰¹ Si tratta di un orientamento pacifico: v. fra le tante C.G.CE, Grande Sez., 18.7.2006, causa C-406/04, De Cuyper, in *Racc* 2006, I-6947, punto 39; C.G.CE, 22.5.2008, causa C-499/06, Nerkowska, in *Racc* 2008, I-3993, punto 32; C.G.CE, 4.12.2008, causa C-221/07, Zablocka-Weyhermüller, in *Racc* 2008, I-9029, punto 35; C.G.CE, 23.4.2009, causa C-544/07, Rüffler, in *Racc* 2009, I-3389, punto 73; C.G.CE, Grande Sez., 14.10.2008, causa C-353/06, Grunkin e Paul, in *Racc* 2008, I-7639, punto 21; C.G.U.E, 22.12.2010, causa C-208/09, Sayn-Wittgenstein, in *Racc* 2010, I-13693, punto 53; C.G.U.E, 12.5.2011, causa C-391/09, Runevič-Vardyn e Wardyn, in *Racc* 2011, I-3787, punto 68; C.G.U.E, 18.7.2013, cause riunite C-523/11 e C-585/11, Prinz e Seeberger, in <https://eur-lex.europa.eu>, punto 27; C.G.U.E, 24.10.2013, causa C-220/12, Thiele Meneses, *ivi*, punto 22; C.G.U.E, 2.6.2016, causa C-438/14, Bogendorff von Wolffersdorff, *ivi*, punto 38.

¹⁰² Sebbene la Corte, in materia di diritto al cognome, affermi che la restrizione deve essere idonea a cagionare «seri inconvenienti» di ordine amministrativo, professionale e privato alla persona interessata, essa tende a mantenere un approccio estensivo nel valutare le restrizioni della libertà di circolazione, dando potenziale rilievo anche a svantaggi pratici derivanti da aspetti formali, come ad esempio divergenze limitate al titolo nobiliare o differenze nella grafia del cognome: v. ad es. C.G.U.E, 22.12.2010, causa C-208/09, *cit.*, punti 64-71; C.G.U.E, 12.5.2011, causa C-391/09, *cit.*, punti 76-77; sul tema, per un quadro più ampio, v. anche C.G.U.E, 2.6.2016, causa C-438/14, *cit.*, punti 37-47; C.G.CE, Grande Sez., 14.10.2008, causa C-353/06, *cit.*, punto 22; nonché C.G.CE, 2.10.2003, C-148/02, *cit.*, punto 36. Propone la stessa lettura M. Böse, *op. cit.*, 73 s. Per una panoramica efficace sul diritto al nome e sulla relativa giurisprudenza della Corte di Giustizia, v. B. Nascimbene, F. Rossi Dal Pozzo, *op. cit.*, 23 ss., 90 s.

¹⁰³ In termini più marcati M. Böse, *op. cit.*, 74, il quale precisa che sebbene lo Stato membro che rivendica la giurisdizione extraterritoriale possa avviare l'indagine anche in assenza dell'indagato, grazie agli strumenti europei di cooperazione di polizia e giudiziaria (oggi *in primis* ordine europeo di indagine), «non si può negare che l'azione penale e la condanna transnazionali incontrino ancora una serie di difficoltà e ostacoli pratici». Tali difficoltà, evidentemente, tendono ad acuirsi quando il fatto non costituisce reato secondo la *lex loci*. Sulla base di tali osservazioni, sembra ancora condivisibile l'affermazione di Böse, *op. loc. cit.*, secondo cui «un indagato che esercita il suo diritto ai sensi dell'art. 21 TrFUE ha maggiori probabilità di essere ritenuto penalmente responsabile dopo essere entrato nello Stato membro che esercita l'azione penale». Anche N.I. Thorhauer, *op. cit.*, 525, evidenzia che l'esercizio della giurisdizione risulta molto più agevole quando l'autore si trova nel territorio dello Stato che intende perseguirlo, cosicché il rischio di un'effettiva attivazione della pretesa punitiva è sensibilmente più elevato in presenza di tale circostanza.

misure agevolative previste in materia di libera circolazione dei cittadini dell'UE non potrebbero esplicitare pienamente i loro effetti qualora un cittadino di uno Stato membro fosse dissuaso dall'avvalersi di tali diritti a causa di ostacoli o restrizioni imposti dallo Stato di origine per il solo fatto di aver esercitato tale libertà¹⁰⁴.

In conclusione, sulla base della giurisprudenza richiamata, il timore di essere perseguito penalmente può considerarsi un grave impedimento alla libera circolazione all'interno dell'Unione europea e, quindi, una restrizione del diritto previsto dall'art. 21 TrFUE¹⁰⁵.

Ma non è tutto. Infatti, a ben vedere, punti di forte tensione con il diritto dell'Unione si possono cogliere anche sul piano della libera prestazione dei servizi di cui all'art. 56 TrFUE, che è parte integrante del quadro complessivo delle libertà di circolazione garantite dal TrFUE¹⁰⁶.

Giova ricordare che, secondo una giurisprudenza costante della Corte di giustizia, le attività mediche rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 56 TrFUE¹⁰⁷. In particolare, nella causa *Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd*, la Corte ha riconosciuto che l'interruzione volontaria della gravidanza, se praticata da un medico, nel rispetto della normativa dello Stato in cui è effettuata e dietro corrispettivo, costituisce una prestazione di servizi ai sensi dell'art. 60 TrCEE (oggi art. 56 TrFUE), ricavandosi implicitamente che tale qualificazione non è esclusa dal fatto che l'aborto volontario sia vietato nello Stato membro d'origine della paziente¹⁰⁸.

¹⁰⁴ V. ad es. C.G.U.E, 24.10.2013, causa C-220/12, cit., punto 23; C.G.U.E, 18.7.2013, cause riunite C-523/11 e C-585/11, cit., punto 28; C.G.CE, Grande Sez., 23.10.2007, cause riunite C-11/06 e C-12/06, Morgan e Bucher, in *Racc* 2007, I-9161, punto 26; C.G.CE, 29.4.2004, C-224/02, Pusa, in *Racc* 2004, I-5763, punto 19; C.G.CE, 11.7.2002, causa C-224/98, cit., punto 31. Ulteriori riferimenti in B. Nascimbene, F. Rossi Dal Pozzo, *op. cit.*, 91 e nota 141.

¹⁰⁵ M. Böse, *op. cit.*, 75; N.I. Thorhauer, *op. cit.*, 524 ss., 529, 533 s.

¹⁰⁶ Cfr. C. Danisi, *op. cit.*, 19 ss.; N.I. Thorhauer, *op. cit.*, 529 s., ove si richiama l'esempio dell'aborto all'estero, con riferimento alla disposizione, già menzionata, di cui al par. 5 n. 9 lett. b *StGB*. Per una panoramica delle libertà di circolazione, compresa la libera prestazione dei servizi, v. L. Daniele, *op. cit.*, 31 ss.

¹⁰⁷ C.G.CE, 31.1.1984, cause riunite C-286/82 e 26/83, Luisi e Carbone, in <https://eur-lex.europa.eu>, punto 16; C.G.CE, 28.4.1998, causa C-158/96, Kohll, *ivi*, punto 29; C.G.CE, 12.7.2001, causa C-157/99, Smits e Peerbooms, *ivi*, punto 53.

¹⁰⁸ C.G.CE, 4.10.1991, causa C-150/90, *Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd*, in <https://eur-lex.europa.eu>, punti 18-21. Sulla questione, risultano estremamente puntuali le Conclusioni dell'Avvocato generale van Gerven – rese nella causa appena richiamata – laddove egli osserva che «[l]’intervento medico, normalmente praticato contro retribuzione, con il quale si pone fine alla gravidanza di una donna originaria di un altro Stato membro, nel rispetto della normativa dello Stato membro nel quale l’intervento è effettuato, è un servizio (transfrontaliero) ai sensi dell’art. 60 del Trattato CEE», precisando, altresì, che ciò vale anche qualora l'aborto volontario sia vietato nello Stato d'origine (in <https://eur-lex.europa.eu>, punto 10).

Sulla base di tale impostazione, anche la surrogazione di maternità può astrattamente essere ricondotta nell'ambito applicativo della libertà di prestazione dei servizi, configurandosi come un trattamento medico complesso – normalmente eseguito presso cliniche private, dietro compenso – che comprende procedure di fecondazione artificiale, impianto dell'embrione e monitoraggio clinico continuativo della gravidanza.

Inoltre, è essenziale precisare che anche i *destinatari dei servizi* possono considerarsi *beneficiari di tale libertà fondamentale*¹⁰⁹. In particolare, la Corte afferma che rientra nel campo applicativo dell'art. 56 TrFUE tanto il caso «del prestatore che si reca nello Stato membro in cui il destinatario è stabilito», quanto il caso opposto del «destinatario che si reca nello Stato di stabilimento del prestatore»¹¹⁰. Pertanto, «la libera prestazione dei servizi comprende la libertà, da parte dei destinatari dei servizi, di recarsi in un altro Stato membro per fruire ivi di un servizio, senza essere impediti da restrizioni [...]»¹¹¹. In questi casi si parla di *libera prestazione dei servizi passiva*¹¹². È abbastanza evidente che, nell'ambito del diritto dell'Unione, la sua tutela sia garantita in funzione dell'obiettivo fondamentale di realizzare un mercato interno concepito come uno spazio privo di frontiere interne, attraverso l'eliminazione di ogni ostacolo che ne impedisca la piena attuazione¹¹³.

¹⁰⁹ Ancora L. Daniele, *op. cit.*, 180 s., con ampi riferimenti giurisprudenziali.

¹¹⁰ Si tratta di un orientamento costante: v. ad es. C.G.U.E, Grande Sez., 24.9.2013, causa C-221-11, Demirkan, in <https://eur-lex.europa.eu>, punto 34; per la prima affermazione di tale principio, v. C.G.CE, 31.1.1984, cause riunite C-286/82 e 26/83, cit., punto 10; ulteriori richiami alla nota successiva.

¹¹¹ C.G.CE, 31.1.1984, cause riunite C-286/82 e 26/83, cit., punto 16. V. anche, tra le altre, C.G.U.E, 27.1.2011, causa C-490/09, in *Racc* 2011, I-247, punto 35; C.G.U.E, Grande Sez., 24.9.2013, causa C-221-11, cit., punti 34-35, e giurisprudenza ivi citata; C.G.U.E, 9.3.2017, causa C-342/15, Piringer, in <https://eur-lex.europa.eu>, punti 34-35; C.G.U.E, Grande Sez., 2.4.2020, causa C-897/19 PPU, Ruska Federacija, *ivi*, punto 52. In dottrina, v. L. Daniele, *op. cit.*, 181. Sulla «forza espansiva» della libertà di circolazione e sul progressivo ampliamento della platea dei beneficiari, v. B. Nascimbene, F. Rossi Dal Pozzo, *op. cit.*, 82 ss.

¹¹² C.G.U.E, Grande Sez., 24.9.2013, causa C-221-11, cit., punto 35; C.G.U.E, 9.3.2017, causa C-342/15, cit., punto 35; C.G.U.E, 22.11.2018, causa C-625/17, Vorarlberger Landes- und Hypothekenbank AG, in <https://eur-lex.europa.eu>, punto 30. Quindi, rientrano nel campo di applicazione dell'art. 56 TrFUE tutti i cittadini dell'Unione che, «senza godere di un'altra libertà garantita dal Trattato, si recano in un altro Stato membro al fine di ricevervi determinati servizi o avendo la facoltà di riceverne» (C.G.CE, 24.11.1998, causa C-274/96, cit., punto 15). Secondo tale orientamento giurisprudenziale, destinatari di servizi sono anche i turisti, i soggetti che si recano in un altro Stato membro per ricevere cure mediche e coloro che compiono viaggi di studio o d'affari (per tutte v. ancora C.G.CE, 31.1.1984, cause riunite C-286/82 e 26/83, cit., punto 16).

¹¹³ In questi termini C.G.U.E, Grande Sez., 24.9.2013, causa C-221/11, cit., punto 56. Il riconoscimento della libera prestazione dei servizi passiva «risponde all'obiettivo di liberalizzare qualsiasi attività remunerata e non ricadente sotto le disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, delle persone e dei capitali» (C.G.U.E, 9.3.2017, causa C-342/15, cit., punto 34; già prima C.G.U.E, Grande Sez., 24.9.2013, causa C-221-11, cit., punto 34).

Per completare il quadro, occorre pure ricordare che, secondo una costante giurisprudenza della Corte, qualsiasi misura che vieti, ostacoli o scoraggi l'esercizio della libera prestazione dei servizi costituisce una restrizione di tale libertà¹¹⁴.

Orbene, sulla base di queste premesse, il divieto penale per i cittadini italiani di realizzare una surrogazione di maternità in un altro Stato membro ove la pratica è, invece, consentita rappresenta una chiara restrizione del diritto riconosciuto dall'art. 56 TrFUE¹¹⁵. Costituisce, infatti, un forte deterrente tanto per i fruitori italiani, ostacolati o scoraggiati a recarsi in un altro Paese UE per usufruire del servizio, quanto per i prestatori (operanti nello Stato membro in cui la pratica è consentita), ostacolati o scoraggiati a offrirlo o erogarlo ai cittadini italiani¹¹⁶. Ad analoga conclusione si giungerebbe anche nella prospettiva del criterio del domicilio attivo: ove si adottasse tale fattore di collegamento si determinerebbe comunque la stessa restrizione per i cittadini dell'UE residenti in Italia.

¹¹⁴ C.G.U.E, Grande Sez., 13.11.2018, causa C-33/17, Čepelnik, in <https://curia.europa.eu>, punto 37; C.G.U.E, 4-5.2017, C-339/15, Vanderborght, in <https://eur-lex.europa.eu>, punto 61 e giurisprudenza ivi citata.

¹¹⁵ Per inciso, punti di frizione si possono cogliere anche con riguardo alla libertà di stabilimento (art. 49 TrFUE): il cittadino italiano che si stabilisca in uno Stato membro in cui la surrogazione di maternità è legittima e offra o comunque promuova tale servizio rischia di essere perseguito penalmente in Italia. Per un cenno, v. C. Danisi, *op. cit.*, 19 s. Sia pur con riferimento all'interruzione della gravidanza, cfr. M. Böse, *op. cit.*, 95 s., con indicazioni bibliografiche alla nota 321, il quale, richiamando incidentalmente un'opinione prevalente in Germania, osserva che punire secondo la legge tedesca, ai sensi del par. 5 n. 9 lett. b StGB, un medico tedesco residente in Germania che pratica, nell'ambito della propria attività professionale, un aborto in un altro Stato UE nel rispetto della *lex loci* (ad es. nei Paesi Bassi) crea forti tensioni sia con il diritto di stabilimento (art. 49 TrFUE) sia con il diritto alla libera prestazione dei servizi (art. 56 TrFUE); nello stesso senso, fra gli altri, B. Hecker, *Europäisches Strafrecht*⁶, Berlin 2021, 338-340; N.I. Thorhauer, *op. cit.*, 530 s.

¹¹⁶ È utile ricordare che la norma fa riferimento a chiunque realizzi, organizzi o pubblicizzi la surrogazione di maternità. È indubbio che il divieto penale riguardi anche i medici che realizzano l'intervento. Una parte della dottrina, accedendo a una nozione ristretta di «realizzazione», ritiene che autore del reato sia solo il medico (ed eventualmente gli altri soggetti che contribuiscono alla procedura), mostrando invece forti perplessità sull'applicabilità della fattispecie ai genitori intenzionali (G. Losappio, *Maternità surrogata tra condotte off shore e diritto penale off limit*, in www.sistemapenale.it, 15.5.2023, 5 s.). Nondimeno, secondo un'altra impostazione, i committenti sarebbero comunque punibili a titolo di concorso di persone nel reato (E. Dolcini, *Surrogazione di maternità all'estero: alterazione di stato ex art. 567 co. 2 Cp? Riflessioni a margine di un volume di Flamigni e Mori*, in *Politeia* 2014, 81; A. Vallini, *Illecito concepimento e valore del concepito*, cit., 145). In senso contrario, v. ad es. V. Tiganò, *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi*, cit., 374 ss., 386 s., il quale – muovendo da una interpretazione della surrogazione di maternità in chiave di «doppia sostituzione materna» – ritiene che nella fattispecie tipica rientrino le condotte della madre biologica che consegna il nato e della madre sociale che lo riceve in affidamento, demandando la punibilità degli altri soggetti coinvolti, incluso il personale medico, all'ambito del concorso di persone ex art. 110 Cp, sempreché le loro condotte non ricadano nelle autonome fattispecie di organizzazione o di pubblicizzazione; di diverso avviso T. Trinchera, *op. cit.*, 1402 ss., che condivisibilmente considera autori del reato tanto i committenti, quanto il personale medico e la madre surrogata. Per una sintetica ricostruzione del dibattito, cfr. M. Pelissero, *Surrogazione di maternità: la pretesa di un potere punitivo universale*, cit., 4 s.; S. Manacorda, M. Colacurci, *op. cit.*, 20 s., con ulteriori indicazioni bibliografiche.

Insomma, alla luce di tutte queste considerazioni, si può affermare che il criterio scelto dal nostro legislatore per estendere all'estero la portata applicativa del divieto penale della surrogazione di maternità comporta, nel contesto europeo, una restrizione sia della libertà di circolazione delle persone garantita dall'art. 21 TrFUE, sia del diritto alla libera prestazione dei servizi di cui all'art. 56 TrFUE.

5.2.1. Giunti a questa conclusione, bisogna adesso verificare se la misura nazionale, idonea a ostacolare l'esercizio di tali libertà fondamentali, possa giustificarsi sulla base di motivi legittimi, considerato che il diritto alla libera circolazione non è incondizionato¹¹⁷. Alcune disposizioni del TrFUE prevedono, infatti, specifiche deroghe, fra le quali rientra quella che fa salve «le limitazioni giustificate da motivi d'ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica [...]»¹¹⁸.

Secondo un orientamento consolidato della Corte di Giustizia, le restrizioni delle libertà fondamentali riconosciute dal TrFUE sono ammissibili solo se giustificate da motivi imperativi di interesse pubblico, a condizione che siano idonee e proporzionate rispetto all'obiettivo perseguito dall'ordinamento nazionale, fermo restando che una misura è ritenuta idonea solo se risponde effettivamente all'intento di raggiungere lo scopo prefissato in modo coerente e sistematico¹¹⁹.

In altri termini, una restrizione della libertà di circolazione è giustificabile solo se fondata su motivazioni oggettive riconducibili a un interesse generale, indipendenti

¹¹⁷ V. ad es. C.G.CE, Grande Sez., 18.7.2006, causa C-406/04, cit., punto 36; in dottrina basti qui il rimando a B. Nascimbene, F. Rossi Dal Pozzo, *op. cit.*, 85 s.

¹¹⁸ Deroghe alla libera circolazione sono previste: dall'art. 36, in materia di libera circolazione delle merci; dall'art. 45, par. 3 e 4, in materia di libera circolazione dei lavoratori; dagli artt. 51 e 52, in materia di diritto di stabilimento, applicabili anche al settore della libera prestazione di servizi in forza del richiamo operato dall'art. 62; e infine dagli artt. 64-66, in materia di libera circolazione dei capitali. Sebbene, in materia di libera circolazione dei cittadini, il Trattato non preveda espressamente alcuna deroga, il riferimento alle «limitazioni» e alle «condizioni» contenuto nel par. 1 dell'art. 21 TrFUE è stato generalmente interpretato nel senso che anche il diritto di circolare e soggiornare liberamente negli Stati membri è soggetto alle limitazioni stabilite negli artt. 45, par. 3, e 52, par. 1. Quindi, la libertà di cui all'art. 21 TrFUE può essere ristretta per ragioni di ordine pubblico, pubblica sicurezza e salute pubblica (C.G.CE, 29.4.2004, cause riunite C-482/01 e C-493/01, Orfanopoulos, in <https://eur-lex.europa.eu>, punto 47; in dottrina, v. per tutti L. Daniele, *op. cit.*, 159). D'altronde, in riferimento alla libertà di circolazione dei cittadini, tale deroga è espressamente prevista dalla Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri (v. art. 27).

¹¹⁹ In questi termini C.G.U.E, 18.5.2017, causa C-99/16, Lahorgue, in <https://eur-lex.europa.eu>, punto 31, e ivi ulteriori riferimenti; C.G.U.E, Grande Sez., 13.11.2018, causa C-33/17, cit., punto 42; C.G.U.E, 12.9.2019, cause riunite C-64/18, C-146/18 e C-148/18, Maksimovic, *ivi*, punto 35; C.G.U.E, 14.10.2021, causa C-231/20, MT, *ivi*, punto 40.

dalla cittadinanza dei soggetti coinvolti; inoltre, la misura non deve andare oltre quanto strettamente necessario per il conseguimento dell'obiettivo perseguito¹²⁰.

Va altresì ricordato che la Corte adotta un approccio piuttosto rigoroso nel valutare il rispetto delle condizioni che legittimano deroghe alla libertà di circolazione, specie del requisito della proporzionalità¹²¹. Come chiarito dalla Corte, lo *status* di cittadino dell'UE «impone un'interpretazione *particolarmente* restrittiva delle deroghe a tale libertà»¹²². Del resto, fin dalle origini della Comunità europea, l'eliminazione degli ostacoli alla circolazione ha rappresentato un elemento centrale nel processo di integrazione.

Alla luce di queste premesse, l'obiettivo perseguito dal legislatore italiano, ossia impedire l'elusione della norma penale nazionale, non sembra poter costituire un motivo imperativo d'interesse generale idoneo a giustificare una deroga alla libertà di circolazione.

Si deve, anzitutto, tenere conto dell'orientamento della Corte di Giustizia secondo cui un cittadino dell'UE può legittimamente esercitare il proprio diritto alla libera circolazione *anche al solo scopo di beneficiare di una legislazione meno rigorosa rispetto a quella del Paese membro d'origine*¹²³. In tale prospettiva, è pienamente legittimo che i cittadini dell'UE si avvalgano di tale libertà per sottrarsi all'applicazione di una disciplina restrittiva del Paese di provenienza: questa facoltà costituisce, infatti, un *elemento essenziale dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne* (art. 3, par. 2, TrUE)¹²⁴.

¹²⁰ Fra le tante, v. C.G.CE, Grande Sez., 18.7.2006, causa C-406/04, cit., punti 40 e 42; C.G.CE, Grande Sez., 23.10.2007, cause riunite C-11/06 e C-12/06, cit., punto 33; C.G.U.E, 18.7.2013, cause riunite C-523/11 e C-585/11, cit., punto 33 e giurisprudenza ivi citata; C.G.U.E, 2.6.2016, causa C-438/14, Bogendorff von Wolffersdorff, in <https://eur-lex.europa.eu>, punto 48; C.G.U.E, Grande Sez., 4.10.2024, causa C-4/23, M.-A.A., ivi, punto 59.

¹²¹ L. Daniele, *op. cit.*, 148.

¹²² Ad es. C.G.CE, 29.4.2004, cause riunite C-482/01 e C-493/01, cit., punto 65, corsivo aggiunto. Nell'ambito della dottrina, cfr. L. Daniele, *op. cit.*, 159; B. Nascimbene, F. Rossi Dal Pozzo, *op. cit.*, 33, 120-121; con specifico riferimento alle limitazioni giustificate da motivi di ordine pubblico, nell'ambito della materia qui considerata, v. A. Pisapia, *Maternità surrogata versus libera circolazione nel mercato interno*, in *Studi sull'integrazione europea* 2019, 198. L'interpretazione restrittiva delle deroghe, da sempre seguita dalla Corte di Giustizia, è stata formalmente recepita nella Direttiva 2004/38/CE (sul punto v. oltre nel testo).

¹²³ C.G.U.E, 1.3.2012, causa C-467/10, Akyüz, in <https://eur-lex.europa.eu>, punto 76, con riferimento al c.d. turismo della patente di guida; v. anche C.G.U.E, 26.4.2012, causa C-419/10, Hofmann, ivi, punto 84 e C.G.CE, 26.6.2008, cause riunite C-326/06 e C-343/06, Wiedemann e Funk, ivi, punto 54, sempre in materia di patente di guida.

¹²⁴ Nello stesso senso M. Böse, *op. cit.*, 97; nonché N.I. Thorhauer, *op. cit.*, 529 s., la quale osserva che quando un cittadino si reca in un altro Stato membro per sfruttare a proprio vantaggio una legislazione meno severa esercita legittimamente le libertà garantite dall'Unione. Alla luce di tale impostazione, l'A. considera il caso dell'aborto praticato in un altro Stato membro, con riferimento alla disciplina tedesca – già richiamata nel corso di questo lavoro – che sulla base del criterio della personalità attiva (e del domicilio attivo), non limitato dalla *lex loci*,

Com'è stato condivisibilmente sostenuto, l'obiettivo di uno Stato membro di evitare che i propri cittadini eludano la legge penale nazionale compiendo la condotta all'estero, dove risulta lecita, non appare, nello spazio giuridico dell'Unione, uno scopo legittimo. Sarebbe, infatti, incoerente riconoscere ai cittadini dell'Unione la libertà di circolazione all'interno dello spazio comune e, al contempo, assoggettarli al rischio della sanzione penale per il solo fatto di averla esercitata¹²⁵.

Anche a voler ritenere che una siffatta misura nazionale, volta a perseguire i cittadini per fatti commessi all'estero, sia fondata su motivi imperativi di interesse generale, essa non sembra potere comunque superare il test di proporzionalità.

A tal proposito, occorre richiamare le osservazioni formulate dall'Avvocato generale van Gerven nelle sue Conclusioni presentate nella causa *Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd*¹²⁶. In quel contesto, l'Avvocato generale si è pronunciato sulla compatibilità con il diritto dell'Unione di una normativa irlandese che vietava, esclusivamente all'interno del territorio nazionale, di fornire alle donne incinte informazioni relative a cliniche situate in altri Stati membri dove l'aborto è legalmente praticabile. Pur riconoscendo che tale misura potesse rappresentare un potenziale ostacolo alla libera circolazione dei servizi, egli ha ritenuto che, in considerazione del valore costituzionale attribuito in Irlanda alla tutela della vita del nascituro, il divieto potesse considerarsi proporzionato. Nel rafforzare tale valutazione, l'Avvocato generale ha sottolineato – e qui sta il passaggio che rileva ai fini del nostro discorso – che misure di carattere extraterritoriale, come il divieto per le donne incinte di recarsi all'estero per abortire o l'imposizione di controlli al loro rientro, costituirebbero invece ostacoli sproporzionati alla libertà riconosciuta dall'art. 6o TrCEE, oggi art. 56 TrFUE. Da questa impostazione si ricava un'interpretazione delle libertà di circolazione nel senso che agli Stati membri non è consentito estendere la propria giurisdizione oltre i confini nazionali per impedire ai propri cittadini di compiere in un altro Stato membro atti penalmente vietati nell'ordinamento interno ma leciti secondo la *lex loci*¹²⁷.

prevede la perseguibilità all'estero dell'interruzione di gravidanza nei casi vietati (par. 5 n. 9 lett. b in combinato disposto con il par. 218 *StGB*).

¹²⁵ N.I. Thorhauer, *op. cit.*, 540.

¹²⁶ Conclusioni dell'avvocato generale Walter van Gerven, 11.6.1991, causa C-159/90, cit., punti 29 e 38.

¹²⁷ Nello stesso senso M. Böse, *op. cit.*, 95; cfr. anche B. Hecker, *op. cit.*, 337 s.; N.I. Thorhauer, *op. cit.*, 530 s, 548, che, in questa prospettiva, considera sproporzionata la misura tedesca in materia di aborto (par. 5 n. 9 lett b Cp). Sui profili di incompatibilità di tale disciplina tedesca con le libertà riconosciute dal TrFUE v. anche i contributi indicati *supra*, nota 115.

Con specifico riferimento alla previsione italiana sull'estensione extraterritoriale della surrogazione di maternità, emergono ulteriori elementi che conducono a un esito negativo del test di proporzionalità. Infatti, come già osservato (*supra*, par. 4.3, cui si rinvia), la misura si applica anche ai cittadini italiani residenti stabilmente all'estero, sebbene siffatte ipotesi non configurino casi di sfruttamento del *forum shopping*; per altro verso, essa non è del tutto idonea a conseguire l'obiettivo prefissato (evitare il fenomeno elusivo del c.d. "turismo procreativo"), non applicandosi agli stranieri con residenza stabile in Italia.

Si consideri, inoltre, che la Corte, in materia di libertà economiche, già da tempo ha statuito che la libertà di stabilimento comporta il diritto di scegliere lo Stato membro le cui norme di diritto societario siano ritenute meno restrittive, precisando che l'esercizio di questa facoltà, nell'ambito del mercato unico, *non può di per sé costituire un abuso del diritto corrispondente*¹²⁸. Oltretutto, si rileva «una scarsa propensione», da parte della giurisprudenza della Corte, a riconoscere che una determinata condotta individuale possa integrare un abuso delle libertà di circolazione delle persone, anche qualora essa comporti l'elusione di norme nazionali di carattere restrittivo¹²⁹.

Sotto altro versante, si tenga pure presente che, ai sensi dell'art. 27, par. 2, secondo periodo, della Direttiva 2004/38/CE, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, la deroga basata su motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza non può essere invocata per perseguire scopi di «prevenzione generale»¹³⁰.

¹²⁸ C.G.CE, 9.3.1999, causa C-212/97, Centros Ltd, in <https://eur-lex.europa.eu>, punto 27; C.G.U.E, Grande Sez., 25.10.2017, causa C-106/16, Polbud – Wykonawstwo sp. z o.o., *ivi*, punti 40-41, con ulteriori richiami. In generale, sulla controversa categoria dell'abuso del diritto dell'Unione europea, basti qui il rimando a B. Nascimbene, F. Rossi Dal Pozzo, *op. cit.*, 142 ss.

¹²⁹ S. Poli, *Le preoccupazioni degli Stati membri per l'abuso delle libertà di circolazione delle persone alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *DirUE* 2017, 576 ss. L'Autrice richiama, emblematicamente, C.G.U.E, 17.7.2014, C-58/13 e C-59/13, Torresi, in <https://curia.europa.eu>, punti 49 e 52, nella quale si esclude che configuri un abuso del diritto di stabilimento il trasferimento di un cittadino italiano in un altro Stato membro (nel caso di specie, la Spagna) per ottenere il titolo di avvocato secondo la normativa locale più favorevole, anche se ciò consente di eludere le disposizioni dell'ordinamento italiano che subordinano l'accesso alla professione forense al superamento di un esame di Stato. Alcune situazioni di abuso sono state individuate nell'ambito della materia societaria, sia pure in relazione a casi circoscritti, e, per quanto riguarda la libera circolazione delle persone fisiche, nel caso di matrimoni fittizi tra cittadini dell'Unione e cittadini di Stati terzi. Maggiori ragguagli in S. Poli, *op. cit.*, 577 ss., con i dovuti richiami; sul tema v. anche N.I. Thorhauer, *op. cit.*, 531 ss. e nota 1688, 541.

¹³⁰ Nondimeno, questo principio risulta già implicitamente ricavabile dal primo periodo del par. 2 del medesimo articolo, nella parte in cui si precisa che i provvedimenti nazionali emanati per motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza devono essere adottati «esclusivamente in relazione al comportamento personale della persona nei riguardi della quale essi sono applicati». Il principio oggi codificato all'art. 27 par. 2, secondo periodo, della Direttiva 2004/38/CE era stato già espresso in varie occasioni dalla Corte di Giustizia. V. ad es. C.G.CE,

Il punto appena richiamato assume rilievo poiché, come già precisato, lo scopo di evitare l'elusione dei divieti penali nazionali – e, quindi, l'obiettivo di contrastare il *forum shopping* – asseconda, com'è evidente, alcune logiche generalpreventive¹³¹. Infatti, il sistematico sottrarsi – da parte di cittadini (e residenti) – al divieto penale nazionale e alle relative sanzioni mediante il ricorso al *forum shopping* potrebbe comportare un significativo indebolimento della forza precettiva del divieto, e quindi determinare una progressiva erosione della capacità della norma penale di orientare efficacemente le condotte umane¹³².

Ebbene, anche alla luce del principio generale dettato dalla Direttiva 2004/38/CE in ordine alle limitazioni del diritto d'ingresso e di soggiorno per motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza o di sanità pubblica (Capo VI), l'obiettivo di evitare l'elusione di norme penali non sembra potere giustificare la deroga prevista per ragioni di ordine pubblico.

D'altra parte, come precisa lo stesso art. 27, par. 2, «[i]l comportamento personale deve rappresentare una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave da pregiudicare un interesse fondamentale della società»¹³³. Non è possibile, in tal senso, richiamare genericamente il limite dell'ordine pubblico per giustificare ostacoli all'esercizio delle libertà fondamentali riconosciute dal diritto dell'UE¹³⁴. Benché il diritto dell'Unione non imponga agli Stati membri di adottare una «scala uniforme di valori» nella valutazione dei comportamenti che possono ritenersi contrari all'ordine pubblico¹³⁵, ciononostante, in via di principio, può dubitarsi che una condotta non

26.2.1975, causa 67/74, Bonsignore, in <https://eur-lex.europa.eu>, punti 6-7; C.G.CE, 18.5.1989, causa 249/86, Commissione delle Comunità europee, *ivi*, punto 18; C.G.CE, 29.4.2004, cause riunite C-482/01 e C-493/01, *cit.*, punto 68. In dottrina, v. fra gli altri L. Daniele, *op. cit.*, 161; B. Nascimbene, F. Rossi Dal Pozzo, *op. cit.*, 126-127; v. anche G. Preite, R. Zappatore, *Sicurezza e libera circolazione: quali prospettive per l'area Schengen?*, in *Iconocrazia – Rivista di Scienze Sociali e Filosofia Politica* 2023, 115 (<https://ojs.cimedoc.uniba.it>).

¹³¹ V. *supra*, par. 4.2.

¹³² Cfr. sul punto M. Böse, *op. cit.*, 94-95.

¹³³ La disposizione recepisce e sistematizza un orientamento giurisprudenziale consolidato della Corte di Giustizia, che ha progressivamente ridefinito – sebbene in negativo – i contorni concettuali delle nozioni di ordine pubblico e sicurezza pubblica, riducendo gli ampi margini di discrezionalità inizialmente rivendicati dagli Stati membri in nome della tutela di interessi nazionali ritenuti dagli stessi preminenti. In questi termini B. Nascimbene, F. Rossi Dal Pozzo, *op. cit.*, 129, con gli opportuni richiami giurisprudenziali.

¹³⁴ C. Danisi, *op. cit.*, 20 s., con richiami. Nonostante l'Unione europea sia tenuta a rispettare l'identità nazionale (art. 4 TrUE), una misura limitativa della libertà fondamentale di circolazione non può essere giustificata mediante un mero richiamo, generico o indeterminato, alla clausola dell'ordine pubblico. Secondo un costante orientamento della Corte di Giustizia, l'autorità pubblica deve dimostrare «in modo concreto e circostanziato» la sussistenza dei presupposti di ammissibilità della deroga individuati dalla giurisprudenza (L. Daniele, *op. cit.*, 160 s.).

¹³⁵ C.G.CE, 20.11.2001, causa C-268/99, Jany, in *Racc* 2001, I-8615, punto 60.

punita da altri Stati membri e anzi ritenuta dagli stessi *lecita* – specie se a determinate condizioni procedurali – possa considerarsi una *grave minaccia* a un interesse *fondamentale* della società.

Per di più, la Corte ha costantemente affermato che «se è vero che gli Stati membri restano sostanzialmente liberi di determinare, conformemente alle loro necessità nazionali — che possono variare da uno Stato membro all'altro e da un'epoca all'altra — le esigenze dell'ordine pubblico e della pubblica sicurezza, resta il fatto che, nel contesto comunitario, specie in quanto autorizzano una deroga al principio fondamentale della libera circolazione delle persone, tali esigenze devono essere intese in senso restrittivo, di guisa che la loro portata *non può essere determinata unilateralmente da ciascuno Stato membro senza il controllo delle istituzioni della Comunità europea*»¹³⁶.

In altri termini, l'ambito dell'ordine pubblico non può essere definito in via autonoma da ciascun Stato membro, essendo sottoposto a un controllo comunitario piuttosto stringente volto a garantire l'effettiva tutela delle libertà fondamentali e l'integrità del mercato unico¹³⁷.

¹³⁶ C.G.CE, 10.7.2008, causa C-33/07, Jipa, in *Racc* 2008, I-5173, punto 23 (corsivo aggiunto), con ampi richiami; v. anche, fra le altre, C.G.U.E, Grande Sez., 5.6.2018, causa C-673/16, Coman, in <https://curia.europa.eu>, punto 44; in dottrina, v. B. Nascimbene, F. Rossi Dal Pozzo, *op. cit.*, 123, con ulteriori riferimenti.

¹³⁷ C. Danisi, *op. cit.*, 21. Pur nella consapevolezza della complessità del tema, è opportuno precisare che la clausola dell'ordine pubblico richiamata nel TrFUE come possibile deroga al principio della libera circolazione non va confusa con quella rilevante, ai sensi della l. 31.5.1995 n. 218, nel diritto internazionale privato. Le due nozioni operano, infatti, in ambiti normativi distinti e rispondono a finalità diverse. Infatti, l'ordine pubblico internazionale rappresenta, in sintesi, un limite all'applicazione o al riconoscimento di norme o atti giuridici stranieri incompatibili con i principi e i valori fondamentali dell'ordinamento del foro, al fine di garantirne la coerenza interna. Per un approfondimento sul tema, v. O. Feraci, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Milano 2012, 368 ss. Sulla nascita e sull'evoluzione dell'ordine pubblico internazionale nell'esperienza del nostro ordinamento, v. ad es. A. Ciervo, *Le metamorfosi dell'ordine pubblico nell'esperienza costituzionale italiana*, Napoli 2023, *passim*; in tale prospettiva, occorre osservare come, ormai da anni, sia in corso un ripensamento – tuttora oggetto di dibattito – della categoria dell'ordine pubblico internazionale, progressivamente orientata verso un modello meno statualista e difensivo, più attento alle esigenze della comunità internazionale e alla salvaguardia dei diritti fondamentali e dei principi condivisi a livello sovranazionale (c.d. concezione universalistica): per i dovuti raggugli, v. ad es. A.G. Grasso, *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello status*, Torino 2022, 204 ss., con richiami; nonché F. Angelini, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità*, Napoli 2020, 227 ss., con particolare attenzione alle oscillazioni giurisprudenziali.

Proprio considerando la fondamentale distinzione tra ordine pubblico nell'ambito del TrFUE e ordine pubblico internazionale, va letto l'assunto delle Sezioni unite civili, le quali – unilateralmente e forse in modo stereotipato – hanno fondato il diniego della trascrivibilità dell'atto di nascita estero, relativo a bambini nati tramite surrogazione di maternità, sul rilievo che il divieto penale di cui all'art. 12 co. 6 l. 40/2004 «integra un principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante e l'istituto dell'adozione [...]» [Cass. civ. S.U. 8.11.2022 n. 38162, cit., punto 4.1 della parte motiva; Cass. civ. S.U.

6.11.2018 n. 12193, in *CEDCass*, m. 653931-04, punti 13.2 e 13.4 della parte motiva]. Per un esame dell'evoluzione giurisprudenziale in materia di maternità surrogata e ordine pubblico internazionale, v. ad es. F. Angelini, *op. cit.*, 191 ss.; A. Ciervo, *op. cit.*, 601 ss. Pur ribadendo la problematicità – già segnalata (*supra*, nota 4) – del richiamo alla dignità umana in senso oggettivo quale fondamento della scelta d'incriminazione, va rilevato come il giudizio reso dalle Sezioni unite in quella sede, riguardando l'ordine pubblico internazionale, non incida automaticamente sulla distinta nozione di ordine pubblico rilevante nel contesto del TrFUE quale possibile deroga alla libertà di circolazione. In tale ambito, come già ricordato, la Corte di Giustizia ha costantemente affermato l'esigenza di un'interpretazione e applicazione particolarmente restrittiva della clausola derogatoria. Del resto, per le ragioni già illustrate, l'estensione extraterritoriale del divieto italiano in materia di surrogazione di maternità appare, nel quadro del diritto dell'Unione europea, una misura non giustificabile, quantomeno perché sproporzionata.

Si consideri, peraltro, che la stessa Corte di Giustizia, in una recente pronuncia relativa a un caso di nascita avvenuta a seguito di procreazione medicalmente assistita, ha escluso che il riconoscimento, da parte di uno Stato membro, della filiazione *lecitamente* costituita in un altro Stato UE a favore di coppie dello stesso sesso possa ledere l'identità nazionale o l'ordine pubblico. Al contrario, ne ha valorizzato il ruolo funzionale rispetto all'esercizio delle libertà fondamentali legate alla cittadinanza europea, in particolare della libertà di circolazione (C.G.U.E, Grande Sez., 14.12.2021, causa C-490/20, V.M.A. contro Stolichna obshtina, rayon "Pancharevo", in <https://eur-lex.europa.eu>, punti 55-57). Dopo aver ribadito che tali libertà possono essere limitate solo in presenza di minacce reali e sufficientemente gravi a interessi fondamentali della società, la Corte ha sottolineato che ogni restrizione deve comunque essere conforme ai diritti riconosciuti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE), in particolare agli artt. 7 e 24 CDFUE, relativi l'uno al diritto al rispetto della vita privata e familiare, l'altro ai diritti del minore (*ivi*, punti 58-65). Benché la pronuncia non riguardi direttamente la surrogazione di maternità, i principi affermati sembrano applicabili ai casi di cittadini europei che ricorrano *lecitamente* a tale pratica nel contesto intraeuropeo ed esercitino poi la libertà di circolazione. Infatti, negare il riconoscimento del rapporto di filiazione già accertato in un altro Stato membro determinerebbe una disparità di trattamento tra minori, basata sul diverso metodo di concepimento e gestazione, e dunque una violazione del principio di non discriminazione (in questo senso, v. ad es. C. Danisi, *op. cit.*, 21; v. anche A.G. Grasso, *op. cit.*, 233). Inoltre, come già evidenziato, qualora la *surrogacy* sia realizzata nel rispetto della *lex loci*, non sembra potersi configurare una minaccia concreta e grave a un interesse fondamentale della società, tale da giustificare una restrizione delle libertà fondamentali garantite dal diritto dell'Unione, tanto più ove ciò comporti un'interferenza ingiustificata nella vita familiare del minore e dei genitori intenzionali (per ulteriori approfondimenti, v. ancora C. Danisi, *op. cit.*, 21, da leggersi tenendo conto delle riflessioni di pag. 9 e ss.). È evidente che un simile approccio non può essere automaticamente esteso alle situazioni rientranti nel solo campo del diritto internazionale privato. Sul punto v. O. Feraci, *Il riconoscimento «funzionalmente orientato» dello status di un minore nato da due madri nello spazio giudiziario europeo: una lettura internazionalprivatistica della sentenza Pancharevo*, in *RDInt.* 2022, 573 ss., la quale sottolinea come la sentenza "Pancharevo" garantisca un riconoscimento meramente funzionale delle situazioni giuridiche straniere, limitato all'esercizio delle libertà fondamentali di circolazione e soggiorno sancite dal TrFUE. Al di fuori dell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, resta pienamente operante la disciplina internazionalprivatista, i cui esiti, variabili secondo la sensibilità assiologica dei singoli ordinamenti, riflettono un concetto di ordine pubblico diverso da quello funzionalmente inteso in sede unionale. L'approccio della Corte non sostituisce dunque le tecniche di riconoscimento proprie del diritto internazionale privato: l'obbligo di riconoscimento resta confinato a quanto strettamente necessario per garantire l'esercizio dei diritti UE, senza estendersi ad altri effetti giuridici dello *status* familiare (es. affidamento, sicurezza sociale o successioni). Come ulteriormente osserva O. Feraci, *op. loc. ult. cit.*, la cittadinanza europea costituisce sì un presupposto per l'attivazione del riconoscimento funzionale, ma non comporta di per sé l'applicabilità del diritto UE a situazioni puramente interne, ossia prive di collegamento con il diritto dell'Unione.

È innegabile che la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea abbia progressivamente inciso sulla clausola dell'ordine pubblico, contribuendo a riconfigurarla in funzione del consolidamento del processo di integrazione europea¹³⁸.

In conclusione, alla luce di quanto emerso, sembra profilarsi una differenza basilare tra la giurisdizione extraterritoriale esercitata da un Paese membro per prevenire *la fraude à la loi* in relazione a fatti commessi in Stati non appartenenti all'Unione europea e la giurisdizione extraterritoriale esercitata allo stesso scopo ma in relazione a fatti commessi in un altro Stato membro. In quest'ultimo caso, il ricorso al criterio della personalità attiva (e del domicilio attivo) svincolato dalla *lex loci* pregiudica illegittimamente il diritto fondamentale alla libera circolazione e la correlata facoltà di avvalersi della diversità dei modelli penali all'interno dell'Unione¹³⁹.

6. L'analisi svolta mette in luce una serie di criticità insite nella nuova portata extraterritoriale del reato di surrogazione di maternità.

Innanzitutto, il criterio di collegamento adottato non risulta del tutto idoneo al conseguimento dello scopo che si intende perseguire, ossia evitare l'elusione del divieto penale nazionale. Come visto, il problema dell'elusione mediante il ricorso al *forum shopping* non riguarda solamente i cittadini dello Stato ma si estende più in generale a tutti i soggetti stabilmente *residenti* nel suo territorio, *indipendentemente dalla loro cittadinanza*. Tanto è vero che, sul piano comparatistico, è emerso come diversi ordinamenti, incluso quello italiano, affianchino talvolta il criterio del domicilio attivo a quello della personalità attiva, proprio con l'intento di reprimere in modo più efficace ogni forma di *fraude à la loi*.

Inoltre, la misura adottata si spinge oltre i limiti della stretta necessità: se l'obiettivo di fondo dello Stato è evitare l'elusione del divieto penale nazionale, la giurisdizione extraterritoriale non dovrebbe estendersi alle condotte di surrogazione realizzate da cittadini italiani *residenti stabilmente all'estero*, non venendosi a determinare in questi casi situazioni deliberate di *forum shopping*.

Le cose, come appurato, si complicano ulteriormente e di parecchio con riguardo alle condotte di surrogazione di maternità realizzate dai cittadini italiani in Stati appartenenti all'UE.

¹³⁸ V. sul punto A. Pisapia, *op. cit.*, 198, con riferimenti bibliografici alla nota 56.

¹³⁹ M. Böse, *op. cit.*, 97.

In questi casi, punire un fatto commesso all'estero in mancanza di doppia incriminazione configura una violazione tanto del principio di non discriminazione sulla base della mera nazionalità, sancito dall'art. 18 TrFUE, quanto del diritto fondamentale alla libera circolazione di cui all'art. 21 TrFUE, nonché del diritto alla libera prestazione dei servizi garantito dall'art. 56 TrFUE, nel cui campo applicativo rientra, come si è potuto precisare, anche il caso del destinatario del servizio che si reca nello Stato di stabilimento del prestatore.

Relativamente al divieto di discriminazione, il contrasto tra diritto interno e diritto eurounitario dipende dal fatto che il criterio di collegamento scelto dal nostro legislatore obbliga a rispettare la norma penale all'estero solo i cittadini italiani e non gli altri cittadini dell'UE residenti nel territorio italiano. Si tratta di una disparità di trattamento che, come constatato, non può essere giustificata su basi oggettive.

Per quanto riguarda, invece, gli articoli 21 e 56 del TrFUE, la tensione si configura in quanto la previsione di una forma di giurisdizione extraterritoriale per fatti non punibili secondo la *lex loci* genera un effetto dissuasivo sul concreto esercizio delle libertà garantite da tali fonti europee. Anche in questo caso, l'analisi svolta non ha consentito di individuare elementi in grado di giustificare la misura nazionale idonea a ostacolare l'esercizio di queste libertà fondamentali.

Nel contesto dell'Unione, il destino della nuova norma pare, dunque, già segnato.

In virtù del principio del primato del diritto dell'Unione europea, l'incompatibilità tra la norma penale in questione e le suddette norme europee a efficacia diretta¹⁴⁰ impone al giudice nazionale – quale organo chiamato ad applicare, nell'ambito della propria competenza, il diritto dell'Unione – di disapplicare la disciplina interna confliggente, al fine di garantire la piena efficacia e l'uniforme applicazione delle norme europee¹⁴¹.

¹⁴⁰ Sull'efficacia diretta nell'ordinamento degli Stati membri delle disposizioni di cui agli artt. 21 e 56 TrFUE, v. ad es. L. Daniele, *op. cit.*, 31 s., 101 ss., 172, con ampi richiami. Dall'angolo visuale dei casi in cui si invoca l'applicazione congiunta degli artt. 18 e 21 TrFUE, v. B. Nascimbene, F. Rossi Dal Pozzo, *op. cit.*, 88 s. In merito all'effetto diretto delle norme dell'UE quale presupposto essenziale della disapplicazione, da parte del giudice nazionale, della normativa interna in contrasto con il diritto eurounitario, v. D. Gallo, *Effetto diretto del diritto dell'Unione europea e disapplicazione, oggi*, in *OssFonti* 3/2019, 35 ss., il quale sviluppa riflessioni particolarmente articolate anche sulla «possibile scissione tra disapplicazione immediata ed effetto diretto», al di fuori dell'ambito dei controlimiti. Sulle origini e sull'evoluzione del principio dell'effetto diretto, v. l'interessante studio monografico di Id., *Direct Effect in EU Law*, Oxford 2025, *passim*.

¹⁴¹ Si tratta, com'è noto, di un principio consolidato nella giurisprudenza della Corte di Giustizia (v. fondamentalmente C.G.CE, 9.3.1978, causa C-106/1977, Simmenthal, in *Racc* 1978, 629, punti 21-24) e recepito dalla nostra Corte costituzionale nella famosa sentenza *Granital* (n. 170/1984). Spetta dunque direttamente al giudice ordinario risolvere il conflitto, tramite la disapplicazione della norma interna contrastante, senza potere

In conclusione, il criterio adottato dal legislatore per ridefinire la portata extraterritoriale della surrogazione di maternità opera su un terreno estremamente accidentato, manifestando incoerenze funzionali e ponendosi, nei termini precisati, in aperto contrasto con il diritto dell'Unione europea.

né dovere rimettere la questione alla Corte costituzionale. Sul punto, v. F. Viganò, *L'adeguamento del sistema penale italiano al "diritto europeo" tra giurisdizione ordinaria e costituzionale*, in *DPenCont.* 2/2014, 172, cui si rinvia anche per una chiara illustrazione delle tecniche mediante le quali il giudice ordinario può assicurare l'adeguamento del sistema penale nazionale al diritto dell'Unione europea (*ivi*, 167 ss.). Naturalmente, in caso di dubbi sull'esistenza dell'incompatibilità e/o sulla natura direttamente efficace della norma europea, il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia (art. 267 TrFUE) rappresenta uno strumento fondamentale, obbligatorio o facoltativo a seconda che la giurisdizione nazionale sia, rispettivamente, di ultima istanza o meno.

Bisogna, tuttavia, richiamare un recente orientamento della giurisprudenza costituzionale che mira a superare la stretta correlazione – esplicitata nella sentenza *Granital* (punti 5-7) – tra effetto diretto, disapplicazione immediata e inammissibilità delle remissioni alla Consulta al di fuori dei controlimiti (C. cost., 19.11.2024 n. 181, in www.cortecostituzionale.it; C. cost., 3.1.2025 n. 1, *ivi*; C. cost., 4.2.2025, n. 7, *ivi*; C. cost., ord. 20.2.2025, n. 21, *ivi*; C. cost., 20.3.2025, n. 31, *ivi*). Sulla base di questo indirizzo, il giudice nazionale, ove rilevi l'incompatibilità tra la normativa interna e una disposizione del diritto dell'Unione europea dotata di efficacia diretta, può disapplicare la norma interna contrastante, se del caso previo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, «ovvero sollevare una questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 117, primo comma, e dell'art. 11 della Costituzione» (C. cost. n. 181/2024, cit., punto 6.1 del Cons. in dir.). In tale ipotesi, si precisa, sarà poi la stessa Consulta a rivolgersi alla Corte di giustizia, «ove siano incerte la portata e la latitudine delle garanzie riconosciute dal diritto dell'Unione, "che si riverberano sul costante evolvere dei precetti costituzionali, in un rapporto di mutua implicazione e di feconda integrazione" (ordinanza n. 182 del 2020, punto 3.2. del *Considerato in diritto*)» (*ibidem*; v. inoltre C. cost., n. 1/2025, cit., punto 3.1; C. Cost. n. 7/2025, cit., punto 2.2.2.; C. Cost. n. 21/2025, cit., punto 6; C. Cost. n. 31/2025, cit., punto 4.1). Questo orientamento, a ben vedere, si inserisce nel solco di precedenti pronunce che mostrano la tendenza della Corte a riaccentrare su di sé l'esercizio del sindacato sui diritti fondamentali: v. C. cost., 14.12.2017 n. 269, in www.cortecostituzionale.it, e, sia pur con significativi temperamenti, C. cost., 21.2.2019 n. 20. Maggiori approfondimenti, corredati da ampi richiami, in D. Gallo, *L'effetto diretto e il nodo (di quel che rimane) della dottrina della doppia pregiudizialità*, in *Rivista del contenzioso europeo* 2025, 1, disponibile in <https://europeanlitigation.eu>, che offre un'attenta analisi della portata del superamento della logica delineata dalla sentenza *Granital*.