

GIURISDIZIONE PENALE EXTRATERRITORIALE E SURROGAZIONE DI MATERNITÀ: CRITICITÀ DELL'ADOZIONE INCONDIZIONATA DEL CRITERIO DI PERSONALITÀ ATTIVA NELLA LEGGE "VARCHI"

di Vincenzo Tigano

(*Ricercatore di diritto penale, Università Magna Graecia di Catanzaro*)

Sommario: 1. L'approvazione della legge "Varchi" in materia di applicazione extraterritoriale incondizionata al cittadino italiano delle fattispecie di maternità surrogata: le deroghe all'art. 9 Cp. – 2. L'adozione del criterio giurisdizionale della personalità attiva: fondamenti e limiti di sindacabilità. – 3. L'applicabilità extraterritoriale della fattispecie tra criterio teleologico e criterio strutturale. – 4. La ricerca dei fondamenti costituzionali della doppia incriminazione: dalle garanzie penali al giudizio di proporzionalità dell'incriminazione extraterritoriale (rinvio). – 5. Applicazione extraterritoriale della legge penale e garanzie penali nazionali. – 5.1. Il rispetto del principio di offensività. – 6. Il sindacato sulla proporzionalità dell'incriminazione extraterritoriale incondizionata. – 6.1. L'applicazione dei parametri della proporzionalità in senso ampio: profili critici sull'idoneità e sulla necessità della scelta normativa rispetto al pubblico interesse perseguito. – 6.2. Il sindacato di proporzionalità in senso stretto: ridimensionamento del grado di disvalore delle condotte realizzate presso ordinamenti garantisti e costi diretti e indiretti del divieto. – 7. Applicazione extraterritoriale della fattispecie e Convenzione europea dei diritti dell'uomo. – 7.1. Conformità con la dimensione convenzionale della legalità penale. – 7.2. La tutela del diritto alla vita privata e familiare dei ricorrenti: la funzione della morale nel test di proporzionalità e nel margine di apprezzamento in relazione alle violazioni extraterritoriali. – 8. Conclusioni.

1. Dopo lunghe e accese discussioni, il 16 ottobre 2024 il Senato ha definitivamente approvato la legge "Varchi" – dal nome della sua prima firmataria – di modifica all'art. 12 della Legge 19 febbraio 2004, n. 40, «in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano», dichiaratamente finalizzata a potenziare il contrasto al fenomeno della maternità surrogata attraverso la repressione incondizionata dei cittadini italiani che, a tal fine, intraprendano il "turismo riproduttivo". La legge, per la cui entrata in vigore si attende la

promulgazione del Presidente della Repubblica e la pubblicazione nella Gazzetta ufficiale, dispone l'aggiunta di un periodo finale nel testo dell'art. 12 co. 6 l. 19.2.2004 n. 40, ove sono punite, con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da seicentomila a un milione di euro, la realizzazione, l'organizzazione, la pubblicizzazione della commercializzazione di gameti ed embrioni e della surrogazione di maternità: «Se i fatti di cui al periodo precedente, con riferimento alla surrogazione di maternità, sono commessi all'estero, il cittadino italiano è punito secondo la legge italiana».

I tentativi delle prime proposte di legge discusse alla Camera di deputati si erano in realtà mossi verso l'introduzione di un reato universale, in modo da consentire la punibilità dei fatti di surrogazione commessi ovunque, da chiunque e contro chiunque¹. Tuttavia, l'assenza di un consenso generale, e finanche maggioritario, della comunità internazionale sulla necessità di presidiare con lo strumento penale gli interessi sottesi a tali condotte, aveva reso evidenti le criticità di una tale scelta: l'"universalità" del reato, infatti, avrebbe condotto il nostro Paese all'esercizio di una giurisdizione prescrittiva anche sui cittadini di altri Stati che avessero commesso questi fatti fuori dal territorio italiano, nel rispetto della *lex loci*; fatti rispetto ai quali avrebbe potuto altresì mancare un collegamento della vittima – anch'esso basato sulla nazionalità o sulla residenza – con lo Stato italiano. Ne sarebbe originato un intervento penale dotato di efficacia invasiva sulla sfera di sovranità degli altri Stati in rapporto a un delitto estraneo alla sfera dei crimini internazionali², radicalmente incapace di

¹ Si tratta dell'originaria proposta di legge C.887, Varchi, presentata il 15 febbraio 2023, che prevedeva l'aggiunta, alla fine dell'art. 12 co. 6 l. 40/2004, del periodo: «Le pene stabilite dal presente comma si applicano anche se il fatto è commesso all'estero». La proposta è stata discussa alla Camera dei deputati congiuntamente con le proposte di legge C.342 e C.1026, invece basate sull'adozione incondizionata del criterio della personalità attiva, le quali hanno prevalso nell'approvazione del testo finale, il 26 luglio 2023, poi passato all'esame del Senato con il contrassegno S.824 e giunto alla recente e definitiva approvazione. Precedentemente, già la proposta di legge C.306, Meloni, del 23 marzo 2018, aveva formulato la medesima modifica normativa. Sempre diretto a introdurre un reato universale di surrogazione di maternità era stato il d.d.l. C.163, Gasparri, del 13 ottobre 2022, che aveva previsto l'inserimento, all'interno dell'art. 12 co. 6 l. 40/2004, dell'inciso «anche all'estero». Tutte le predette proposte di riforma erano tese anche a rendere universale il delitto di commercializzazione di gameti ed embrioni. Si vedano i commenti e i rilievi critici di M. Pelissero, *Surrogazione di maternità: la pretesa di un potere punitivo universale. Osservazioni sui d.d.l. A.C. 2599 (Carfagna) e 306 (Meloni)*, in *DPenCont* 2021, 2, 30 ss.; A. Vallini, *La rana che voleva farsi bue e il reato di surrogazione di maternità che voleva farsi universale*, in *Genlus* 2023, 2, 159 ss.

² Così A. Vallini, *La rana che voleva farsi bue*, cit., 161. In generale, P. Gaeta, *International Criminalization of Prohibited Conduct*, in *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, a cura di S. Cassese, Oxford 2009, 72, conferma che solo per i crimini internazionali "in senso stretto", ossia crimini di guerra, genocidio e crimini contro l'umanità, e per quelli affermatasi come tali nel diritto internazionale consuetudinario, può giustificarsi l'invasione di sovranità su un altro Stato attraverso l'esercizio della giurisdizione prescrittiva in via universale.

sortire efficacia preventiva sulla vasta e indiscriminata platea di destinatari del divieto³, e comunque di dubbia compatibilità con il rispetto del principio costituzionale di colpevolezza, per l'oggettiva impossibilità – in cui sarebbe incorso qualunque individuo privo di cittadinanza italiana e di alcun tipo di legame con il nostro Stato – di percepire il dovere giuridico di osservare una legge penale esterna all'ordinamento ove i fatti si fossero svolti e fondata su istanze di tutela a quello estranee e comunque non condivise nel panorama internazionale. Al di là dei limiti di ordine dogmatico, i principali ostacoli sarebbero sorti dal punto di vista pratico, data l'obiettivo difficoltà di esercitare la conseguente giurisdizione giudiziaria ed esecutiva, non essendo concepibile un intervento di cooperazione da parte degli Stati che adottano politiche più liberali in materia, che avrebbero percepito la pretesa del nostro ordinamento come un'indebita invasione di sovranità⁴.

Il Parlamento italiano ha così deciso di indirizzarsi verso l'introduzione di una clausola di giurisdizione basata sull'adozione incondizionata del criterio della personalità attiva, nonostante i media continuino impropriamente a utilizzare l'espressione "reato universale" per indicare l'oggetto della riforma.

La norma di nuova introduzione deroga implicitamente a quanto generalmente disposto dall'art. 9 Cp, consentendo l'incriminazione dei reati di surrogazione di maternità commessi all'estero a prescindere dalla verifica delle condizioni di procedibilità indicate nel secondo comma della disposizione codicistica⁵, trattandosi di un delitto punito con la pena della reclusione inferiore nel minimo a tre anni: in particolare, non occorrerebbe la presenza del reo nel territorio dello Stato, né la richiesta del Ministro della giustizia oppure l'istanza o la querela della persona offesa.

Sul ruolo rivestito dal diritto internazionale consuetudinario nell'adozione della giurisdizione universale sui crimini internazionali, si veda M. La Manna, *La giurisdizione penale universale nel diritto internazionale*, Napoli 2020, 194 ss., 206, spec. nota 920, rinviando anche alla bibliografia ivi riportata.

³ Così A. Bernardi, *Modelli penali e società multiculturali*, Torino 2006, 29, che ritiene assente sia la componente negativa sia quella positiva della funzione general-preventiva della pena.

⁴ Sulla particolare rilevanza della distinzione tra le diverse forme di giurisdizione esercitabile in via extraterritoriale – prescrittiva, giudiziaria ed esecutiva – si veda S. Besson, *Why and What (State) Jurisdiction: Legal Plurality, Individual Equality and Territorial Legitimacy*, in *The Challenge of Inter-Legality*, a cura di J. Klabbers, G. Palombella, Cambridge 2019, 104. Sulla differente incidenza dell'esercizio di ciascuna di queste tre forme di giurisdizione extraterritoriale sulla sovranità degli altri Stati, si veda O. De Schutter, *Globalization and Jurisdiction: Lessons from the European Convention on Human Rights*, in *Baltic Yearbook of International Law*, vol. 6, a cura di C. Laurin, Leiden-Boston 2006, 193, nota 20.

⁵ Si tratta di condizioni di procedibilità secondo M. Romano, sub art. 9, in *Commentario Romano*, vol. I, Milano 2004, 139; G. De Francesco, *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*², Torino 2022, 160; T. Padovani, *Diritto penale*², Milano 2023, 81. Così anche la giurisprudenza ormai dominante. Si veda, di recente, Cass. 8.5.2023 n. 19335, in <https://dejure.it>, e i precedenti richiamati nel suo § 3.3.

La presenza di questo ventaglio di condizioni ha finora reso altamente improbabile la punibilità del fatto commesso dal cittadino all'estero, come dimostrato dall'assenza di sentenze di condanna per gli italiani che abbiano praticato il "turismo procreativo", a causa, in particolare, dell'atteggiamento di *self-restraint* spesso serbato dal Ministro della giustizia⁶. A ciò si aggiunga che, nel 2016, la Corte di cassazione ha delineato i profili di una particolare forma di errore inevitabile sull'art. 9, calibrata su criteri oggettivi puri connessi alla dibattuta necessità dell'ulteriore condizione – invero non espressa nel testo della norma codicistica – della punibilità del fatto anche nel luogo della sua esecuzione, su cui a tutt'oggi si riscontra un caotico atteggiamento interpretativo delle Corti⁷.

Il punto fermo da cui la clausola speciale, introdotta dalla riforma in esame, ha preso le mosse è che sia le condizioni esplicitate nell'art. 9 Cp sia il requisito della doppia punibilità non debbano essere richiesti per la perseguibilità del cittadino italiano che realizzi all'estero le pratiche di maternità surrogata⁸. Lo scopo a cui tende l'intervento normativo in esame, in definitiva, si rinviene nel conferimento di un alto tasso di effettività alla disciplina di incriminazione extraterritoriale da applicare in materia, al fine di opporre un'efficace e idonea contropinta al turismo riproduttivo, secondo la logica, già prefigurata dal Beccaria, della maggiore dissuasività di una pena, pur blanda, ma certa, piuttosto che di una pena elevata ma di improbabile applicazione⁹.

2. L'adozione del criterio giurisdizionale di personalità attiva può ritenersi generalmente conforme ai principi generali di diritto internazionale, tanto che comunemente si afferma che questo criterio, come quello di territorialità, non

⁶ L'unico caso giurisprudenziale noto in cui era stata presentata la richiesta a procedere da parte del Ministro della giustizia, è quello deciso da Cass. 5.4.2016 n. 13525, in <https://dejure.it>.

⁷ Cass. 5.4.2016 n. 13525, cit., § 2, che, in tal senso, ha fatto rinvio a C. cost., 24.3.1988 n. 364, in <https://cortecostituzionale.it>. Contraria alla necessaria sussistenza del requisito della doppia incriminazione ai fini dell'applicazione dell'art. 9 Cp, fu Cass. sez. II 6.12.1991, *Buquicchio*, in *MassCP* 1992, 30. A favore della doppia incriminazione, sia in relazione all'art. 9 sia in relazione all'art. 10 Cp, Cass. sez. I 15.11.2002 n. 38401, *Minin*, in <https://dejure.it>. Sulla sentenza del 2016, si veda A. Madeo, *La Cassazione interviene sulla rilevanza penale della surrogazione di maternità*, in *DPP* 2017, 1091 ss., secondo cui la Cassazione avrebbe intenzionalmente evitato di prendere posizione sulla necessità del requisito della doppia incriminazione.

⁸ Per quanto non esplicitata nel testo di legge, la volontà di prescindere dalla doppia incriminazione si evince dai dibattiti parlamentari sul testo della riforma, nonché dalla relazione introduttiva della proposta di legge C.342, poi confluita nel testo approvato prima dalla Camera dei deputati e poi, in via definitiva, dal Senato.

⁹ C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, § XX, *Certezza ed infallibilità della pena*, Parigi 1829, 84.

necessita di norme autorizzative¹⁰, potendo semmai subire espresse limitazioni in via pattizia, invero assenti nella materia oggetto della riforma in esame.

Esso si basa, *de facto* ma non necessariamente *de iure*, sull'esercizio della sovranità statale, ossia sulla volontà dello Stato di monitorare il comportamento dei propri cittadini all'estero, a prescindere dalle scelte di incriminazione adottate dalla *lex loci*¹¹. È innegabile, in tal senso, che non solo la giurisdizione extraterritoriale esecutiva ma anche quella prescrittiva, sebbene in proporzione inferiore, possa comportare un'indebita ingerenza negli affari interni di un altro Stato, ossia quello ove il fatto si sia realizzato¹²: in questa direzione, già la Corte internazionale di giustizia, nel caso *Eastern Greenland*, aveva rilevato che «*Legislation is one of the most obvious forms of the exercise of sovereign power*»¹³.

Il criterio si fonda inoltre, e ben più solidamente, sulla leale cooperazione giudiziaria tra gli Stati nel perseguimento dei reati, nel caso in cui lo Stato ove il fatto sia stato commesso, pur intendendo punirlo – e profilandosi, dunque, la doppia incriminazione dello stesso –, non possa attuare il proprio proposito per il rifiuto dello Stato nazionale di estradare i propri cittadini nel *locus commissi delicti*¹⁴: quest'ultimo, in tal caso,

¹⁰ Il richiamo va, in generale, a quanto affermato da C. Int. G., 7.9.1927, *The Case of S.S. Lotus, France v. Turkey*, in <https://www.worldcourts.com>, § 46. Conf., con specifico riferimento al principio di personalità attiva, O. De Schutter, *Extraterritorial Jurisdiction as a tool for improving the Human Rights Accountability of Transnational Corporations*, Louvain 2006, in <https://criidho.uclouvain.be>, 24. Sul tema della libertà degli Stati di determinare la sfera della loro giurisdizione penale, si vedano T. Treves, *La giurisdizione nel diritto penale internazionale*, Padova 1973, 235 ss.; A. di Martino, *La frontiera e il diritto penale. Natura e contesto delle norme di "diritto penale transnazionale"*, Torino 2006, 68 ss., a cui si rinvia anche per la disamina dei tentativi di sistemazione gerarchica dei criteri di giurisdizione da parte dell'*Institut de droit international* e del Consiglio d'Europa. Con particolare riguardo all'ammissibilità, in linea di principio, della giurisdizione extraterritoriale fondata sul criterio della personalità attiva, cfr. R. Luzzatto, *Stati stranieri e giurisdizione nazionale*, Milano 1972, 56, nota 18; G. Werle, F. Jessberger, *Principles of International Criminal Law*, Oxford 2020, 95.

¹¹ Così C. van der Wyngaert, *Double Criminality as a Requirement to Jurisdiction*, in *Double Criminality: Studies in International Criminal Law*, a cura di N. Jareborg, Uppsala 1989, 46.

¹² Così R.Y. Jennings, *The Limits of State Jurisdictions*, in *NordJIL* 1962, Vol. 32, Iss. 1-4, 212-213; R. Luzzatto, *op. cit.*, 75 ss.; C. van der Wyngaert, *op. cit.*, 52; H.-W. Wang, *Der universale Strafanspruch des nationalen Staates*, Frankfurt am Main 2005, 76 ss.; A. Vallini, *La rana che voleva farsi bue*, *cit.*, 171. *Contra* S.Z. Feller, *La résolution de conflits de jurisdiction en matière pénale*, in *RIDP* 1974, 540 ss., secondo cui, in assenza di atti materiali compiuti da uno Stato sul territorio di un altro Stato, come la cattura di soggetti che ivi si trovino, non vi sarebbe alcun attentato alla sovranità. A questa seconda tesi sembra aderire A. di Martino, *op. cit.*, *cit.*, 74-75, che pur non esclude la rilevanza della *jurisdiction to prescribe* nei rapporti internazionali.

¹³ C. Int. G., 5.9.1933, *Legal Status of Eastern Greenland, Denmark v. Norway*, in <https://www.worldcourts.com>, § 108.

¹⁴ O. De Schutter, *Extraterritorial Jurisdiction*, *cit.*, 25, che, in tal senso, parla di «*compensation*» e di «*gesture of solidarity*» a favore dello Stato ove il reato sia stato commesso.

secondo l'adagio *aut dedere aut iudicare*, dovrà quantomeno garantire la punibilità del proprio cittadino all'esito del giudizio per il fatto commesso all'estero¹⁵.

Infine, il fondamento propriamente assiologico del criterio di personalità attiva, ossia l'intenzione dello Stato di assicurare una tutela effettiva di beni giuridici ritenuti di particolare rilievo nei confronti di fatti gravemente lesivi degli stessi compiuti dal cittadino ovunque si trovi ad agire¹⁶, affiora nel caso in cui la *lex loci* non incrimini quel dato comportamento o non miri ad apprestare un adeguato livello di tutela all'interesse giuridico offeso¹⁷.

Sulla base di tali premesse, e tenendo conto che il diritto internazionale non prevede – né ivi si sono affermate in via consuetudinaria – regole che consentano alle corti di sindacare la ragionevolezza della *jurisdiction to prescribe*¹⁸, il giudizio sulla legittimità dell'esercizio della giurisdizione prescrittiva mediante l'adozione del criterio di personalità attiva dovrà cedere il passo al sindacato sulla legittimità costituzionale della scelta di incriminazione extraterritoriale in sé considerata¹⁹. Difatti, i criteri di giurisdizione, oltre a costituire *Anknüpfungspunkte* per la legittimità della pretesa

¹⁵ Sulle connessioni tra la regola dell'*aut dedere aut iudicare* e l'esercizio della giurisdizione penale universale, con rilievi estensibili anche all'ipotesi in cui sia adottato il criterio della personalità attiva in collegamento con il requisito della doppia incriminazione, si veda M. La Manna, *op. cit.*, 206 ss.

¹⁶ Cfr. C. van der Wyngaert, *op. cit.*, 46. In tal senso, secondo l'A., eventuali eccezioni al requisito della doppia incriminazione sono riscontrabili in relazione a certi reati di particolare gravità o a reati di «*particular nature*», i quali offendano interessi che la comunità nazionale percepisce come meritevoli di tutela ovunque il cittadino abbia agito.

¹⁷ Per un'analisi comparatistica sull'applicazione del requisito della doppia incriminazione in congiunzione con l'adozione del criterio giurisdizionale della personalità attiva, si rinvia a T. Trinchera, *Limiti spaziali all'applicazione della legge penale italiana e maternità surrogata all'estero*, in *RIDPP* 2017, 1414 ss.

¹⁸ Così C. Ryngaert, *Jurisdiction in International Law*², Oxford 2015, 145 ss.; Id., *Selfless Intervention. Exercising Jurisdiction in the Common Interest*, Oxford 2020, 97 ss. Cfr. anche A. di Martino, *op. cit.*, 154 ss. Guardando alle norme adottate sul piano nazionale, un controllo di ragionevolezza sull'esercizio della giurisdizione in via extraterritoriale figurava, pur con scarsa rilevanza applicativa e attraverso l'adozione di parametri indeterminati, nel *Restatement (Third) of Foreign Relations Law of United States* del 1987, §§ 402-404, su cui si rinvia a W. Estey, *The Five Bases of Extraterritorial Jurisdiction and the Failure of the Presumption against Extraterritoriality*, in *HICLR* 1997, Vol. 21, 177 ss.; D.B. Massey, *How the American Law Institute Influences Customary Law: The Reasonableness Requirement of the Restatement of Foreign Relations Law*, in *YJIL* 1997, Vol. 22, 419 ss. Con l'adozione, nel 2018, del *Restatement (Fourth) of the Foreign Relations Law of the United States*, il controllo di ragionevolezza è stato ridotto al mero accertamento di una «*genuine connection*» tra lo Stato intenzionato a esercitare la propria giurisdizione prescrittiva fuori dai confini nazionali e il soggetto investito dalla giurisdizione del primo: si veda W.S. Dodge, *Jurisdictional reasonableness under customary international law: The approach of the Restatement (Fourth) of US Foreign Relations Law*, in *QIL* 31.10.2019, 5 ss.

¹⁹ Cfr. A. Henrich, *Das passive Personalitätsprinzip im deutschen Strafrecht*, Freiburg im Breisgau 1994, 162; A. di Martino, *op. cit.*, 208.

punitiva²⁰, possono considerarsi parte costitutiva del precetto penale, poiché la loro adozione verrebbe a delineare l'area di ciò che è penalmente rilevante²¹; tanto che nella dottrina italiana si è ritenuto che dagli stessi origini un intervento di «criminalizzazione di secondo grado»²².

Guardando al nostro sistema nazionale, in cui il criterio della personalità attiva può generalmente applicarsi a tutti i delitti puniti con la pena della reclusione, senza preclusioni assolute fondate sul suo minimo edittale, il controllo di costituzionalità sulle scelte di incriminazione applicate in via extraterritoriale dovrebbe tenere ulteriormente conto delle condizioni a cui la legge generalmente subordina l'esercizio della giurisdizione sul cittadino che commetta un delitto comune all'estero. In tale direzione, particolare attenzione andrà prestata a quelle clausole giurisdizionali speciali, come quella che il legislatore ha adesso introdotto per le fattispecie di surrogazione di maternità, che consentono di applicare incondizionatamente il criterio a delitti puniti con pene detentive modeste, non espressive di un'elevata capacità offensiva dei fatti incriminati.

3. Prima di interrogarci sulla legittimità costituzionale della fattispecie incriminatrice intesa nella sua dimensione extraterritoriale, è necessario verificare se il delitto sia astrattamente suscettibile di essere integrato anche al di fuori dei nostri confini nazionali, in base a un procedimento ermeneutico avente ad oggetto la conformazione strutturale della fattispecie e, secondo alcuni, concernente anche la sua direzione teleologica.

A tal fine, l'interprete dovrebbe tenere conto, in via preliminare, della distinzione tra le fattispecie intrinsecamente idonee ad essere applicate in via extraterritoriale e quelle che si prestano a un'applicazione territoriale limitata. In presenza di una fattispecie ad applicazione territoriale limitata, ogni tentativo del legislatore di estendere la giurisdizione oltre il piano territoriale risulterebbe comunque

²⁰ Così H.-H. Jescheck, *Gegenstand und neueste Entwicklung des internationalen Strafrechts*, in *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*, a cura di F.-C. Schroeder, H. Zipf, Karlsruhe 1972, 380; T. Vogler, *Entwicklungstendenzen im internationalen Strafrecht unter Berücksichtigung der Konventionen des Europarats*, ivi, 595 ss.; F. Jeßberger, *Der transnationale Geltungsbereich des deutschen Strafrechts: Grundlagen und Grenzen der Geltung des deutschen Strafrechts für Taten mit Auslandsberührung*, Tübingen 2011, 34.

²¹ Così G. Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, Berlin 1991, 111-112, Rn. 12.

²² D. Micheletti, *Reato e territorio*, in *Crim 2009*, 580, che, in tal senso, parla anche di «criminalizzazione secondaria».

censurabile, anche se i medesimi fatti risultino punibili pure nel *locus commissi delicti*²³.

Sul tema, la dottrina italiana si mostra generalmente divisa. Da un lato, facendo richiamo alla dottrina tedesca, si è fatto leva sul parametro della dimensione spaziale dell'offesa al bene giuridico protetto, sostenendo che i beni individuali risultino dotati di una tendenziale vocazione universale e siano pertanto potenzialmente tutelabili in relazione ai fatti commessi fuori dal territorio dello Stato, e che, invece, i beni collettivi debbano essere soggetti a una valutazione caso per caso, con conseguente esclusione della loro tutelabilità, secondo la legge nazionale, in relazione a quei fatti extraterritoriali che non risultino in alcun modo lesivi degli interessi del gruppo sociale inerente allo Stato interessato a estendere oltre confine la propria potestà punitiva²⁴. Dall'altro lato, vi è chi ha lasciato fuori dalla discussione il richiamo al bene giuridico tutelato dalla fattispecie, sostenendo che la potenziale applicabilità extraterritoriale di una norma incriminatrice dipenda dalla struttura della fattispecie tipica²⁵, e dall'assenza di limitazioni esplicite o, comunque, di elementi normativi integrabili esclusivamente da norme o provvedimenti – cd. “informazioni giuridiche secondarie”²⁶ – efficaci esclusivamente nel territorio dello Stato²⁷.

A qualunque dei due orientamenti si dia seguito, si può giungere a una medesima conclusione: solo per i reati a potenziale applicazione extraterritoriale potrebbero essere adottati criteri di giurisdizione ulteriori e diversi da quello stabilito nell'art. 6 Cp, e fondati, ad esempio, sulla personalità attiva.

Partendo da tali premesse e tornando a focalizzare l'attenzione sul delitto di surrogazione di maternità, risulta necessario stabilire se ci si trovi di fronte a una fattispecie che, per la dimensione del bene giuridico protetto o per la sua stessa struttura, sia passibile di essere incriminata, secondo il nostro ordinamento nazionale, anche se commessa fuori dai confini italiani.

²³ Così D. Micheletti, *Delitti commessi all'estero e validità extraterritoriale della legge penale: profili sistematici e questioni interpretative*, in *AnnUniFe - NS*, vol. XIII, Ferrara 1999, 138.

²⁴ Nella dottrina tedesca, si vedano D. Oehler, *Strafrechtlicher Schutz ausländischer Rechtsgüter, insbesondere bei Urkunden*, in *der Bundesrepublik Deutschland*, in *JR* 1980, 485; S. Jansen, *Der Schutz des Wettbewerbs im Strafrecht*, Baden-Baden 2021, 288; C. Irarrázaval Zaldívar, *Revision der Grundlagen des Strafanwendungsrechts: Der Umfang der staatlichen Strafgewalt im Lichte eines Bürgerstrafrechts*, Tübingen 2024, 179. Nella dottrina italiana, conf. D. Micheletti, *Delitti commessi all'estero*, cit., 136-137; Id., *Reato e territorio*, cit., 587 ss.

²⁵ Cfr. A. di Martino, *op. cit.*, 255 ss., 260-261; G. Morgante, *Il reato come elemento del reato. Analisi e classificazione del concetto di reato richiamato dalla fattispecie penale*, Torino 2013, 231 ss.

²⁶ D. Micheletti, *Reato e territorio*, cit., 584.

²⁷ Così A. di Martino, *op. cit.*, 254-255.

Se si aderisse alla tesi che fa dipendere l'applicabilità extraterritoriale delle fattispecie dalla proiezione non esclusivamente nazionale del bene giuridico protetto, occorrerebbe preliminarmente pervenire a una netta presa di posizione in ordine all'identificazione dell'interesse giuridico tutelato dai reati di cui all'art. 12 co. 6 l. 40/2004. Così, ipotizzando di dare credito all'orientamento maggioritario della giurisprudenza e della dottrina, e di individuare una violazione della dignità della gestante in ogni ipotesi di surrogazione²⁸, ci si troverebbe di fronte a un bene giuridico individuale con potenziale vocazione universale, offendibile, cioè, anche in quegli ordinamenti in cui il fenomeno risulta lecito. I termini di risoluzione della questione non sembrano sostanzialmente mutare qualora il bene giuridico venga identificato nella dignità del minore²⁹. Viceversa, se il bene giuridico venisse individuato nell'interesse dello Stato e dello stesso minore alla regolare costituzione dei rapporti familiari³⁰, si prospetterebbe un ostacolo a ritenere il reato come potenzialmente applicabile al di fuori dei confini domestici, poiché è nel territorio nazionale che prendono forma le situazioni giuridiche che l'ordinamento ricollega allo stato di filiazione: si tratterebbe, in quest'ultimo caso, di un interesse giuridico a dimensione esclusivamente territoriale³¹. Alla stessa conclusione potrebbe pervenirsi qualora il bene giuridico protetto venisse identificato nella pubblica morale, come tale non

²⁸ Così C. cost., 28.1.2021 n. 33, in <https://cortecostituzionale.it>; C. cost., 18.12.2017 n. 272, ivi; nella giurisprudenza civile di legittimità, Cass. S.U. 30.12.2022 n. 38162, in <https://dejure.it>; Cass. S.U. 8.5.2019 n. 12193, ivi; Cass. 11.11.2014 n. 24001, ivi. In dottrina, così F. Mantovani, *Procreazione medicalmente assistita e principio personalistico*, in LP 2005, 337; M. Dova, *Maternità surrogata e diritto penale*, in RIML 2015, 928. Specificamente di «dignità della generazione umana» parla L. Eusebi, *La vita individuale precoce: soltanto materiale biologico?*, in LP 2005, 367.

²⁹ Così F. Mantovani, *Procreazione medicalmente assistita*, cit., 337; M. Dova, *op. cit.*, 928.

³⁰ Così, volendo, V. Tigano, *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi. Modelli di bilanciamento tra tutela del minore e libertà civili nella PMA*, Torino 2019, 373. In senso parzialmente difforme, invero richiamandosi a esigenze immanenti alla determinabilità dello stato civile del minore, per cui la fattispecie sarebbe finalizzata a «prevenire l'instaurarsi di una situazione non pienamente giuridicizzabile», A. Vallini, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, Torino 2012, 153; Id., *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, 7, 904; Id., *Surrogazione di normatività. L'impianto dello sterile delitto di "gestazione per altri" in argomentazioni privatistiche*, in Crim 2019, 242 ss.

³¹ Cfr., *mutatis mutandis*, Cass. sez. VI 26.2.2016 n. 8060, in <https://dejure.it>, § 8.3, in relazione all'individuazione del momento consumativo del delitto di alterazione di stato mediante falsità nella trascrizione dell'atto di nascita straniero nell'ordinamento italiano, in caso di nascita all'estero di un minore partorito da una madre surrogata, sulla base della considerazione del bene giuridico protetto dalla fattispecie. *Contra* Cass. sez. V 5.4.2016 n. 13525, cit., che ha ritenuto il reato verificabile all'estero, non valorizzando il criterio teleologico. Sul punto si ritornerà nel prosieguo, *infra*, § 5.1.

razionalmente tutelabile se il fatto sia commesso in un contesto territoriale a cui quella cultura risulti estranea³².

Il *punctum dolens* che potrebbe esimere l'interprete dal decidere quale delle prospettate soluzioni debba essere adottata ai fini del tracciamento del perimetro del campo applicativo spaziale della fattispecie, risiede, tuttavia, nella dubbia validità, a tal fine, di un indice, ossia il bene giuridico, la cui sostanziale individuazione è rimessa in via generale all'ampia discrezionalità del potere giudiziario: «il riferimento al bene giuridico tutelato impone pressoché sempre asserzioni preliminari, precomprensioni, scelte valutative che rischiano di sviare l'interpretazione dai veri confini della fattispecie tipica»³³. Per questa ragione, sarebbe preferibile evitare che l'interesse giuridico protetto incida sulla fase del sindacato circa l'intrinseca delimitazione territoriale del reato³⁴: anche in quelle ipotesi in cui il ricorso al criterio teleologico rappresenti l'unico strumento di cui l'interprete possa fare uso per individuare la dimensione spaziale di un elemento costitutivo formalmente "neutro" di una fattispecie incriminatrice³⁵, la funzione dimostrativa del bene giuridico andrebbe formalmente collocata nell'ambito del successivo e distinto piano del giudizio di compatibilità della fattispecie extraterritoriale con il principio di offensività³⁶.

Abbandonata la prospettiva teleologica, non resta che aderire alla concezione strutturale per stabilire se vi siano elementi costitutivi della fattispecie passibili di esprimere una sua portata applicativa esclusivamente territoriale, con conseguente esclusione della tipicità dei fatti verificatisi all'estero.

Apparentemente la struttura del reato non lascia trasparire alcun ostacolo a che i medesimi fatti possano verificarsi anche in un Paese diverso dal nostro³⁷: l'esile

³² Cfr. A. Vallini, *La rana che voleva farsi bue*, cit., 170. Si veda più ampiamente *infra*, § 5.1.

³³ A. di Martino, *op. cit.*, 261. Si veda, in generale, F. Palazzo, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *RIDPP* 1998, 353. Per un'accurata disamina del principio di offensività come criterio ermeneutico, in cui ne vengono fatti emergere vantaggi e limiti, si rinvia a V. Manes, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino 2005, 245 ss.

³⁴ Così A. di Martino, *op. cit.*, 259-260, rievocando l'improprio utilizzo del criterio teleologico nel caso deciso dal BGH, 2 marzo 1994, in *StV*, 1994, 426 ss., relativo al reato di smaltimento di rifiuti previsto dall'allora vigente § 326 (a.F.), in quanto meramente tautologico rispetto a quello che ha sostanzialmente costituito il motivo della delimitazione territoriale della fattispecie, ossia la sua struttura.

³⁵ Si veda Cass. 26.2.2016 n. 8060, cit., rispetto al delitto di alterazione di stato mediante falsità, ex art. 567 co. 2 Cp.

³⁶ In generale, sulla forza dimostrativa del principio di offensività, si veda V. Manes, *op. cit.*, 209 ss.; M. Donini, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *DPenCont* 2013, 4, 15 ss.

³⁷ Così A. Vallini, *La rana che voleva farsi bue*, cit., 176.

formulazione della norma incriminatrice, che punisce «chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza [...] la surrogazione di maternità», non presenta clausole di illiceità speciali né elementi costitutivi che facciano esplicitamente richiamo a norme integratrici domestiche.

Tuttavia, occorre prestare attenzione al termine “maternità”, per comprendere se lo stesso possa essere inteso come elemento normativo giuridico della fattispecie, integrabile dalle norme civilistiche nazionali in materia: l’art. 269 co. 3 Cc, che attribuisce la maternità alla partoriente, in ossequio al principio giusromanistico *mater semper certa est*, e, più specificamente, l’art. 9 co. 2 l. 40/2004, che nega il diritto all’anonimato nell’atto di nascita a colei che abbia partorito un bambino concepito attraverso le tecniche di P.M.A.³⁸. Se si seguisse questa interpretazione, la verifica del fatto tipico presso un altro Paese sarebbe impedita dalla circostanza che ivi non possa applicarsi la legge civile integratrice di origine nazionale e che, anzi, siano in vigore norme locali che regolino diversamente l’assunzione dello *status* materno, stabilendo, a certe condizioni, che la partoriente possa rinunciarvi e che lo stesso debba essere attribuito alla donna committente la gravidanza nel proprio interesse. Tale tesi, tuttavia, portata alle estreme conseguenze, potrebbe condurre ad escludere la potenziale applicabilità extraterritoriale della fattispecie persino quando le norme civili vigenti nel *locus commissi delicti* siano omologhe a quelle nazionali, condividendone il medesimo giudizio di valore. Essa, inoltre, rischia di pervenire a una ipervalorizzazione delle espressioni utilizzate dalla legge, che invero non ha inteso effettuare alcun richiamo alla normativa civile né allo *status filiationis* del nato e a una sua eventuale rilevanza nell’economia del reato³⁹.

Il predetto indirizzo potrebbe essere superato se il termine “maternità” fosse interpretato come elemento descrittivo, da intendere nel suo contenuto pregiuridico: la formula, cioè, esprimerebbe l’affidamento della funzione gestazionale a una donna diversa da colei che voglia assumere, sul piano affettivo e sociale, lo *status* materno,

³⁸ Attraverso la doppia sostituzione materna che contraddistingue il fenomeno della surrogazione di maternità, infatti, colei che viene reclutata per concepire un figlio nell’altrui interesse, una volta partorito, verrebbe sostituita dalla committente nel ruolo materno che le spetterebbe *ex lege* e a cui la stessa legge 40 le impedirebbe di rinunciare. Cfr. A. Spina, *Una storia semplice? Surrogazioni, alterazioni, falsificazioni*, in *RIML* 2015, 1543-1544.

³⁹ L’equivocità prospettata rappresenta la conseguenza della mancanza di una definizione legislativa del concetto di “surrogazione di maternità” e dell’inadeguatezza di tale formula a fronte di quella, più neutra ma anche più chiara, di “gestazione per altri” – ad esempio utilizzata nell’ordinamento francese (art. 16-7 del *Code civil*) e in quello portoghese (art. 8 della *Lei* n. 32/2006, per come modificato dalla *Lei* n. 90/2021) –, rispetto alla quale non sarebbero affiorati i suddetti dubbi interpretativi.

anche se questa sostituzione non venga poi a riflettersi sul piano giuridico degli effetti civili, come in effetti la norma non richiede. In tale direzione, la dissociazione tra maternità gestazionale e maternità sociale sarebbe da intendersi come nucleo fattuale del fenomeno in ogni ordinamento ⁴⁰, a prescindere da come questa disarticolazione venga composta dall'autorità locale e, a monte, dalla considerazione della normativa in materia di stato civile vigente nel Paese straniero. Così ragionando, il reato di realizzazione della maternità surrogata si presenterebbe come una fattispecie strutturalmente priva di indici normativi in grado di circoscriverne, sul piano spaziale, la portata applicativa.

Adottando, dunque, la sola prospettiva strutturale della fattispecie e conseguentemente sostenendo che il reato di realizzazione della surrogazione di maternità sia astrattamente suscettibile di applicazione extraterritoriale, il piano del giudizio deve spostarsi sulla legittimità costituzionale della fattispecie per come integrata dalla clausola speciale di estensione della giurisdizione.

4. È ben noto come la giurisprudenza sia divisa circa la necessità della doppia incriminazione del fatto ai fini della legittima adozione del criterio giurisdizionale di personalità attiva, ex art. 9 Cp, e, a monte, circa la rintracciabilità di un suo fondamento costituzionale ⁴¹.

Anche in dottrina si rinviene una simile contrapposizione di orientamenti, peraltro ampiamente argomentata con diversità di accenti.

Lasciando da parte le risalenti discussioni in ordine alla ricorribilità a criteri ermeneutici di carattere sistematico – in particolare, il raffronto con l'esplicito dettato dell'art. 13 Cp in tema di estradizione ⁴² – e storico – ossia, la scelta del legislatore del 1930 di obliterare i riferimenti espliciti che venivano fatti alla doppia incriminazione in sede di lavori preparatori del codice penale ⁴³ –, sembrerebbe più fruttuoso

⁴⁰ Cfr. A. Vallini, *La rana che voleva farsi bue*, cit., 176.

⁴¹ Si veda *supra*, nota 7.

⁴² In tal senso, F. Grispigni, *Diritto penale italiano*, vol. II, Milano 1947, 400, e V. Cavallo, *Diritto Penale*, vol. I, Napoli 1959, 266, sostennero che l'espressa previsione della doppia incriminazione in sede di disciplina dell'extradizione, avrebbe potuto sorreggere la sua applicazione in seno all'art. 9 per il tramite dell'*analogia legis*. Al contrario, E. Florian, *Dei reati e delle pene in generale – Trattato di diritto penale*⁴, vol. I, Milano 1934, 248, riteneva che il confronto tra l'esplicitazione dell'art. 13 e il silenzio serbato dall'art. 9, avrebbe dovuto portare alla conclusione che *ubi lex voluit dixit ubi noluit tacuit*.

⁴³ Secondo O. Vannini, *Istituzioni di diritto penale*, Firenze 1939, 61, e G. Sabatini, *Istituzioni di diritto penale*, vol. I, Catania 1946, 131, la necessità del requisito della doppia incriminazione avrebbe potuto ricavarsi dalla Relazione ministeriale sul progetto definitivo del Codice penale, secondo cui per l'applicazione degli artt. 9 e 10 Cp «occorre

affrontare direttamente il nodo della presunta base costituzionale del requisito. La rilevanza di tale questione, difatti, non potrebbe essere ridimensionata valorizzando il potere di richiesta attribuito al Ministro della giustizia dall'art. 9 co. 2 Cp, che potrebbe comunque consentirgli di non attivarsi, tra l'altro, quando il fatto non sia punito anche nel *locus commissi delicti*: un siffatto esito valutativo, pur auspicabile, relegherebbe il requisito della doppia incriminazione a mero motivo di opportunità per escludere la punibilità del cittadino, valutabile discrezionalmente dall'esecutivo e comunque non vincolante per le successive decisioni su questa materia. Proprio l'eventualità che il Ministro decida di esercitare il suo potere pur in assenza della duplice incriminazione del fatto, unita alla circostanza che si tratta di una condizione prevista in alternativa alla querela o all'istanza della persona offesa e che, per i delitti puniti con la reclusione non inferiore nel minimo a tre anni, la legge subordina la procedibilità unicamente alla presenza del reo nel territorio dello Stato – oltre che l'esigenza di tenere conto dell'esistenza di clausole che, come quella prevista dalla legge di nuova introduzione, consentono l'applicazione incondizionata della legge penale al cittadino italiano che agisca fuori dai confini nazionali –, chiariscono le ragioni per cui gli studiosi si sono energicamente adoperati per ricercare un fondamento costituzionale solido del requisito della doppia incriminazione. Se questo venisse rinvenuto, si finirebbe per consentire all'interprete di collocare tale condizione, in via esegetica, non solo nel corpo del primo e del secondo comma dell'art. 9, ma anche in quelle clausole speciali di giurisdizione, fondate sul criterio di personalità attiva, che non ne facciano espressa menzione⁴⁴, nonché per dischiudere la porta a un eventuale sindacato di legittimità costituzionale su quelle norme che dichiarino di prescindere ai fini della punibilità dei fatti commessi dal cittadino fuori dai confini nazionali.

Nel tentativo di rinvenire soluzioni esegetiche costituzionalmente orientate, una parte della dottrina ha individuato il fondamento della doppia incriminazione nel rispetto dei principi di legalità e colpevolezza. Per quanto concerne il principio di legalità, si è rilevato che, in assenza della doppia punibilità del fatto, la condotta

che il fatto costituisca reato anche secondo la legge del luogo in cui fu commesso». Al contrario, I. Caraccioli, *L'incriminazione da parte dello Stato straniero dei delitti commessi all'estero e il principio di stretta legalità*, in *RIDPP* 1962, 995, affermava che la mancata trasposizione della clausola nell'art. 9 del Codice Rocco, non sarebbe stata il frutto di una svista, bensì il risultato di una precisa scelta contraria del legislatore.

⁴⁴ Si pensi ai delitti indicati nell'ultimo comma dell'art. 9 Cp (artt. 320, 321, 346-bis, 648 e 648-ter 1) o a quelle clausole *ad hoc* contenute nella parte speciale del codice, tra cui: l'art. 604 Cp, che richiama la categoria codicistica dei delitti contro la personalità individuale, con ulteriore rinvio agli articoli 609-bis, 609-ter, 609-querter, 609-quinquies, 609-octies e 609-undecies; l'art. 583-bis ult. co.; l'art. 558-bis ult. co.

sarebbe lecita nel *locus commissi delicti*, e pertanto la sua incriminazione colliderebbe con l'art. 25 co. 2 Cost.⁴⁵. Per quanto riguarda il principio di colpevolezza, si è affermato che esso richiederebbe che il soggetto agente si trovi nelle condizioni di conoscere previamente la rilevanza penale del fatto secondo la legge del luogo ove abbia agito, per cui l'affidamento riposto dal cittadino italiano nella liceità della condotta nel *locus commissi delicti*, dovrebbe escluderne la rimproverabilità⁴⁶.

Il richiamo a entrambe le garanzie costituzionali, per quanto accreditato dalla Corte di cassazione nella sentenza *Minin*⁴⁷, appare in realtà fuorviante. La necessità della doppia incriminazione non può essere ricondotta a istanze relative al principio di legalità, dato che «il suddetto principio riguarda solo il legislatore italiano, ragion per cui dovrebbe ritenersi soddisfatto quand'anche solo la legge italiana qualificasse come reato il fatto commesso all'estero»⁴⁸. Quanto al richiamo alla colpevolezza, il suo nesso ontologico con il principio di legalità, inteso secondo la predetta accezione, consentirebbe di escludere che il legame psicologico che il cittadino venga a detenere con la *lex loci* ove si trovi ad operare, possa essere rilevante per fondare la necessità della doppia incriminazione del fatto, potendo semmai, a certe condizioni, concorrere a dimostrare la sussistenza di un'ignoranza inevitabile sul precetto penale nazionale⁴⁹.

Se poi, andando oltre quanto affermato dai tradizionali indirizzi in materia, si volesse tentare di fondare il requisito della doppia incriminazione sul rispetto del principio di offensività, si perverrebbe comunque a esiti poco convincenti. In primo luogo, una tale conclusione comporterebbe che la necessaria lesività sia da ritenersi rispettata in presenza della doppia incriminazione del fatto e, di converso, violata in sua assenza. In tale direzione, una norma incriminatrice nazionale che non si rifletta in una similare opzione di politica criminale adottata nello Stato straniero ove il fatto

⁴⁵ Così M. Gallo, *La legge penale*, Torino 1967, 89 ss.; T. Treves, *op. cit.*, 174-175; M. Romano, *op. cit.*, 143; T. Padovani, *op. cit.*, 82; G. De Francesco, *op. cit.*, 162.

⁴⁶ Così G. Marinucci, E. Dolcini, G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale. Parte generale*¹², Milano 2023, 181. In tal senso, con specifico riferimento al turismo procreativo, si vedano E. Dolcini, *Ricerca su cellule staminali embrionali importate dall'estero e legge penale italiana*, in *RIDPP* 2006, 457; Id., *Fecondazione assistita e diritto penale*, Milano 2008, 150; A. Bernardi, *op. cit.*, 33.

⁴⁷ Cass. 15.11.2002 n. 38401, cit.

⁴⁸ D. Micheletti, *Delitti commessi all'estero*, cit., 147. Così già I. Caraccioli, *op. cit.*, 1023 ss.; A. Pagliaro, voce *Legge penale nello spazio*, in *ED*, vol. XXIII, Milano 1973, 1060; Id., *Principi di diritto penale. Parte generale*⁷, Milano 2000, 149 ss.; F. Mantovani, *Diritto Penale. Parte generale*¹¹, Padova 2020, 991-992.

⁴⁹ Cfr. M. Gallo, *La legge penale*, Torino 1965, 87; I. Caraccioli, *op. cit.*, 1025-1026; B. Romano, *Il rapporto fra norme penali. Spazialità, intertemporalità, coesistenza*, Milano 1996, 142; A. di Martino, *op. cit.*, 133. Si veda *infra*, § 5.

sia stato commesso dal cittadino, sarebbe inapplicabile ai fatti commessi oltre confine e implicherebbe l'illegittimità di un'eventuale clausola speciale di extraterritorialità incondizionata, con conseguenze potenzialmente irragionevoli: da una parte, il rispetto del requisito della doppia incriminazione sarebbe da considerarsi essenziale in ogni ipotesi in cui sia esercitata la giurisdizione extraterritoriale, anche sulla base di criteri diversi da quello della personalità attiva, quale quello di difesa⁵⁰ e quello di universalità⁵¹; dall'altra, il sindacato sul rispetto del principio di offensività da parte delle leggi penali intese nella loro dimensione applicativa extraterritoriale, rischierebbe di essere assorbito nella semplice verifica della duplice punibilità del fatto. In secondo luogo, e in connessione con le precedenti osservazioni, la necessità di tenere distinto il piano dell'offensività da quello della doppia incriminazione, si riconnette alla circostanza che, pure nelle ipotesi in cui si riscontri tale duplice punibilità, non vi sarebbe comunque alcuna garanzia che il bene giuridico tutelato dalla fattispecie di reato applicabile in territorio straniero rifletta quello protetto dalla fattispecie nazionale, per cui i medesimi esiti incriminatori non si tradurrebbero necessariamente nel soddisfacimento dei medesimi bisogni di tutela⁵². Infine, si deve considerare che il principio di offensività, in quanto canone dimostrativo strettamente correlato a quello di legalità, non può che fare riferimento a esigenze di tutela concepite in una dimensione sociale e giuridica prettamente nazionale, eventualmente "esternalizzabili" alle azioni commesse fuori dai confini territoriali, ma comunque desumibili dalle singole fattispecie di reato che si intenda applicare oltre confine⁵³: ai

⁵⁰ Cfr. I. Caraccioli, *op. cit.*, 976, secondo cui non potrebbe richiedersi la doppia incriminazione per i delitti indicati negli artt. 7 e 8 Cp, trattandosi di norme poste a tutela di interessi fondamentali dello Stato italiano, rispetto a cui sarebbero irrilevanti le scelte di incriminazione adottate nell'ordinamento straniero. Conf. A. di Martino, *op. cit.*, 135.

⁵¹ Cfr. M.A. Pasculli, *Una umanità una giustizia. Contributo allo studio sulla giurisdizione penale universale*, Padova 2011, 128; M. La Manna, *op. cit.*, 42 ss., secondo cui la giurisdizione universale deve fondarsi sulla tutela dei diritti fondamentali riconosciuti dalla comunità internazionale.

⁵² Si pensi, ad esempio, alla fattispecie prevista dall'art. 227-12 co. 3 del codice penale francese, che punisce l'intermediazione nella gestazione per altri e che è collocata tra i delitti contro i minori e la famiglia, e in particolare contro il legame di filiazione, presentando una direzione teleologica evidentemente eterogenea rispetto a quella attribuita dalla giurisprudenza ai delitti previsti dall'art. 12 co. 6 l. 40/2004, ritenuti posti a tutela della dignità della gestante.

⁵³ Questo rilievo rimanda alle principali critiche mosse alla concezione realistica del reato, che contempla la tipicità e l'offensività del fatto come elementi costitutivi autonomi del reato. Tra i suoi principali sostenitori in Italia, C. Fiore, *Il reato impossibile*, Napoli 1959, 23 ss.; M. Gallo, voce *Dolo*, in *ED*, vol. XIII, Milano 1964, 750 ss., 781 ss.; Id, *I reati di pericolo*, in *FI* 1969, 8; G. Neppi Modona, *Il reato impossibile*, Milano 1965, 199 ss. *Contra*, considerando l'offensività come principio funzionale a circoscrivere il perimetro della tipicità e non come elemento costitutivo del reato esterno al fatto tipico, per tutti, F. Stella, *La teoria del bene giuridico ed i cd. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *RIDPP* 1973, 28 ss., F. Bricola, voce *Teoria generale del reato*, in *NssDI*, vol. XIX,

fini dell'esercizio del relativo giudizio di costituzionalità, dunque, non potrebbero rilevare istanze di tutela estranee al nostro sistema, incorporate nella norma incriminatrice straniera.

Merita autonoma considerazione, infine, una recente posizione assunta dalla dottrina, che ha ritenuto che la necessità della doppia incriminazione del fatto possa fondarsi sul principio costituzionale di rieducazione a cui devono tendere le pene. In tal senso, con particolare riguardo ai reati incentrati sulle istanze etiche della comunità nazionale, si è rilevato 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 alle scala di valori che quella comunità contingentemente e localmente esprime, anche attraverso scelte di non incriminazione o legalizzazione»⁵⁴. Si è, conseguentemente, dubitato del difetto di socializzazione dimostrato dal «nostro concittadino che tenga la condotta reputata criminosa entro contesti nazionali, culturali, giuridici, diversi da quello italiano e che, in verità, non condividono per niente quella attribuzione di disvalore»⁵⁵.

Sul punto, occorre avanzare alcuni rilievi. È senz'altro vero che rispetto a certe fattispecie incriminatrici che si vogliano applicare in via extraterritoriale, la pena si atteggierebbe più a mezzo diretto a imporre al cittadino un ideale dovere di fedeltà ai valori propri dell'ordinamento, ovunque quello si trovi, che a vero strumento di risocializzazione, in particolare, per quei reati fondati su aspettative morali, non necessariamente proiettabili oltre il contesto socio-territoriale di riferimento. A tale conclusione dovrebbe pervenirsi con riguardo al cittadino che risieda stabilmente all'estero o allo straniero che pure abbia commesso il fatto fuori dal territorio italiano, rispetto ai quali non sarebbe ragionevole un intervento punitivo finalizzato al rinsaldamento o all'inculcamento di un sistema culturale di valori da cui essi si siano ormai legittimamente estraniati o da cui risultino *ab origine* estranei. Più complesso, forse, risulta motivare la carenza di bisogno rieducativo del cittadino italiano che si rechi all'estero a scopo di *law shopping*: da una parte, potrebbe dirsi che lo stesso abbia inteso fruire della regolamentazione straniera per evitare di commettere la violazione nel territorio italiano⁵⁶; dall'altra, potrebbe invece rilevarsi che esso, proprio perché

Torino 1973, 81.

⁵⁴ A. Vallini, *La rana che voleva farsi bue*, cit., 170.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ *Ibidem*.

ha preordinato l'elusione della legge penale nazionale tentando di sfuggire alla giurisdizione italiana, presenta un deficit di integrazione con quella parte della società che ha inteso osservare le norme penali dentro e fuori dal territorio nazionale. L'*impasse* potrebbe superarsi rilevando che la mancanza della necessità di rieducare il cittadino che abbia commesso il fatto in un Paese che ne riconosca la liceità, possa essere legata alla «diminuita capacità di orientamento culturale espressa da una normativa penale interna talora smentita in merito alla “bontà” delle sue scelte sanzionatorie dalla legislazione di Stati vicini, culturalmente affini e appartenenti al medesimo “spazio di libertà”»⁵⁷: a fronte della difficoltà che la legge italiana incontra nell'indirizzare i cittadini verso il rispetto di un certo sistema di valori non condiviso sul piano extraterritoriale, potrebbe ritenersi che il cittadino non sia messo nelle condizioni di introiettarli al punto tale da considerarli vincolanti anche in un contesto ordinamentale esterno a quello nazionale.

Al netto dei vari indirizzi che hanno diversamente tentato di collegare la doppia incriminazione del fatto al rispetto delle garanzie cardinali del diritto penale, il requisito potrebbe essere collocato tra i parametri di cui il Giudice delle leggi dovrebbe tenere conto se fosse chiamato a sindacare la proporzionalità dell'intervento normativo di allargamento spaziale dell'ambito applicativo della fattispecie incriminatrice. Difatti, sebbene il legislatore possa sentirsi formalmente libero di esercitare la sua discrezionalità estendendo incondizionatamente la portata applicativa spaziale di certe fattispecie di reato, nessuna opzione di politica criminale dovrebbe tradursi in una scelta irrazionale rispetto ai fini perseguiti o irragionevole nel bilanciamento degli interessi costituzionali in gioco. In tal senso, va sin da ora anticipato che la liceità riconosciuta ai fatti nel luogo ove siano stati realizzati potrebbe incidere sul giudizio di idoneità della scelta repressiva e sul grado di significatività dell'offesa arrecata ai beni giuridici tutelati dalla fattispecie nazionale, da rapportare all'intensità della compressione dei controinteressi in gioco⁵⁸.

Accantonando, per il momento, le questioni profilate in ordine al rispetto del principio di proporzionalità, che richiederanno un approfondimento nella seconda parte di questo lavoro, la concreta individuazione delle criticità dell'intervento legislativo in esame si focalizzerà anzitutto sulla verifica della compatibilità della fattispecie, considerata nella sua dimensione extraterritoriale incondizionata e

⁵⁷ A. Bernardi, *op. cit.*, 26.

⁵⁸ Si veda *infra*, §§ 6.1 e 6.2.

collegata alla sola nazionalità del soggetto agente, con i principi fondamentali che limitano il ricorso allo strumento penale ⁵⁹.

5. Sul piano del rispetto del principio di legalità, da un canto, la clausola speciale di giurisdizione di nuova introduzione, in quanto incondizionata, sembra persino più precisa e prevedibile nei suoi esiti di quanto non sia l'art. 9 Cp ⁶⁰, dall'altro, rimangono evidenti le criticità legate alla generica formulazione di un delitto che, già sul piano della sua applicazione ai fatti commessi entro i confini territoriali dello Stato, presenta una dimensione applicativa incerta. La mancanza di una definizione legislativa della maternità surrogata, la genericità dell'espressione "realizzazione" con cui il legislatore ha inteso tipizzare la principale condotta da incriminare, l'obiettivo incertezza in ordine all'individuazione del soggetto che possa esserne autore e la conseguente difficoltà di stabilire il momento perfezionativo del reato, incarnano rilievi critici che, già in grado di fare affiorare profili di illegittimità costituzionale della norma nella sua ordinaria dimensione applicativa territoriale, appaiono ancora più censurabili sul piano della sua applicazione extraterritoriale, facendo ricadere sul cittadino all'estero difficoltà interpretative che lo stesso non sarebbe in grado di superare agevolmente nemmeno quando operi all'interno dei confini nazionali ⁶¹.

L'unico consistente appiglio ermeneutico può rinvenirsi in una pronuncia della Corte di cassazione del 2020 ⁶², che, per quanto isolata, ha per la prima volta affrontato, in sede di legittimità, la questione del significato delle condotte incriminate: i Giudici, dopo avere individuato il momento consumativo del reato nel compimento della gestazione attraverso la nascita del minore, hanno considerato sussumibili nel reato di realizzazione della maternità surrogata le condotte, «antecedenti alla nascita», «eziologicamente ad essa collegate e funzionali allo scopo», e dunque anche l'accordo tra gli aspiranti genitori sociali e la madre surrogata ⁶³. Trattandosi del primo rilevante

⁵⁹ Cfr. S. Manacorda, *Codificare i crimini internazionali? Prospettive penalistiche nella cornice costituzionale*, in *QuadCost* 2022, 780; A. Vallini, *Il codice a pezzi. Ascesa e caduta della proposta di una legge organica sui crimini internazionali*, in *RIDPP* 2023, 106.

⁶⁰ Si veda *supra*, § 1.

⁶¹ Si veda A. Vallini, *La rana che voleva farsi bue*, cit., 171.

⁶² Cass. 28.10.2020 n. 5198, in <https://dejure.it>.

⁶³ *Contra* A. Spina, *op. cit.*, 1549; G. Losappio, *Maternità surrogata tra condotte off shore e diritto penale off limit*, in www.sistemapenale.it 15.5.2023, 6. Gli AA. ritengono che si tratti di una fattispecie plurisoggettiva necessaria impropria, che contemplerebbe la punibilità del solo medico che applichi la tecnica, e "realizzi", quindi, la surrogazione di maternità, ma non dei committenti la gravidanza, che, pur dando un contributo alla pratica, non sarebbero stati considerati punibili dal legislatore, e nei cui confronti non si potrebbe quindi applicare

precedente in materia, si potrebbe ritenere che lo stesso abbia contribuito a ridurre, sebbene in via meramente interpretativa, i principali tratti di indeterminatezza della fattispecie⁶⁴, e che, conseguentemente, qualunque condotta successiva a tale arresto giurisprudenziale, e sussumibile nell'ampio perimetro di tipicità ivi disegnato, debba considerarsi presuntivamente sorretta dalla prevedibilità dei suoi effetti penali⁶⁵. A detti rilievi si aggiunga che anche i motivi posti alla base dell'intervento di riforma – collegati alla volontà di reprimere e prevenire il “turismo riproduttivo”⁶⁶ – sembrano presupporre che la prassi vada nella direzione di considerare responsabili del fatto di “realizzazione” coloro che commissionino la gravidanza nel proprio interesse⁶⁷.

nemmeno l'art. 110 Cp in funzione incriminatrice. Conf., attualmente, A. Vallini, *La rana che voleva farsi bue*, cit., 178. Invece, E. Dolcini, *Surrogazione di maternità all'estero: alterazione di stato ex art. 567 comma 2 c.p.? Riflessioni a margine di un volume di Flamigni e Mori*, in *NotPol* 2014, 81, ritiene configurabile un concorso eventuale dei genitori sociali e della madre gestazionale.

⁶⁴ L'esistenza di un “diritto vivente” anche sulla base della pronuncia di una sola sezione semplice della Corte di cassazione, purché univocamente confortata dalla giurisprudenza di merito e dalla dottrina, è stato sostenuto da C. cost., 2.11.1996 n. 369, in <https://cortecostituzionale.it>. Sul tema, si vedano F. Viganò, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in www.penalecontemporaneo.it 19.12.2016, 30 ss.; D. Perrone, *Nullum crimen sine iure. Il diritto penale giurisprudenziale tra dinamiche interpretative in malam partem e nuove istanze di garanzia*, Torino 2019, 74-76.

⁶⁵ Sul problema della natura intrinsecamente retroattiva di ogni “regola” giurisprudenziale, si veda F. Viganò, *Il principio di prevedibilità*, cit., 39-40, che ne afferma l'eludibilità, qualora la stessa produca effetti sfavorevoli sull'imputato, attraverso l'applicazione dell'art. 5 Cp per scusare chi, senza sua colpa, abbia confidato nella liceità della propria condotta, senza per ciò precludere la formulazione di una regola di giudizio innovativa con effetti prevedibili per il futuro. Conf. P. Scevi, *La prevedibilità della norma penale tra legislatio e iurisdictio*, Torino 2022, 176 ss. Confermano questa tesi e sostengono ulteriormente, su un piano garantistico generale, un'applicazione analogica del principio codicistico di irretroattività della legge penale, D. Perrone, *op. cit.*, 363 ss.; R. Bartoli, *Le garanzie della “nuova” legalità*, in *SP* 2020, 3, 176; F. Consulich, *Così è (se vi pare). Alla ricerca del volto dell'illecito penale, tra legge indeterminata e giurisprudenza imprevedibile*, in *DPenCont* 2020, 1, 67 ss.; A. Santangelo, *Precedente e prevedibilità. Profili di deontologia ermeneutica nell'era del diritto penale giurisprudenziale*, Torino 2022, 249 ss. La seconda tesi, basata sull'irretroattività del mutamento giurisprudenziale sfavorevole, era stata già sostenuta da M. Donini, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano 2011, 114-115; V. Manes, *Dalla “fattispecie” al “precedente”: appunti di “deontologia ermeneutica”*, in www.penalecontemporaneo.it 17.1.2018, 25. Critica entrambe le tesi, invece, A. Nappi, *La prevedibilità nel diritto penale*, Napoli 2020, 484 ss.

⁶⁶ Così M. Pelissero, *Surrogazione di maternità*, cit., 32; G. Losappio, *Maternità surrogata*, cit., 6; A. Vallini, *La rana che voleva farsi bue*, cit., 178.

⁶⁷ Così era esplicitato già nella relazione introduttiva dell'originario testo della proposta di legge Varchi, C.887. La lettura congiunta delle affermazioni della giurisprudenza di legittimità e delle aspirazioni manifestate dal legislatore pare quantomeno opportuna per evitare di incorrere nell'inaccettabile paradosso di incriminare in via extraterritoriale un fatto diverso da quello punibile nel territorio dello Stato: cfr. G. Losappio, *Maternità surrogata*, cit., 6. In generale, contro esiti di questo genere si veda D. Micheletti, *Reato e territorio*, cit., 583-584. Con riguardo al caso di specie, il paventato paradosso sarebbe non solo foriero di esiti irragionevoli ma anche contrario al principio di legalità, dato che la clausola di estensione della giurisdizione sul cittadino all'estero, all'esame del Senato, si fonda su un rinvio espresso ai fatti attualmente incriminati nell'art. 12 co. 6, relativi alla surrogazione di maternità.

Gli evidenziati deficit di tassatività della fattispecie, per quanto parzialmente ovviati dalla giurisprudenza, e pertanto ormai potenzialmente superabili da coloro che commettano i fatti nel territorio dello Stato o persino da quei cittadini che si siano recati all'estero con la specifica intenzione di aggirare i divieti nazionali, potrebbero continuare a comprometterne l'intellegibilità per quei connazionali che da tempo non vivano in Italia e che non abbiano intrapreso un occasionale percorso di "turismo procreativo", facendo invece legalmente ricorso ai servizi sanitari dello Stato in cui abitualmente risiedono. Nei confronti di costoro, l'applicazione della fattispecie incriminatrice italiana, attraverso la clausola speciale di giurisdizione incondizionata, potrebbe tradursi in una violazione del principio di colpevolezza, a cui si potrebbe porre rimedio applicando l'art. 5 Cp nella sua lettura costituzionalmente orientata⁶⁸: sia l'oggettiva imprecisione della fattispecie sia la protratta separazione di tali individui dal territorio e dalla cultura nazionale potrebbero, infatti, pregiudicare la conoscenza delle evoluzioni della legislazione nazionale e, in particolare, della giurisprudenza chiamata a restituire chiarezza alle norme penali, e costituire, quindi, degli indici idonei a riscontrare un errore inevitabile sulla norma incriminatrice intesa nella sua dimensione applicativa extraterritoriale⁶⁹. Tuttavia, oltre a dovere fare i conti con l'atteggiamento di *self-restraint* serbato dalla giurisprudenza di legittimità in ordine al riconoscimento di efficacia scusante all'errore sul precetto – in particolare, quando si fondi su parametri soggettivi⁷⁰ –, andrebbe tenuto conto che si tratterebbe di una «mera rinuncia dell'ordinamento alla pena»⁷¹, che non andrebbe ad incidere direttamente sulla sopravvivenza della legge penale, «anche quando la causa dell'ignoranza risiede nella sua oscurità, equivocità, imprecisione»⁷².

5.1. Messe da parte le questioni garantistiche di taglio prettamente formale, rimane da comprendere se la scelta legislativa di applicare in via extraterritoriale la legge penale possa fondarsi su un'offesa al bene giuridico proiettabile oltre confine, poiché,

⁶⁸ La questione è già stata anticipata analizzando la fondabilità della doppia incriminazione sul principio di colpevolezza: si veda *supra*, § 4, anche per gli opportuni richiami bibliografici.

⁶⁹ Già C. cost., 24.3.1988 n. 364, cit., sottolineava che il principio di legalità può essere ricollegabile al principio di colpevolezza, tendendo entrambi verso il medesimo fine di garantire la libertà del cittadino.

⁷⁰ Guardando alla dottrina più recente che si è confrontata con l'attuale prassi delle corti, si veda F. Viganò, *Il principio di prevedibilità*, cit., 9, secondo cui le assoluzioni basate sull'errore inevitabile sul precetto rappresentano «eventi del tutto straordinari, e tutto sommato casuali». Conf. M. Lanzi, *Error iuris e sistema penale. Attualità e prospettive*, Torino 2018, 126 ss. Si veda, ad esempio, Cass. 7.11.2013, n. 6744, in <https://dejure.it>.

⁷¹ F. Viganò, *Il principio di prevedibilità*, cit., 10.

⁷² *Ibidem*.

a concludere diversamente, si giungerebbe a incriminare un fatto privo di idoneità lesiva, con conseguente invocabilità, come parametro di legittimità della scelta legislativa, del principio di offensività. In tal senso, il peso negato al bene giuridico nel preliminare giudizio di determinazione dell'ambito applicativo spaziale delle fattispecie, potrebbe essere recuperato ai fini del sindacato sulla necessaria lesività del fatto.

Come già rilevato, il rispetto del principio di offensività, nell'ambito del sindacato sulla legittimità delle norme incriminatrici applicate in via extraterritoriale, dovrebbe essere valutato a prescindere dalle scelte normative, parallele o diametralmente opposte, adottate nello Stato straniero, e incentrarsi unicamente sulla fattispecie nazionale, per stabilire se i fatti incriminati possano risultare offensivi del bene giuridico tutelato anche se commessi fuori dal nostro Paese.

Secondo quanto anticipato precedentemente, l'interesse giuridico che, secondo l'orientamento dominante, può intendersi compromesso dalle pratiche di surrogazione di maternità, è rinvenibile nella dignità della gestante, soggetta a una strumentalizzazione del proprio corpo per scopi a essa estranei⁷³. Pur trattandosi di rilievi più concretamente fondabili in relazione alle manifestazioni commerciali del fenomeno⁷⁴, l'intenzione del legislatore – che non fa distinzioni formali⁷⁵ – e delle

⁷³ Si veda *supra*, nota 28.

⁷⁴ In dottrina, la violazione della dignità della gestante viene collegata alla prestazione economica pattuita, da S. Moccia, *Un infelice compromesso: il Testo Unificato delle proposte di legge in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *CrD* 1998, 250; C. Pasquariello, *I confini penalistici della bioetica*, Napoli 1999, 142; A. Manna, voce *Sperimentazione medica*, in *EDAgg*, vol. IV, Milano 2000, 1132; L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali e bioetica. La questione dell'embrione*, in *Ambito e fonti del biodiritto*, a cura di S. Rodotà, M.C. Tallachini, vol. I di *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà, P. Zatti, Milano 2010, 251; S. Canestrari, *Biodiritto (diritto penale)*, in *EDAnn*, vol. VIII, Milano 2015, 110.

⁷⁵ In particolare, un'interpretazione estensiva della norma incriminatrice potrebbe fondarsi sull'inciso «*in qualsiasi forma*». Seguono questa interpretazione, pur criticando le opzioni di tutela perseguite dal legislatore, E. Dolcini, *La procreazione medicalmente assistita: profili penalistici*, in *Il governo del corpo*, a cura di S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti, vol. II, t. II di *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà, P. Zatti, Milano 2011, 1551; G. Losappio, *Procreazione assistita*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di F. Palazzo, C.E. Paliero, Padova 2007, 1062; L. Risicato, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire»*. *Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino 2008, 52; I. Corti, *La maternità per sostituzione*, in *Il governo del corpo*, cit., 1490; D. Pulitanò, *Surrogazione di maternità all'estero. Problemi penalistici*, in *CP* 2017, 1372; A. Vallini, *La schiava di Abramo*, cit., 905; Id., *Surrogazione di normatività*, cit., 238, che, tuttavia, ritiene che la collocazione sistematica della fattispecie nel corpo della legge 40 sulla P.M.A. trovi la sua cifra di ragionevolezza nel solo caso della surrogazione di maternità "totale". *Contra* C. Casini, M. Casini, M.L. Di Pietro, *La legge 19 febbraio 2004, n. 40, "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita"*. *Commentario*, Torino 2004, 185 ss., che fanno discendere dall'accostamento dell'incriminazione della commercializzazione di gameti ed embrioni e dell'incriminazione della surrogazione di maternità, nella medesima disposizione, il carattere necessariamente oneroso della seconda.

stesse corti – che paiono recepire di buon grado l’atteggiamento paternalistico del primo – è sostanzialmente quella di conferire al bene della dignità individuale un’accezione assiologica eteroimposta alla donna e sostanzialmente imperniata sull’indisponibilità della funzione riproduttiva, a prescindere dalla dimostrazione di una sua eventuale mercificazione e dall’eventuale presenza di un suo consenso libero, informato e consapevole.

Omettere qualunque considerazione della libertà di determinazione della gestante nelle ipotesi in cui sia accertabile il carattere disinteressato e spontaneo della sua prestazione (si pensi alla disponibilità di parenti o amiche della madre di intenzione, che agiscano a esclusivo beneficio della stessa), e rinvenire pure in questi casi un’offesa alla sua dignità ⁷⁶, significa sostanzialmente ampliare la già estesa e criticabile accezione oggettiva assegnatale dalla Corte costituzionale in relazione ai reati in materia di prostituzione ⁷⁷, e passare da una concezione paternalistica a una concezione etica di questo bene giuridico ⁷⁸. Difatti, la libertà di autodeterminazione della madre surrogata non sarebbe considerata presuntivamente viziata alla radice da un eventuale movente economico, ma verrebbe a essere del tutto obliterata sulla base di concezioni ideologiche in ordine al valore intrinseco e intangibile del rapporto tra la gestante e il feto. Sebbene quest’ultima conclusione sia in grado di profilare una frizione della fattispecie con il principio di offensività, non si intravede tra le corti

⁷⁶ Si vedano le critiche di G. Losappio, *Maternità surrogata*, cit., 9.

⁷⁷ È ben noto come nel nostro ordinamento, con specifico riguardo ai reati in materia di prostituzione, la Consulta abbia già concepito la dignità individuale in senso oggettivo alla stregua di un diritto “tiranno”, in grado di blindare ogni discussione critica e ogni bilanciamento dello stesso con interessi contrapposti, e in particolare con la libertà della donna di disporre liberamente del proprio corpo. Si vedano C. cost., 7.6.2019 n. 141, in <https://cortecostituzionale.it>; C. cost., 20.12.2019 n. 278, ivi. Su questi aspetti critici delle pronunce, si vedano F. Parisi, *Il bene della dignità umana in soccorso della legge Merlin? Sulla sentenza 141/2019 della Corte costituzionale in materia di favoreggiamento e reclutamento della prostituzione*, in www.la legislazione penale.eu 21 novembre 2019, 38; A. Cadoppi, *Il “bicchiere mezzo pieno”. Un tentativo di lettura costruttiva delle sentenze della Corte costituzionale in tema di favoreggiamento della prostituzione*, in www.archiviopenale.it 2020, 3, 4 ss.; Id., *L’incostituzionalità di alcune ipotesi della legge Merlin e i rimedi interpretativi ipotizzabili. Osservazioni a margine di Corte App. Bari, Sez. III, ord. 6.2.2018, Tarantini e altri*, in www.penalecontemporaneo.it 2018, 2, 181 ss. In generale, sulla cd. “tirannia della dignità”, si veda U. Neumann, *Die Tyrannei der Würde*, in *ARSP* 1998, 153 ss. Vero è, comunque, che le pronunce della Consulta risultano condizionate dalle peculiarità di un fenomeno tipicamente caratterizzato da una dimensione economica, in cui la libertà della donna si intende coartata sulla base della presunzione che una scelta indotta dalla promessa o dalla ricezione di un compenso per la prestazione sessuale non possa essere realmente libera. Ed è, dunque, soltanto in relazione alle forme commerciali della surrogazione di maternità, che potrebbero essere trasposti – pur non senza criticità generali – i rilievi della Consulta sui reati in materia di prostituzione.

⁷⁸ Ricollega la tutela della dignità della gestante a scelte paternalistiche del legislatore, L. Risicato, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire»*, cit., 52; D. Pulitanò, *Surrogazione*, cit., 1372.

alcuna intenzione di censurare l'eccessiva dilatazione del bene giuridico protetto e della portata incriminatrice della norma.

Più solido sembra, piuttosto, il riferimento di certa dottrina alla necessità di tutelare la dignità del minore ⁷⁹, inteso come soggetto costretto a subire le scelte della gestante e dei genitori sociali, senza potere ovviamente esprimere il proprio consenso alla realizzazione di una pratica idonea a pregiudicare la certezza della stabilità e della giuridicizzabilità delle proprie relazioni affettive. Tuttavia, il rischio di questo procedimento argomentativo è che la dignità del minore venga a essere identificata con una sorta di diritto a non nascere se non in un contesto di concepimento ordinario, che – è bene evidenziarlo – non gli assicurerebbe comunque la certezza degli affetti e della presenza genitoriale nel percorso di crescita e di maturazione ⁸⁰.

Al di là dei menzionati profili critici, chiamare in causa la necessità di tutelare la dignità dei soggetti vulnerabili coinvolti nel fenomeno, rappresenta un metodo argomentativo idoneo a precludere all'interprete un efficace intervento critico sulle scelte repressive adottate in materia, almeno alla luce delle tendenze finora manifestate dai tribunali nazionali, inclini a confermare la legittimità delle scelte compiute a livello normativo e a riconoscere al legislatore un ampio margine di apprezzamento nelle questioni eticamente sensibili ⁸¹.

Se sul piano costituzionale della scelta di incriminazione in sé considerata, la giurisprudenza ha dimostrato di non volere contraddire le predette, pur discutibili, istanze di tutela, è verosimile che a un tale esito si addiverrebbe pure spostando il piano valutativo sull'offensività della fattispecie intesa nella sua dimensione extraterritoriale. A nulla varrebbe paventare derive paternalistiche o finanche di stampo etico: fin quando il legislatore dichiara, e le corti riconoscano, che la scelta repressiva si muove all'interno del dovere di rispettare il valore intrinseco della persona

⁷⁹ Si veda *supra*, nota 29.

⁸⁰ In tal senso, D. Pulitanò, *Surrogazione*, cit., 1372. Nella dottrina sociologica, C. Saraceno, *Coppie e famiglie. Non è una questione di natura*, Milano 2012, 68-69. Tra gli studi più recenti che dimostrano la generale assenza di conseguenze negative sulla psiche delle madri e degli stessi bambini, si rinvia a S. Yee, S. Hemalal, C.L. Librach, "Not my child to give away": A qualitative analysis of gestational surrogates' experiences, in *Women Birth* 2020, 33(3), 256 ss.; S. Golombok, L. Blake, J. Slutsky, E. Raffanella, G.D. Roman, A. Ehrhardt, *Parenting and the Adjustment of Children Born to Gay Fathers Through Surrogacy*, in *Child Development* 2018, vol. 89, iss. 4, 1223 ss.

⁸¹ Così, esplicitamente, C. cost., 23.10.2019 n. 221, in <https://cortecostituzionale.it>, § 13.1. In tale direzione, tra le sentenze costituzionali pronunciate sulla legge 40, si vedano anche C. cost., 13 aprile 2016 n. 84, *ivi*; C. cost., 9 marzo 2021 n. 33, *ivi*.

⁸², *status* egualitario universale ⁸³, e presupposto per il riconoscimento di ogni altro diritto soggettivo ⁸⁴, il bene giuridico della dignità individuale verrebbe schermato di una formale quota di laicità ⁸⁵, tale da profilarne un contenuto minimo condiviso non circoscrivibile al solo piano territoriale nazionale ⁸⁶, e da superare le accuse di campanilismo (cd. *parochialism objections*) mosse ai tentativi di estendere su un piano universale la tutela di diritti circoscrivibili entro un certo contesto socio-territoriale ⁸⁷.

Non si tratta – come è bene sottolineare – di conclusioni dirette a supportare la validità di un tale giudizio di legittimità della norma, sul piano della sua offensività, ma della rassegnata presa d'atto che ogni qualvolta si chiami in causa la protezione del valore della dignità umana, il suo carattere ideologicamente multiforme ⁸⁸ ne supporterebbe la natura di *passé-partout* argomentativo da cui trarre i risultati voluti

⁸² Si tratta della prima dimensione assiologica della dignità secondo R. Dworkin, *La democrazia possibile. Principi per un nuovo dibattito politico*, Milano 2006, 28, e del suo contenuto minimo secondo C. McCrudden, *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights*, in *EJIL* 2008, 19(4), 679 ss. Nella dottrina italiana, conf. P. Heritier, *Dono scambio dignità*, in *Iustum Aequum Salutare* 2010, 4, 113.

⁸³ Cfr. S. Besson, *The Egalitarian Dimension of Human Rights*, in *ARSP* 2013, Nr. 136, 23 ss. Sulla convergenza tra il valore della dignità e il principio di eguaglianza, in particolare nei casi di discriminazione a danno di certe categorie vulnerabili di soggetti, si vedano S. Baer, *Dignity, Liberty, Equality: A Fundamental Rights Triangle of Constitutionalism*, in *UTLJ* 2009, Nr. 59, 417; G. Resta, *The Comparative Law of Dignity: An Introduction*, in *RomaTreLRev* 2019, 1, 114.

⁸⁴ Cfr. R.D. Glensy, *The Right to Dignity*, in *Columbia HRLR* 2011, 43, 65 ss.; E. Karska, K. Karski, *Introduction: Extraterritorial Scope of Human Rights*, in *ICLR* 2015, Nr. 17, 396.

⁸⁵ A tal proposito, si vedano le critiche di G. Fiandaca, *I temi eticamente sensibili tra ragione pubblica e ragione punitiva*, in *RIDPP* 2011, 1401.

⁸⁶ Sul significato minimo della dignità come supporto argomentativo per contrastare dottrine politiche autoritarie fondate sulla superiorità razziale e di classe, si veda G. Neumann, *Human Dignity in United States Constitutional Law*, in *Zur Autonomie des Individuums: Liber Amicorum Spiros Simitis*, a cura di D. Simon, M. Weiss, Baden-Baden 2000, 250. In tale direzione, sostiene la concepibilità di un contenuto minimo universalmente condivisibile della dignità umana, legato a una visione democratica dei diritti umani fondamentali, P.G. Carozza, *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights: A Reply*, in *EJIL* 2008, Vol. 19, Nr. 5, 936. Invece, secondo A. Buchanan, *Human Rights and The Legitimacy of The International Order*, in *Legal Theory* 2008, Nr. 14, 41, si possono riscontrare seri disaccordi, radicati in diverse visioni culturali, sul contenuto specifico e sulla bilanciabilità anche dei diritti umani più elementari. Più in generale, per una critica alla valorizzabilità della dignità umana come bene giuridico universale, C. McCrudden, *op. cit.*, 723, secondo cui il contenuto minimo del concetto di “dignità” si presta a essere condiviso sul piano transnazionale soltanto in virtù della sua genericità, così rivelando la sua vacuità.

⁸⁷ Sostiene la “*parochialism objection*” all'estensione transnazionale della tutela dei diritti umani di base etica, secondo la quale un diritto umano non può dirsi universale quando riflette il modo di pensare di una particolare cultura o di un certo tipo di società, S. Besson, *Human rights as transnational constitutional law*, in *Handbook on Global Constitutionalism*, a cura di A.F. Lang, Jr., A. Wiener, Elgar 2017, 239. Una soluzione alla *parochialism objection* è stata elaborata da A. Buchanan, *op. cit.*, 61 ss., che fa leva, a tal fine, sul valore epistemico delle istituzioni, basato sulla formazione della conoscenza e del consenso sociale.

⁸⁸ In tal senso, si veda M. Rosen, *Dignity: Its History and Meaning*, Harvard 2012, 46, secondo cui «*The concept of dignity has developed into an amalgam of humanist, liberal, Christian, socialist and Kantian ideas*».

⁸⁹, utile a giustificare non solo un'incriminazione ad applicazione territoriale, ma anche un'incriminazione extraterritoriale formalmente volta a garantirlo fuori dai confini nazionali. È pur tuttavia vero – come si rileverà affrontando il tema del sindacato sulla proporzionalità della scelta di incriminazione – che, anche a volere ritenere i fatti extraterritoriali comunque offensivi della dignità dei soggetti vulnerabili coinvolti, l'intensità dell'offesa stessa potrebbe ritenersi assestata a un livello di significatività inferiore in virtù della disciplina del fenomeno apprestata nel *locus commissi delicti*, tenendo conto che i requisiti procedurali ivi previsti implicherebbero una istituzionalizzazione degli scopi sottesi alla pratica e potrebbero comunque garantire la tutela degli interessi dei soggetti coinvolti ⁹⁰; non molto diversamente da quanto accade in quei Paesi – come l'Italia – che affidano alla legge e ai sistemi sanitari nazionali la disciplina della donazione degli organi umani, anch'essa imperniata su una strumentalizzazione della persona per fini a essa estranei, limitandosi a punire soltanto il loro traffico illecito.

La discussione sull'offensività della fattispecie applicabile in via extraterritoriale non può però arrestarsi a questo stadio. Se si affronti la questione con il giusto occhio critico, andando alla ricerca delle reali intenzioni del legislatore, e si tenti di scardinare la logica del diritto "tiranno", sostituendo la dignità con un bene giuridico dai contorni assiologici meglio definibili e su cui si lasci spazio alle critiche argomentative, le conclusioni potrebbero essere differenti da quelle finora rassegnatamente prospettate.

In particolare, individuando il bene tutelato dalla fattispecie nell'interesse istituzionale alla tutela dello stato di famiglia ⁹¹, e intendendolo come prettamente

⁸⁹ Così W. Hassemer, *Argomentazione con concetti fondamentali. L'esempio della dignità umana*, in *Ars interpretandi* 2005, 134; G. Fiandaca, *Scelte di tutela in materia di fecondazione assistita e democrazia laica*, in *LP* 2005, 343; Id., *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e post-secolarismo*, in *RIDPP* 2007, 558-559. Nella dottrina della filosofia politica tedesca, si veda B. Ladwig, *Menschenwürde als Grund der Menschenrechte? Eine Kritik an Kant und über Kant hinaus*, in *Zeitschrift für Politische Theorie* 2010, Jg. 1, Nr. 1, 65. Con specifico riguardo alla fattispecie in esame, nella dottrina italiana si vedano le critiche di A. Vallini, *La rana che voleva farsi bue*, cit., 172, sull'abuso del ricorso al valore della dignità per dare fondamento alle disposizioni incriminatrici.

⁹⁰ Si veda *infra*, § 6.2.

⁹¹ Già si evince dalla relazione del Guardasigilli Alfredo Rocco al progetto definitivo del nuovo codice penale (Ministero della giustizia e degli affari di culto, *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. V, parte II, Roma, 1929, 334). Questa concezione "statuale" del bene giuridico tutelato dai delitti contro la famiglia è stata individuata da V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. VII, Torino 1984, 727 ss., 810 ss., 826, da F. Stella, *L'alterazione di stato mediante falsità*, Milano 1967, 228 ss., e da A. Albamonte, *La formazione dell'atto di nascita nel delitto di alterazione di stato*, in *GP* 1975, 649-650. Così, più di recente, in senso critico e in prospettiva di riforma, S. Riondato, *Relazione di accompagnamento. Riforma del codice penale in materia di famiglia e formazioni sociali assistenziali*, in *La riforma dei delitti contro la persona. Proposte dei gruppi*

“domestico”, dovendo essere integrato dalle norme nazionali che regolano la costituzione dei rapporti familiari – inapplicabili dall’ufficiale di stato civile del Paese straniero ove il minore sia nato –, non pare predicabile alcuna potenzialità offensiva delle condotte di surrogazione attuate all’estero. Le conclusioni non muterebbero qualora il bene giuridico protetto, invece che come collettivo-istituzionale, venisse inteso come individuale e titolarizzabile in capo allo stesso minore ⁹², poiché – abbandonando la preconcezione dei beni individuali come interessi presuntivamente tutelabili anche al di fuori dei nostri confini territoriali ⁹³ – il punto di riferimento per definire lo *status filiationis* del minore, e per rinvenirne un’offesa penalmente rilevante, rimarrebbero le norme civili nazionali applicabili soltanto all’interno del nostro ordinamento.

Ancora, sulla base di una ricognizione più realistica della *ratio* della scelta di incriminazione, che si traduca direttamente sull’individuazione del bene tutelato dalla fattispecie, si potrebbe ritenere che il legislatore consideri la pratica come contraria alle pretese ideologiche di una certa parte della società tendente a circoscrivere il valore delle relazioni umane e dei rapporti familiari entro schemi predefiniti dalla natura, e che lo stesso, attraverso il divieto, intenda invero assolutizzare tali pretese relative, dettando una scelta culturale su base etica a tutti i consociati ⁹⁴. Così ragionando, si giungerebbe forse a disvelare quello che il legislatore ha inteso elevare a interesse giuridico protetto, ossia la moralità pubblica, intesa nella sua dimensione familiare ⁹⁵, che si presta a essere radicabile soltanto nel territorio ove risieda la

di lavoro dell’AIPDP. *Atti dei seminari di discussione in collaborazione con il DiPLaP*, a cura di AIPDP, DiPLaP, Milano 2023, 607 ss.

⁹² Così F. Bricola, *Appunti in tema di tutela personale dello stato di filiazione*, in *Scritti di diritto penale*, vol. II, t. I, Milano 1997, 2067 ss., 2071; G.D. Pisapia, voce *Stato di famiglia (delitti contro)*, in *NssDI*, vol. XVIII, Torino 1971, 319; G. Spagnolo, *I delitti contro lo stato di famiglia tra tutela dello stato civile e tutela dello stato di filiazione*, in *RIDPP* 1983, 585. Nella giurisprudenza di legittimità si veda, di recente, Cass. 13.4.2021 n. 13751, in <https://dejure.it>; Cass. 17.11.2016 n. 48696, *ivi*; Cass. 26.2.2016 n. 8060, *cit.* Anche nella recente giurisprudenza della Consulta, si incardina il bene giuridico in capo al minore: C. cost., 10.11.2016 n. 236, in <https://cortecostituzionale.it>; C. cost., 23.3.2007 n. 106, *ivi*.

⁹³ Si veda *supra*, § 3.

⁹⁴ Sulla questione degli “imprenditori della moralità”, si vedano C.E. Paliero, *Consenso sociale e diritto penale*, in *RIDPP* 1992, 879-880; *Id.*, *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed “effetti penali” dei media)*, in *RIDPP* 2006, 534-535; T. Pievani, *La bioetica confessionale nel centro-sinistra*, in *Micro/Mega* 2007, n. 2, 47. Invece, in una prospettiva opposta, A. Ruggieri, *Modello costituzionale e consuetudini culturali in tema di famiglia, fra tradizione e innovazione*, in www.giurcost.org, 2018, 3, 51 ss., spec. 517 ss., ritiene che il modello culturale “plurale” di famiglia non risulti ancora metabolizzato a livello sociale.

⁹⁵ Sull’argomento, si veda C. Durigato, *Gli attentati alla morale familiare nella previsione dell’art 565 c.p.*, in *IP* 2005, 989.

compagine sociale che esprima in maniera compatta l'adesione a un certo valore o a un certo principio etico ⁹⁶, poiché la cultura di una certa nazione non potrebbe essere imposta fuori dai confini nazionali e, dunque, nemmeno ai cittadini che si trovino ad operare in contesti ordinamentali a cui quella stessa cultura risulti estranea ⁹⁷, a tutela del pluralismo culturale e giuridico ⁹⁸.

Le conclusioni da ultimo delineate potrebbero, in effetti, lasciare emergere una frizione della norma incriminatrice ad applicazione extraterritoriale con il principio di offensività. Tuttavia – è bene ripeterlo – la circostanza che le corti abbiano fatto formalmente ricorso allo “scudo” della tutela della dignità umana, rappresenta uno strumento argomentativo idoneo, e forse proprio finalizzato, a mettere a tacere ogni discussione sulla meritevolezza dell'oggetto della tutela penale apprestata dalla fattispecie in esame, rispetto ai fatti commessi sia all'interno che all'esterno del territorio nazionale.

6. Nell'ambito del sindacato sulla legittimità della scelta di incriminazione extraterritoriale, una volta preso atto che il criterio teleologico non sarebbe realisticamente in grado di frapporre un limite all'adozione dello speciale criterio di giurisdizione fondato sulla personalità attiva, sembra opportuno spostare l'asse dell'indagine sul ricorso al giudizio di proporzionalità della scelta di incriminazione, di cui l'offensività rappresenta una componente implicita ⁹⁹, non esaurendone il significato né la concreta portata applicativa.

Fermo il riconoscimento della discrezionalità spettante al legislatore italiano nelle sue decisioni di politica criminale, non può non rammentarsi che, pure in relazione alla dimensione applicativa extraterritoriale della fattispecie, debba essere garantito un adeguato bilanciamento tra interessi tutelati e controinteressi corrispettivamente compressi e, più a monte, la razionalità dell'intervento punitivo territorialmente allargato.

La disamina si concentrerà esclusivamente sulla proporzionalità della scelta del legislatore di applicare incondizionatamente il delitto di realizzazione della

⁹⁶ Sull'obiettivo difficoltà di verifica dell'inquadramento della morale nella «cultura dominante di una determinata società», si veda C. de Maglie, *Alle radici del bisogno di criminalizzazione. Riflessioni in tema di moralità, immoralità e diritto penale*, in *Crim* 2017, 16 ss.

⁹⁷ Cfr. A. Vallini, *La rana che voleva farsi buca*, cit., 170.

⁹⁸ In quest'ultimo senso, si veda A. Zysset, *Legal and Moral Pluralism: A Rejoinder (in European Human Rights Law)*, in *OsLaw* 2015, Iss. 3, 176 ss., 179.

⁹⁹ Così F. Palazzo, *op. cit.*, 369.

surrogazione di maternità al cittadino che agisca oltre confine, senza soffermarsi sulla proporzione dell'opzione di incriminazione *ex se* considerata, a prescindere dalla sua dimensione applicativa spaziale.

I tradizionali parametri applicativi del sindacato di proporzionalità delle scelte legislative, che è nato e si è sviluppato come canone di giudizio non esclusivo della materia penale, sono stati elaborati dalla Corte costituzionale tedesca e progressivamente recepiti sia dalle corti nazionali sia da quelle sovranazionali¹⁰⁰. Si compongono notoriamente di quattro passaggi di giudizio, individuabili: a) nella legittimità e non arbitrarietà dello scopo pubblico perseguito dal legislatore; b) nell'idoneità della scelta di incriminazione al perseguimento di detto scopo; c) nella necessità della limitazione del diritto fondamentale, da intendersi come insostituibilità dell'intervento penale con un rimedio meno invasivo ed egualmente efficace; d) nell'equo bilanciamento tra l'interesse pubblico perseguito e il diritto fondamentale compresso. Mentre i primi tre criteri sono ascrivibili al cd. giudizio di proporzionalità "in senso ampio" (*Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne*), l'ultimo viene comunemente definito come sindacato di proporzionalità "in senso stretto" (*Verhältnismäßigkeit in engeren Sinne*).

Nello specifico piano del diritto penale, il sindacato di proporzionalità, dopo avere investito il piano neutro della norma di comando, dovrebbe dispiegarsi anche in relazione alla valutazione della specifica incidenza dello strumento punitivo sui diritti in gioco e, in una terza fase, anche sul piano delle limitazioni conseguenti al *quantum* della pena comminata¹⁰¹. Quest'ultimo profilo non sarà affrontato in relazione all'intervento legislativo sotto analisi, le cui criticità si stagliano, evidentemente, nel perimetro dell'allargamento spaziale della scelta di incriminazione in sé considerata, tenendo ulteriormente conto che l'entità delle sanzioni penali da applicare alla realizzazione della surrogazione di maternità all'estero è, ovviamente, la stessa di quella prevista per la violazione intraterritoriale, non necessitando di autonoma considerazione nell'ambito del sindacato sulla clausola di giurisdizione¹⁰². Per quanto

¹⁰⁰ Per un'ampia disamina del giudizio di proporzionalità nella sua dimensione penalistica, si rinvia a N. Recchia, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di incriminazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino 2020, 110 ss. e, di recente, nella dottrina penale tedesca, M. Bachmann, F. Goeck, *Ein Blick in den Abgrund? – Strafrecht auf dem Prüfstand von Verfassung und Kriminologie*, in *Strafrecht und Verfassung*, a cura di B. Brunhöber, K. Höffler, J. Kaspar, T. Reinbacher, M. Vormbaum, Baden-Baden 2013, 37 ss.

¹⁰¹ Per una disamina dei tre macro-piani del giudizio di proporzionalità in materia penale, si rinvia a N. Recchia, *op. cit.*, 122 ss.

¹⁰² Sul tema, si rinvia a F. Viganò, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino

riguarda il secondo piano del sindacato di proporzionalità, cioè quello che dovrebbe mirare a perimetrare gli esiti del giudizio tenendo conto del carattere penale dello strumento normativo scelto per il perseguimento di un pubblico interesse, si seguirà quella linea di pensiero secondo cui l'ingerenza della norma di condotta sui diritti in gioco non potrebbe essere determinata a prescindere dalla considerazione delle conseguenze punitive ricollegate alla sua inosservanza, che dovrebbero pertanto essere vagliate già nel primo stadio del giudizio di proporzionalità ¹⁰³.

6.1. Sul piano della verifica di legittimità dello scopo legislativo perseguito, si tratta di un giudizio di non incompatibilità della *ratio legis*, intesa come pubblico interesse (*öffentliches Interesse*) alla repressione di certe condotte, con il dettato costituzionale ¹⁰⁴, non sovrapponibile al più rigoroso accertamento di offensività della fattispecie rispetto al bene giuridico tutelato, che invece potrebbe rivestire una sua funzione nell'ambito del giudizio di proporzionalità in senso stretto ¹⁰⁵.

Nel caso di specie, lo scopo perseguito dal legislatore, emergente dalle relazioni esplicative ai diversi disegni di legge presentati in Parlamento, è quello di fronteggiare e prevenire lo sfruttamento delle donne da reclutare come gestanti per altri, e dei minori concepiti in seguito a tali pratiche ¹⁰⁶. Per cui – al netto dei pur legittimi sospetti sulla sostanziale intenzione legislativa di assecondare meri ideali collettivi di stampo etico e religioso, di per sé incompatibili con il principio di laicità dell'ordinamento ¹⁰⁷, se non traducibili in istanze sociali democraticamente condivise allo stato attuale –

2021, *passim*; C.E. Paliero, *Il mercato della penalità. Bisogno e Meritevolezza di pena nel rationale della punitività*, Torino 2021, 61 ss. Più di recente, si veda M. Pelissero, *Il principio di proporzionalità (non sproporzionalità) delle pene: recenti sviluppi e impatto anomalo delle fonti eurounitarie sul principio di legalità delle pene*, in *DPP* 2023, 1359 ss.

¹⁰³ Così, tra gli altri, H. Kudlich, *Die Relevanz der Rechtsgutstheorie im modernen Verfassungsstaat*, in *ZSTW* 2015, 648-649; I. Goeckenjan, *Überprüfung von Straftatbeständen anhand des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes: überfällige Inventur oder Irrweg?*, in *Verhältnismäßigkeit. Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts*, a cura di M. Jestaedt, O. Lepsius, Tübingen, 2015, 192-193; J. Puschke, *Legitimation, Grenzen und Dogmatik von Vorbereitungstatbeständen*, Tübingen 2017, 158-159.

¹⁰⁴ Nella dottrina tedesca, si veda, per tutti, I. Appel, *Verfassung und Strafe. Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens*, Berlin 1998, 66.

¹⁰⁵ Così N. Recchia, *op. cit.*, 141 ss.

¹⁰⁶ Solo per fare un riferimento alle relazioni alle proposte di legge più recenti in materia, si vedano: proposta di legge "Lupi", n. 1026 del 21 marzo 2023; proposta di legge "Varchi", n. 887 del 15 febbraio 2023; d.d.l. "Gasparri", n. 163 del 13 ottobre 2022; proposta di legge "Candiani", n. 342 del 14 ottobre 2022; proposta di legge "Carfagna", n. 2599 del 20 luglio 2020; proposta di legge "Meloni", n. 306 del 23 marzo 2018.

¹⁰⁷ Così G. Losappio, *Maternità surrogata*, cit., 6-7. Sul tema dei rapporti tra diritto e morale, con riguardo al rispetto del principio di laicità, si veda D. Pulitanò, *Laicità e diritto penale*, in *RIDPP* 2006, 64 ss.

non pare formalmente discutibile la non irrazionalità e la non arbitrarietà, e dunque la meritevolezza, dello scopo di un intervento repressivo su base extraterritoriale, che sia formalmente fondato sulla tutela dei soggetti vulnerabili coinvolti nella pratica.

Rispetto allo stadio di verifica dell'idoneità (*Geeignetheit*) della clausola di giurisdizione speciale a perseguire i suoi obiettivi di tutela attraverso l'ampliamento spaziale del campo di incriminazione della fattispecie, l'interprete dovrebbe limitarsi a una verifica di non inadeguatezza e non inefficacia del mezzo prescelto rispetto agli scopi general-preventivi perseguiti dal legislatore ¹⁰⁸.

Sul punto va rilevato che la clausola speciale, pur astrattamente idonea a incrementare le *chances* di prevenire il turismo riproduttivo finalizzato a eseguire accordi di maternità surrogata, risente delle gravi carenze di determinatezza della fattispecie che va a integrare, la quale deve costituire, nella sua dimensione extraterritoriale, l'oggetto del sindacato di proporzionalità: il permanere di un nucleo centrale di imprevedibilità della responsabilità penale, connesso all'indefinita struttura applicativa del reato, comprometterebbe anche la capacità della clausola speciale di giurisdizione di sortire un effetto dissuasivo sui consociati che intendano commettere il fatto all'estero.

Le più gravi disfunzioni dell'intervento di riforma emergono, poi, sul piano processuale. La chiara intenzione legislativa di prescindere dal requisito della doppia incriminazione, infatti, è in grado di pregiudicare la cooperazione giudiziaria tra gli Stati interessati dai fatti: quello italiano, di cui il reo sia cittadino, e quello ove le condotte siano state realizzate, per ipotesi, lecitamente ¹⁰⁹. Si tratta di un problema connesso al largo numero di ordinamenti improntati a una linea liberale in materia e all'assenza di strumenti normativi sopranazionali che si muovano verso un obiettivo

¹⁰⁸ Tale verifica non necessiterebbe di un giudizio quantitativo di elevata idoneità dello strumento punitivo, ad esempio accertabile sulla base dei procedimenti instaurati o delle condanne inflitte con strumenti punitivi simili in altri ordinamenti. Non richiederebbe nemmeno comparazioni con eventuali mezzi alternativi più efficaci, per non invadere la sfera di apprezzamento riservata al legislatore. Così J. Vogel, *Strafrechtsgüter und Rechtsgüterschutz durch Strafrecht im Spiegel der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, in *StV* 1996, 113; R. Esser, *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*, Stuttgart 2022, 7. Nella dottrina italiana, conf. G. Scaccia, *Proporzionalità e bilanciamento tra diritti nella giurisprudenza delle Corti europee*, in www.rivistaaic.it 26.9.2017, 5; N. Recchia, *op. cit.*, 165.

¹⁰⁹ Cfr. 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, § 6; M. Pelissero, *Surrogazione di maternità*, *cit.*, 34; A. Vallini, *La rana che voleva farsi bue*, *cit.*, 167; A. Di Nino, *Verso un diritto penale onnipotente? Il controverso caso della maternità surrogata all'estero*, in *SP* 2024, 4, 111. In generale, il problema è messo in evidenza da A. di Martino, *op. cit.*, 282 ss., che rievoca la figura del giudice dello Stato «cavaliere errante del diritto penale», coniata da E. Brusa, *Prolegomeni al diritto penale*, Torino 1888, 392.

di armonizzazione, invero difficilmente realizzabile proprio a causa delle nervature etico-pubblicistiche delle questioni di inizio di vita, in cui si profila la contrapposizione di numerosi diritti fondamentali e di differenti soluzioni normative di bilanciamento adottate nei diversi Paesi ¹¹⁰. Da ciò originerebbero evidenti difficoltà, per il sistema giudiziario italiano, anzitutto in ordine alla raccolta transfrontaliera delle prove nella fase delle indagini ed, eventualmente, nella fase istruttoria del processo penale, dato che si potrebbe vedere opposto, dalle autorità inquirenti dello Stato ove il fatto sia stato commesso, un rifiuto di trasmettere informazioni o prove in loro possesso, in assenza di uno strumento pattizio *ad hoc* stipulato tra i due Paesi ¹¹¹. Limiti più consistenti alla cooperazione giudiziaria si profilerebbero in relazione alla concreta perseguibilità del condannato, qualora lo stesso non si trovi nel territorio nazionale: in assenza della doppia incriminazione, lo stesso non potrebbe venire ivi estradato, secondo i principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti ¹¹², e difficilmente potrebbe essere investito dagli effetti di un mandato di arresto europeo,

¹¹⁰ Sul tema della differenza di approccio dei diversi ordinamenti e della difficoltà di addivenire a una soluzione condivisa di diritto internazionale, si vedano Y. Ergas, *Babies Without Borders: Human Rights, Human Dignity, and the Regulation of International Commercial Surrogacy*, in *EILR* 2013, Vol. 27, Iss. 1, 118 ss.; spec. 163 ss., 177 ss.; L. Poli, *Maternità surrogata e diritti umani: una pratica controversa che necessita di una regolamentazione internazionale*, in *BioLawJ* 2015, 3, 26 ss.

¹¹¹ Persino nello spazio dell'UE, la direttiva 2014/41/UE del 3 aprile 2014, relativa all'ordine europeo di indagine penale (OEI), stabilisce, all'art. 11 § 1 lett. g, che l'autorità di esecuzione può rifiutare il riconoscimento o l'esecuzione di un OEI qualora la condotta riguardo alla quale esso sia stato emesso non costituisca reato in base al diritto dello stesso Stato di esecuzione (tranne che per una serie di reati annoverati nell'allegato D, per i quali si prescinde dalla doppia incriminazione, a certe condizioni). Tuttavia, l'art. 11 § 2 della direttiva esclude che il suddetto motivo di rifiuto possa essere opposto agli atti di indagine indicati nell'art. 10 § 2, sinteticamente riconducibili alle prove già esistenti e alla più generica categoria degli atti di indagine non coercitivi, in tal modo venendo potenziata la cooperazione, nella fase investigativa, anche per quelle fattispecie non contrassegnate da un approccio repressivo condiviso dagli Stati membri, come può dirsi per i delitti di maternità surrogata. Cfr. M. Caianiello, *La nuova direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, in *PPG* 2015, 4-5; R. Belfiore, *Riflessioni a margine della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in *CP* 2015, 9, 3291; A. Falkiewicz, *The Double Criminality Requirement in the Area of Freedom, Security and Justice – Reflections in Light of the European Court of Justice Judgment of 11 January 2017, C-289/15, Criminal Proceedings against Jozef Grundza*, in *EuCLR* 2017, 2, Vol. 7, 270.

¹¹² Anche se tradizionalmente si ritiene che la doppia incriminazione, richiesta dall'art. 13 Cp, sia funzionale alla sola legittimità dell'extradizione passiva per lo Stato italiano "richiesto", anche l'extradizione attiva, in cui lo stesso risulti richiedente, si trova ad essere condizionata da tale requisito, non solo nel caso in cui tra i due Stati intercorra un accordo internazionale che disponga in tal senso, ma di fatto, anche in assenza di strumenti pattizi, dato che, per lo Stato straniero "richiesto", che applicherebbe specularmente l'extradizione passiva, il requisito sarebbe quasi certamente previsto dalla legislazione nazionale, alla stregua di quanto accade nella nostra, in conformità con i principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti. Così P. Pisa, *Previsione bilaterale del fatto nell'extradizione*, Milano 1973, 22 ss., 33. Così, recentemente, C. van der Wyngaert, *op. cit.*, 52; N. Boister, *A History of Double Criminality in Extradition*, in *JHIL* 2023, 25, 143, 251.

proprio per la presupposta assenza della doppia punibilità del fatto ¹¹³. L'incidenza della doppia incriminazione del fatto sull'efficienza processuale, in altre parole, verrebbe a rappresentare il principale ostacolo alla repressione delle condotte di surrogazione realizzate presso Paesi che ne riconoscano la liceità, soprattutto se esterni all'UE, e, dunque, alla verifica della non irrazionalità dell'estensione incondizionata della giurisdizione italiana sul cittadino all'estero.

I rilievi poc'anzi formulati sembrerebbero consentire all'interprete di giungere a un giudizio di inidoneità, e dunque di sproporzione, dell'applicazione extraterritoriale incondizionata della fattispecie ai fatti commessi all'estero dal cittadino italiano. Tuttavia, tenendo conto che il sindacato di idoneità andrebbe declinato in senso negativo, come già anticipato, dovendosi valutare la non assoluta irrazionalità del mezzo adottato rispetto al fine perseguito, potrebbero essere sollevate delle obiezioni al peso da conferire alle suindicate criticità: le stesse, in altre parole, potrebbero essere intese come indici di una non elevata idoneità dell'intervento punitivo, ma non come indici di una sua assoluta inidoneità. In tal senso, si potrebbe affermare che la fattispecie debba essere interpretata secondo l'ampio significato delineato dalla summenzionata sentenza n. 5198/2020 e che, in tal senso, la stessa possa risultare ormai prevedibile nelle sue conseguenze e riacquistare efficacia dissuasiva verso i consociati. In ordine, poi, ai profilati ostacoli di natura processuale, si tenga ulteriormente conto, anzitutto, dei meccanismi normativi di superamento del requisito della doppia incriminazione nel quadro della cooperazione investigativa tra gli Stati dell'UE ¹¹⁴; in secondo luogo, dell'eventualità che la mancanza di collaborazione processuale tra gli Stati interessati dalla violazione possa essere

¹¹³ Sul piano del diritto UE, i reati in materia di surrogazione di maternità non rientrano nell'elenco di quelli disciplinati dall'art. 2 § 2 della Decisione Quadro del Consiglio del 13 giugno 2002 relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri (2002/584/GAI), per i quali la consegna deve avvenire indipendentemente dalla doppia incriminazione per il reato, a condizione che lo stesso sia punito nello Stato emittente con una pena detentiva pari o superiore, nel massimo edittale, a tre anni. Per le fattispecie non ricomprese nel catalogo, se punite nello Stato emittente con una pena detentiva non inferiore nel massimo a dodici mesi – come può dirsi per le ipotesi in esame –, la consegna *può*, ma *non deve* necessariamente essere subordinata alla doppia incriminazione (art. 2 § 4). Critico sulla clausola di facoltatività si mostra S. Manacorda, *La deroga alla doppia punibilità nel mandato di arresto europeo e il principio di legalità (note a margine di Corte di giustizia, Advocaten Voor de Wereld, 3 maggio 2007)*, in *CP* 2007, 11, 4349-4351. Cfr. A. Bernardi, *op. cit.*, 33-35, che, ricollegandosi alle previsioni della DQ 2002/584/GAI, sottolinea che il ricorso al principio di personalità attiva da parte di uno Stato dell'UE, al fine di punire condotte consentite in un altro Stato e relative «a questioni morali delicatissime e assai controverse», finirebbe per rendere una chimera la pretesa dell'inderogabilità oltre confine della legge penale italiana.

¹¹⁴ Si veda *supra*, nota 111.

parzialmente ovviabile sulla base delle prove legittimamente acquisibili all'interno del nostro ordinamento, essendo la maternità surrogata un reato che difficilmente può essere attuato in territorio straniero senza il previo compimento in Italia di atti preparatori, per lo meno quando i soggetti attivi siano cittadini ivi stabilmente residenti; infine, della probabilità che l'imputato possa trovarsi nel territorio dello Stato al momento dell'esercizio dell'azione penale o della condanna, circostanza verificabile nell'ipotesi in cui il cittadino residente in Italia vi faccia ritorno per azionare gli opportuni rimedi civilistici concernenti l'assunzione legale dello *status* genitoriale sul nato.

Tenendo conto di quanto appena rilevato, si potrebbe ritenere che il sindacato di idoneità possa condurre a un esito di non totale irrazionalità del mezzo prescelto per perseguire il pubblico interesse individuato. È bene, perciò, proseguire con gli altri passaggi del giudizio, tenendo conto che soltanto in sede di sindacato della proporzionalità "in senso stretto", potranno entrare in gioco ulteriori fattori valutativi legati anche al livello di avanzamento della tutela del bene giuridico rispetto al grado delle limitazioni inferte ai controinteressi in gioco ¹¹⁵.

Con riguardo alla fase del sindacato sulla necessità (*Erforderlichkeit*) di un intervento punitivo ad applicazione extraterritoriale, l'interprete dovrebbe seguire la logica della preferibilità dell'intervento più mite tra quelli idonei a tutelare l'interesse pubblico, in base all'imperativo del minimo sacrificio dei diritti coinvolti dal divieto ¹¹⁶; logica che, nello specifico piano del giudizio di proporzionalità in materia penale, potrebbe tradursi nell'*extrema ratio* e nella sussidiarietà dell'intervento penale ¹¹⁷.

Occorrerebbe, a tal fine, confrontarsi con lo strumento di cui il nostro ordinamento di stato civile si è dotato, su esplicita ammissione della Corte costituzionale, per disincentivare il ricorso all'estero alle pratiche di maternità surrogata e per apprestare una forma indiretta di tutela alla dignità dei soggetti coinvolti nel fenomeno: il divieto di trascrizione dell'atto di nascita straniero per contrarietà dello stesso all'ordine

¹¹⁵ Cfr. N. Recchia, *op. cit.*, 165 ss., spec. 168.

¹¹⁶ Nella giurisprudenza tedesca, si veda, di recente, BVerwG 1 A 3.18, 6.2.2019, in www.bverwg.de, § 88. Nell'ambito della Corte di giustizia europea, si vedano C.G.U.E, 29.3.2017, *Tekdemir c. Bergstraße*, in <https://curia.europa.eu>, § 33; C.G.U.E, 12.4.2016, *Caner Genc c. Integrationsministeriet*, ivi, § 51.

¹¹⁷ Così J. Vogel, *Strafrechtsgüter und Rechtsgüterschutz*, cit., 113-114; M. PUIG, *Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Verfassungsgrundlage der materiellen Grenzen des Strafrechts*, in *Festschrift für Winfried Hassemer*, a cura di in F. Herzog, U. Neumann, Heidelberg 2010, 521 ss.; S. Pfaffinger, *Rechtsgüter und Verhältnismäßigkeit im Strafrecht des geistigen Eigentums*, Tübingen 2015, 222.

pubblico ¹¹⁸. Si tratta di un rimedio in sé meno invasivo di quello punitivo, perché fondato non sulla restrizione della libertà personale dei colpevoli o della loro capacità economica, né su conseguenze interdittive, bensì sulla preclusione, totale o parziale, degli effetti civili perseguiti dai ricorrenti alla pratica. Tuttavia, si potrebbe dubitare che la preclusione civilistica presenti un'efficacia disincentivante pari a quella di un'incriminazione extraterritoriale, dato che il divieto di trascrizione andrebbe a colpire soltanto l'aspirante madre sociale ma non l'uomo committente che abbia partecipato con il proprio materiale genetico all'intervento di procreazione medicalmente assistita effettuato sulla madre surrogata ¹¹⁹. Inoltre, l'istituto dell'adozione in casi particolari a favore della *partner* biologicamente estranea al minore rappresenta un rimedio legale che, pur non dotato di efficacia equiparabile alla trascrizione del duplice rapporto genitoriale ¹²⁰, sarebbe in grado di ridurre il disincentivo sortito dalla preclusione civilistica, a fronte del vero e proprio effetto dissuasivo legato all'applicazione extraterritoriale incondizionata della fattispecie al cittadino italiano.

I rilievi poc'anzi formulati, apparentemente in grado di fare ritenere necessario l'intervento normativo di riforma, potrebbero tuttavia essere messi in discussione dalla presenza di una disciplina generale della giurisdizione penale extraterritoriale nei confronti del cittadino italiano. Come già anticipato, la legge italiana già consentiva di punire il cittadino italiano che avesse commesso all'estero il reato di realizzazione della surrogazione di maternità, alle condizioni di cui all'art. 9 co. 2 Cp. Con particolare riguardo alla necessità della richiesta del Ministro della giustizia, la dottrina ha opportunamente messo in evidenza che la scelta prevalente dell'esecutivo di non esercitare tale prerogativa denoti lo scarso interesse delle forze governative al

¹¹⁸ Si veda A. Vallini, *Surrogazione di normatività*, cit., 227 ss., che, in tal senso parla di «rilievo extrapenalistico del delitto». Cfr. anche S. Cecchini, *Il divieto di maternità surrogata osservato da una prospettiva costituzionale*, in *BioLawJ* 2019, 338 ss., che, pur impropriamente, vede nel limite alla trascrizione per contrarietà all'ordine pubblico una forma di operatività *ex post* del divieto di surrogazione di maternità.

¹¹⁹ *Rebus sic stantibus*, soprattutto l'uomo *single* che voglia eseguire all'estero un accordo di gestazione nel proprio esclusivo interesse, non sarebbe dissuaso a farlo dalla disciplina italiana in materia di stato civile. Sul tema della costituzione del rapporto filiale in relazione alla figura paterna, si rinvia a A.G. Grasso, *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello status*, Torino 2022, 171 ss.

¹²⁰ Come affermato da C. cost., 28.1.2021 n. 33, cit., § 5.8., facendo leva sulle lunghe tempistiche del procedimento di adozione, sul necessario assenso del genitore "biologico" (art. 46 l. 4.5.1983 n. 184) e sulla mancata costituzione di una relazione di parentela giuridicamente rilevante tra l'adottato e i parenti dell'adottante. Quest'ultima preclusione è venuta meno in seguito alla sentenza della C. cost., 28.3.2022, n. 79, in <https://cortecostituzionale.it>, che ha dichiarato parzialmente illegittimo l'art. 55 l. 184/1983.

perseguimento di tali fatti ¹²¹, e non possa comunque sorreggere, se non per mere finalità simboliche e promozionali, l'esigenza della formulazione di un'incriminazione ad applicazione extraterritoriale incondizionata per il cittadino, in relazione a un delitto punito con una pena detentiva talmente bassa da non esprimere un accentuato disvalore della fattispecie ¹²². Per tali ragioni, si potrebbe dubitare della necessità dell'adozione di una speciale clausola di giurisdizione fondata sulla personalità attiva ma indipendente da quelle condizioni che la legge generalmente richiede per la punibilità dei cittadini che abbiano commesso all'estero delitti non contrassegnati da rilevante gravità. Tali rilievi, tuttavia, in quanto essenzialmente imperniati sul bilanciamento tra interesse perseguito dalla norma incriminatrice con valenza extraterritoriale e controinteressi conseguentemente compressi, andrebbero meglio valorizzati nell'ambito del sindacato di proporzionalità "in senso stretto".

6.2. È, infine, sul piano del *balancing test* tra interesse pubblico perseguito con la scelta di incriminazione e diritti conseguenzialmente compressi, che si può giocare la partita del controllo di proporzionalità sull'applicazione extraterritoriale incondizionata del reato, vincolata unicamente alla cittadinanza italiana del colpevole. Mentre i criteri dell'idoneità e della necessità dello strumento punitivo vengono definiti unicamente dal riferimento agli scopi legislativi a cui sono, a diverso titolo, strumentali, la considerazione dei diritti fondamentali coinvolti risulta fondamentale nell'ultimo piano del giudizio di proporzionalità, quello "in senso stretto" ¹²³, potendo costringere il legislatore a rinunciare all'obiettivo di tutela perseguito laddove si riscontri un'eccedenza del mezzo rispetto allo scopo, in violazione dello *Übermaßverbot*, o comunque la mancanza di *Angemessenheit* del pregiudizio arrecato ai diritti del singolo ¹²⁴.

Sul punto, in dottrina si sottolinea opportunamente che il giudizio di ponderazione debba essere esercitato non soltanto attraverso un confronto tra il peso specifico rivestito dai diritti in contrapposizione, alla luce della rilevanza rispettivamente attribuita agli stessi nel tessuto costituzionale, ma anche tenendo conto del grado e

¹²¹ Così M. Pelissero, *Surrogazione di maternità*, cit., 34.

¹²² Cfr. A. Vallini, *La rana che voleva farsi bue*, cit., 168.

¹²³ Cfr. F. Palazzo, *op. cit.*, 381; D.U. Galetta, *Il principio di proporzionalità fra diritto nazionale e diritto europeo (e con uno sguardo anche al di là dei confini dell'Unione europea)*, in *RIDPC* 2019, 909.

¹²⁴ Così O. Lagodny, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte: die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik dargestellt am Beispiel der Vorfeldkriminalisierung*, Tübingen 1996, 11; I. APPEL, *op. cit.*, 171 ss. Nella dottrina italiana, si veda V. Manes, *op. cit.*, 283, nota 7.

della probabilità dell'avanzamento del fine, da una parte, e della compressione dei controinteressi rilevanti, dall'altra, dovendosi altresì considerare i «costi – economici e sociali, diretti e indiretti – diversi da quelli legati al diritto fondamentale del singolo»¹²⁵.

Si tratta, chiaramente, di un giudizio improntato alla discrezionalità valutativa del giudice, a un livello nettamente più approfondito di quanto non possa riscontrarsi rispetto ai primi passaggi del giudizio di proporzionalità, essenzialmente imperniati su un sindacato estrinseco di non irrazionalità rispetto allo scopo e per questo identificabili come «*rational besser vermittelbarer Entscheidungen*»¹²⁶. Per tali ragioni, si tratta di uno stadio essenziale e ineliminabile del giudizio, poiché consente un controllo più penetrante sulle leggi ed è in grado di garantire soluzioni ispirate a ideali di giustizia sostanziale¹²⁷.

Guardando all'intervento normativo in esame, il giudizio di bilanciamento dovrebbe prendere in considerazione l'intenzione legislativa di apprestare una tutela spaziale allargata della dignità individuale di soggetti che non necessariamente presentino un legame diretto con il nostro ordinamento¹²⁸. In tal senso, almeno nell'ottica del sindacato di proporzionalità "in senso stretto", si dovrebbe tenere conto che la formale collocazione della pratica all'interno dei servizi sanitari garantiti dallo Stato ove i fatti siano stati commessi, la sua regolamentazione *in loco*, e il rispetto della sua disciplina legale da parte dei ricorrenti e dei sanitari, rappresentano condizioni procedurali che – se regolarmente sussistenti – sarebbero potenzialmente in grado di garantire la salute, il libero consenso e la regolarità della costituzione dello *status* familiare dei soggetti coinvolti. Qualora ciò sia dimostrato, potrebbe ritenersi che il bene giuridico della dignità della gestante e del minore – pure volendosi accettare la sua proiezione in una dimensione extraterritoriale, secondo una prospettiva di paternalismo nazionale allargato oltre confine¹²⁹ – subisca un'offesa meno significativa di quella risultante dall'attuazione di questi accordi, in via clandestina, in un contesto giuridico che proibisca al medico di parteciparvi e ai genitori sociali di ricorrervi e che,

¹²⁵ N. Recchia, *op. cit.*, 175.

¹²⁶ O. Lagodny, *op. cit.*, 216.

¹²⁷ *Ibidem*. Sulla proporzionalità come "giustizia", si veda G. Ruggiero, *La proporzionalità nel diritto penale. Natura e attuazione*, Napoli 2018, 206 ss.

¹²⁸ Anche nel caso del minore, infatti, il suo collegamento con lo Stato italiano potrebbe prendere forma soltanto con la registrazione anagrafica, passaggio successivo, e quindi formalmente estraneo, alla realizzazione della pratica.

¹²⁹ Critico sul punto è M. Pelissero, *Surrogazione di maternità*, cit., 35.

comunque, non vi riconosca alcun effetto sul piano civile. Solo nel primo caso, il coinvolgimento delle istituzioni nell'esecuzione dell'accordo potrebbe assicurare la messa a disposizione di strutture, di personale e di strumenti adeguati alla normativa sanitaria vigente; l'eventuale presenza di norme che richiedano l'accertamento della libertà e della spontaneità del consenso della gestante, da parte dell'autorità competente ad autorizzare la pratica, potrebbe garantire un controllo pubblico sulla protezione della libertà di autodeterminazione della donna e sull'assenza di un fine di lucro dalla stessa perseguito; la previsione di appositi rimedi giuridici che disciplinino gli effetti civili della pratica potrebbe evitare un pregiudizio alla certezza dello stato civile del minore, almeno all'interno dell'ordinamento locale. Si tratta, ovviamente, di condizioni ideali, congiuntamente presenti soltanto in alcuni ordinamenti ¹³⁰, ma il cui rispetto consentirebbe di assegnare all'asserita strumentalizzazione della persona per fini a essa estranei una dimensione istituzionalizzata e garantita, che, anche se non recepita dall'ordinamento nazionale dei beneficiari della pratica, non potrebbe, per ciò solo, essere ignorata nell'ambito della considerazione del grado di disvalore del fatto sul piano extraterritoriale.

In tal senso, prevedere la punibilità incondizionata del fatto commesso all'estero, a prescindere non solo dalla doppia incriminazione, ma anche dalla richiesta del Ministro della giustizia, significherebbe escludere il potere – che attualmente l'esecutivo detiene – di selezionare come punibili le sole condotte incriminate anche nel *locus commissi delicti* ¹³¹, o, comunque, quelle che non rispondano ai requisiti legali

¹³⁰ Ad esempio, si pensi, solo per guardare allo spazio europeo, al Portogallo, alla Grecia e al Regno Unito: si consenta il rinvio a V. Tigano, *La surrogazione di maternità in prospettiva comparata: scelte di politica criminale e modelli regolamentativi di alcuni dei principali ordinamenti europei e nordamericani*, in *Genlus* 2023, 2, 128 ss., 133 ss., 136 ss.

¹³¹ Si veda *supra*, § 4. A un simile esito si è recentemente giunti con l'approvazione della l. 21.2.2024 n. 14, di ratifica ed esecuzione del Protocollo tra il Governo della Repubblica italiana e il Consiglio dei ministri della Repubblica di Albania per il rafforzamento della collaborazione in materia migratoria. Il suo art. 4 co. 6, difatti, in questo caso derogando esplicitamente all'art. 10 c.p., ha disposto che lo straniero sottoposto alle procedure relative all'ammissione e alla permanenza nel territorio nazionale, che commetta un delitto all'interno delle aree che l'Albania ha concesso all'Italia per l'istituzione di strutture destinate al trattenimento di stranieri irregolari e richiedenti asilo, è punito secondo la nostra legge nazionale anche se non si trovi nel territorio dello Stato e, qualora si tratti di delitti puniti con la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel minimo a tre anni, anche a prescindere dalla richiesta del Ministro della giustizia. Quest'ultima è invece generalmente prevista dall'art. 10 co. 1 – ove pure è assente un qualsiasi riferimento al requisito della doppia incriminazione – per i delitti puniti con l'ergastolo o con la reclusione non inferiore nel minimo a un anno, salvo che per le fattispecie tassativamente indicate nel terzo comma. Si vedano le riflessioni critiche di L. Masera, *Il Disegno di legge di ratifica ed esecuzione del Protocollo tra Italia ed Albania in materia di immigrazione: analisi del progetto e questioni di legittimità*, in www.sistemapenale.it 28.12.2023, § 4.2.

previsti *in loco*, ovvero quelle realizzate in contesti territoriali ove manchi del tutto una regolamentazione della pratica o dove viga una disciplina normativa che non persegua – nemmeno indirettamente, attraverso il filtro del rispetto delle condizioni procedurali eventualmente previste – la tutela dei diritti umani fondamentali¹³². Prescindere da queste valutazioni si traduce in un ineluttabile allargamento dell'ambito spaziale della rilevanza penale del fatto, non necessario alla luce del ridimensionamento delle esigenze di tutela del bene giuridico della dignità umana in relazione ai fatti commessi in quegli ordinamenti non solo liberali, ma anche garantisti.

Passando al piano valutativo dei costi diretti del divieto sui diritti dei suoi destinatari, emerge, da una parte, una limitazione della salute di coloro che intendano fare ricorso alla pratica per aggirare una causa patologica ostativa alla procreazione, e, dall'altra, una compromissione dell'interesse dei ricorrenti alla formazione di una famiglia con la presenza di figli. L'inquadramento costituzionale di tali specifici interessi si deve alla sentenza n. 162/2014, con cui la Consulta ha dichiarato incostituzionale il divieto del ricorso alla fecondazione eterologa, e non dovrebbe essere messo in dubbio nel diverso contesto del divieto della realizzazione della maternità surrogata¹³³, nella misura in cui a ricorrervi sia una donna affetta da una malattia che le impedisca di iniziare o portare avanti la gestazione, e almeno uno dei due committenti la gravidanza detenga un legame genetico con il minore, che lo renda titolare di un interesse giuridicamente fondato all'acquisizione della genitorialità. Tuttavia, è molto probabile che la Corte, se fosse posta di fronte a una questione di costituzionalità della fattispecie intesa nella sua ordinaria dimensione applicativa territoriale, considererebbe i diritti degli aspiranti genitori soccombenti rispetto alla tutela della dignità della gestante. Questa previsione può assumere fondatezza se solo si pensi che, con la sentenza n. 221/2019, la Consulta, nel confermare la legittimità del divieto di applicare le metodiche su coppie *same-sex* al femminile, ha riconosciuto al

¹³² Cfr. A. Vallini, *La rana che voleva farsi bue*, cit., 172, secondo cui ritenere, viceversa, le condotte di surrogazione di maternità realizzate all'estero sempre e comunque degradanti per la dignità della gestante o del minore, a prescindere dalle modalità con cui i fatti si svolgano e dall'eventuale regolamentazione vigente *in loco*, si traduce in una denigrazione delle scelte compiute da quegli «ordinamenti liberal-democratici alle cui procedure garantistiche le coppie si rivolgono».

¹³³ Ha messo in luce l'invocabilità di tali parametri costituzionali nell'ambito di un eventuale sindacato sulla legittimità costituzionale del divieto di realizzare la maternità surrogata, B. Liberali, *Il diritto alla procreazione: quale fondamento costituzionale?*, in *L'illegittimità costituzionale del divieto della "fecondazione eterologa". Analisi critica e materiali*, a cura di M. D'Amico, M.P. Costantini, Milano 2014, 99, nota 70.

legislatore un ampio margine di discrezionalità in questa materia, considerando non arbitrario né irrazionale il modello familiare *ad instar naturae* sposato dalla normativa sulla P.M.A., in cui pure non potrebbe essere ricondotta la disarticolazione tra la maternità gestazionale e quella sociale ¹³⁴.

Vi è da chiedersi, tuttavia, se la composizione degli interessi in gioco potrebbe rimanere la stessa anche laddove il sindacato della Corte investisse la fattispecie penale nella sua dimensione extraterritoriale incondizionata, per come prevista dalla legge appena approvata in Parlamento. In questo caso, il diritto alla salute del cittadino subirebbe una limitazione ulteriore rispetto a quella insita nel divieto inteso nella sua dimensione applicativa territoriale ¹³⁵, ricollegabile all'impedimento legale di accesso ai servizi sanitari di quei Paesi che consentano anche agli stranieri di ricorrere alla maternità surrogata nell'ambito delle tecniche di P.M.A.; con ulteriori criticità, impiegate su una possibile violazione degli artt. 117 e 11 Cost., nel caso in cui si tratti di Stati dell'Unione europea, in cui il "turismo procreativo" potrebbe essere ricondotto al diritto di accedere ai servizi sanitari presso Paesi dell'Unione diversi da quello di appartenenza, regolato dalla direttiva 2011/24/UE ¹³⁶. Quanto alla tutela della famiglia, non pare che il modello tradizionale e naturale, recepito e imposto dal nostro ordinamento come unico obiettivo, costituzionalmente fondato, perseguibile con il ricorso alla procreazione assistita, possa avere la stessa forza preminente anche fuori dai confini nazionali: la garanzia enucleabile nell'art. 31 Cost., sebbene non possa tradursi nel dovere di riconoscere lo statuto genitoriale pur legalmente costituito in un Paese straniero, dovrebbe almeno impedire che siano legittimamente posti limiti legislativi ai presupposti fattuali per la costituzione o per l'allargamento del nucleo

¹³⁴ Inoltre la Consulta, con la successiva sentenza costituzionale n. 33/2021, avente ad oggetto la questione della trascrivibilità in Italia dell'atto di nascita del minore partorito all'estero da una gestante nell'interesse altrui, non ha messo in discussione, nemmeno *incidenter tantum*, la legittimità costituzionale del divieto nazionale di surrogazione di maternità, considerandolo anzi, proprio per la sua rilevanza penale, un ostacolo di ordine pubblico alla trascrizione del certificato di nascita straniero. Cfr. M. Pelissero, *Surrogazione di maternità*, cit., 37. Sul tema, si veda A. Vallini, *Surrogazione di normatività*, cit., 221 ss.; volendo, V. Tigano, *Il delitto di surrogazione di maternità come limite di ordine pubblico al riconoscimento dei provvedimenti stranieri in materia di status filiationis*, in *RIDPP* 2021, 1043 ss.

¹³⁵ Sulla questione della legittimità dei limiti al diritto alla salute sul piano extraterritoriale, dettati dall'imperialismo della morale, si vedano le critiche di K. Muyskens, *Avoiding Cultural Imperialism in the Human Right to Health*, in *ABR* 2022, 14, 87 ss.

¹³⁶ Cfr. E. Dolcini, *La procreazione medicalmente assistita*, cit., 1592. In generale, sul tema dell'accesso ai servizi sanitari all'estero, con particolare riguardo ai Paesi dell'UE, si vedano A. Papa, *La tutela multilivello della salute nello spazio europeo: opportunità o illusione?*, in *www.federalismi.it* 14.9.2018, 80 ss.; G. Boggero, *Gli ostacoli alla mobilità transfrontaliera in Italia*, in *Corti supreme e salute* 2018, 377 ss.

familiare in un altro Stato, quand'anche si tratti di presupposti collegati al ricorso a tecniche procreative vietate in Italia ma consentite *in loco*.

A questa considerazione spazialmente allargata dei diritti costituzionali direttamente coinvolti nella pratica, che si riflette specularmente in un approfondimento della loro compromissione da parte del divieto inteso nella sua dimensione extraterritoriale, fa da *pendant*, in caso di efficace regolamentazione della pratica all'estero, l'arretramento delle esigenze di tutela del bene giuridico della dignità, come già messo in luce. Il rapporto di bilanciamento, in altre parole, non sembrerebbe esprimere una ragionevole composizione degli interessi in gioco, tale da fare ritenere l'intervento punitivo conforme al principio di proporzionalità in senso stretto.

Vi è, infine, da considerare il costo indiretto del divieto penalmente sanzionato, invero persino più ingente dei costi diretti sortiti sui diritti costituzionali dei suoi destinatari: il benessere del minore. Il *best interest of the child*, notoriamente considerato come aspetto preminente di cui tenere conto nell'ambito del sindacato sulla legittimità dei limiti alla trascrizione nel Paese nazionale dell'atto di nascita regolarmente formato all'estero, non meriterebbe meno considerazione se il giudizio venisse rivolto direttamente alla proporzionalità della fattispecie incriminatrice almeno nella sua dimensione extraterritoriale ¹³⁷.

È evidente che la sostenuta esigenza di punire i genitori sociali verrebbe a ricadere sul diritto alla cura e al mantenimento nonché sullo sviluppo psico-fisico del minore. Anche immaginando che gli stessi riescano a evitare la carcerazione attraverso la concessione della sospensione condizionale prevista dall'ultimo periodo del primo comma dell'art. 163 Cp o mediante l'applicazione di una pena sostitutiva, rimarrebbe ferma l'escussione della gravosissima pena pecuniaria, con evidenti ripercussioni sulla capacità economica e sul benessere della famiglia di cui il bambino sia entrato a fare parte ¹³⁸. Quest'ultimo, poi, potrebbe subire lo stigma indiretto di un processo penale

¹³⁷ Cfr. M. Pelissero, *Surrogazione di maternità*, cit., 36-38, che rinveniva una distonia tra il disegno di legge in materia e le soluzioni tracciate dalla Consulta sul piano degli effetti civili della pratica, nel cui giudizio di bilanciamento è stato tenuto conto, in modo preminente, degli interessi del minore.

¹³⁸ La pena potrebbe essere evitata *in toto* attraverso la sospensione del processo con messa alla prova, sebbene si tratti di una causa estintiva del reato di cui si sottolineano i possibili effetti afflittivi collegati agli obblighi previsti *ex lege* e alle prescrizioni discrezionalmente stabilite dal giudice. Cfr. R. Bartoli, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?*, in *DPP* 2014, 665 ss.

a carico dei propri genitori¹³⁹, con una conseguente e più che probabile risonanza mediatica¹⁴⁰, divenendo così di dominio pubblico fatti e dettagli estremamente privati, la cui conoscenza avrebbe altrimenti potuto essergli risparmiata. Anche se esiti di questo genere potrebbero affliggere, ovviamente, qualunque minore il cui genitore sia condannato per un reato, senza per questo potere ragionevolmente mettere in dubbio la legittimità dell'intervento punitivo, è evidente la peculiarità inerente al caso di specie, che consente di annoverare i disagi del bambino come costi indiretti dell'incriminazione, da tenere in considerazione nell'ambito del giudizio di bilanciamento: la nascita stessa del minore verrebbe ad integrare il presupposto centrale del fatto illecito¹⁴¹ – o, come ha invece ritenuto la sentenza n. 5198/2020, il suo momento consumativo –, potendo generare in lui l'errata convinzione di essere il responsabile dei problemi giudiziari dei genitori e di essere moralmente “sbagliato”, in quanto generato a seguito di una procedura proibita dall'ordinamento nazionale¹⁴².

Nel giudizio di proporzionalità in senso stretto, inoltre, non si potrebbe non tenere conto che il divieto di trascrizione dell'atto di nascita straniero, per quanto dotato di un'efficacia dissuasiva inferiore rispetto a quella sortita dall'applicazione extraterritoriale della fattispecie, sarebbe da considerarsi uno strumento alternativo sufficiente alla prevenzione del fenomeno, adeguatamente bilanciabile con la tutela del *best interest of the child*, sulla base della trascrivibilità parziale dell'atto di derivazione straniera a favore del solo padre biologico e della ricorribilità al più gravoso rimedio dell'adozione in casi particolari da parte della sua *partner* o del suo *partner*.

In conclusione, a fronte dell'evidente sbilanciamento tra costi e benefici dell'intervento punitivo in materia, la scelta più adeguata sarebbe stata quella di continuare a garantire l'applicabilità della disciplina generale di cui al secondo comma

¹³⁹ Cfr. G. Losappio, *Maternità surrogata*, cit., 8, che parla di vittimizzazione secondaria del minore; A. Vallini, *La rana che voleva farsi bue*, cit., 185.

¹⁴⁰ Sul ruolo giocato dai *media* nell'acquisizione di consapevolezza sul fenomeno della maternità surrogata, ma anche nella sua tabuizzazione, si veda R. Deekshitha, *The Role of Media in Spreading Awareness of Surrogacy/Surrogate Mother*, in *IJIRD* 2015, Vol. 54, Iss. 4, 137-138.

¹⁴¹ In questo senso, si consenta il rinvio a V. Tigano, *I limiti dell'intervento penale*, cit., 383-384. Cfr. anche, pur non qualificando il previo accordo tra le parti come presupposto del reato, G. Rocchi, *Procreazione assistita: sanzioni e controlli*, in *Produrre uomini. Procreazione assistita: un'indagine multidisciplinare*, a cura di A. Buccelli, Firenze 2006, 280; A. Spena, *op. cit.*, 1548.

¹⁴² Cfr., in generale, sui danni che l'incriminazione o il semplice divieto della maternità surrogata può sortire sul minore, L. van Zyl, A. van Niekerk, *Interpretations, Perspectives and Intentions in Surrogate Motherhood*, in *JME* 2000, 404 ss.

dell'art. 9 Cp, che non avrebbe escluso *tout court* i genitori sociali da un'eventuale responsabilità penale per condotte extraterritoriali di realizzazione della surrogazione di maternità, ma avrebbe semplicemente rimesso la perseguibilità degli stessi a una decisione dell'esecutivo, fondata sulla considerazione delle concrete manifestazioni del fatto e dell'intensità dell'offesa arrecata al bene giuridico protetto.

7. Spostandoci su un livello di giudizio sopranazionale, il sindacato di proporzionalità sulle scelte di penalizzazione potrebbe trovare sede nel *balancing test* a cui è chiamata la Corte europea dei diritti dell'uomo in caso di violazione di uno dei diritti umani "derogabili". Difatti, proibire il ricorso alla maternità surrogata anche presso Paesi che la considerano una pratica lecita, può tradursi nella violazione di alcuni dei diritti e delle libertà previsti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, con particolare riguardo al rispetto del diritto alla vita privata e familiare della coppia o di uno dei suoi componenti.

Sul punto, in via preliminare, va detto che non vi sono dubbi circa la competenza dello Stato italiano, cioè circa l'obbligo dello stesso di rispettare i diritti fondamentali del cittadino anche quando questi vengano esercitati fuori dal territorio nazionale. L'unica previsione rilevante in materia può rinvenirsi nell'art. 1 Cedu – secondo cui «*Le Alte Parti contraenti riconoscono a ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà enunciati nel Titolo primo*» – che, a differenza di quanto era stato precisato nei lavori preparatori della Convenzione, non presenta alcun riferimento alla giurisdizione su base esclusivamente territoriale ¹⁴³.

¹⁴³ Si veda Council of Europe, Collected Edition of the "Travaux Préparatoires" of the European Convention on Human Rights, Vol. III: Committee of Experts, 2 February-10 March 1950, The Hague 1976, 260. L'art. 1 Cedu risulta esclusivamente funzionale a definire, per ciascuno Stato parte, il confine di pertinenza degli obblighi di tutela imposti dalla Convenzione, così attribuendo al termine "giurisdizione" un significato e una funzione differenti da quelli che lo stesso assume sul piano del diritto internazionale. In generale sul tema, si veda M. Milanovic, *From Compromise to Principle: Clarifying the Concept of State Jurisdiction in Human Rights Treaties*, in *HRLR* 2008, Vol. 8, 411 ss.; Id., *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy*, Oxford 2011, *passim*. Invece, per una parziale, e comunque isolata, assimilazione della "giurisdizione convenzionale" e della giurisdizione intesa secondo l'ordinaria accezione di diritto internazionale, si veda C. eur. GC, 12.12.2001, *Banković e altri c. Belgio*, in <https://www.echr.coe.int>, §§ 59-61. Per un'analisi critica della pronuncia, fondata sull'adesione alla menzionata distinzione tra i due diversi concetti di giurisdizione, si vedano O. De Schutter, *Globalization and Jurisdiction*, cit., 193-194; M. Gondek, *Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights: Territorial Focus in the Age of Globalization?* In *NILR* 2005, 360 ss.; C. Mallory, *Human Rights Imperialists: The Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights*, Oxford 2020, 90 ss. Per una tendenziale valorizzazione della sentenza *Banković*, si veda S. Miller, *Revisiting Extraterritorial Jurisdiction: A Territorial Justification for Extraterritorial Jurisdiction under the European Convention*, in *EJIL* 2010, Vol. 20, no. 4, 1232. La suddetta distinzione sembra confermata dai numerosi

In generale, il più cospicuo numero di sentenze emesse dalla Corte di Strasburgo sul tema della “giurisdizione convenzionale” e della tutela extraterritoriale dei diritti umani, ha affrontato, con diversità di accenti, la questione dell’estensione degli obblighi negativi di tutela di uno Stato contraente a beneficio di soggetti, cittadini di Paesi stranieri, i cui diritti siano stati violati dal medesimo fuori dai suoi confini territoriali, attraverso un potere di controllo ivi esercitato direttamente o indirettamente, tramite agenti pubblici¹⁴⁴. Non è stato messo in discussione, invece, l’obbligo basilare dello Stato di rispettare i diritti che la Convenzione attribuisce ai suoi cittadini anche fuori dal territorio nazionale, a prescindere che gli stessi agiscano nelle vesti di soggetti istituzionali oppure *uti privati*, nel proprio esclusivo interesse¹⁴⁵, come può dirsi per i cittadini intenzionati a praticare il “turismo riproduttivo”.

Ferme dette premesse, e tornando alla specifica ipotesi oggetto della presente disamina, occorre preliminarmente tenere conto che la sostenuta violazione dei diritti degli aspiranti genitori si profila attraverso la previsione di una norma incriminatrice incondizionatamente applicabile al cittadino che commetta il fatto all’estero, con la conseguente necessità di stabilire se la particolare opzione adottata dal legislatore italiano risulti compatibile con la cd. dimensione convenzionale della legalità penale, in cui il principio e i suoi corollari, intesi secondo il paradigma dogmatico nazionale, assumono la veste di diritti umani oggetto di una tutela assoluta e inderogabile.

casi in cui la Corte di Strasburgo ha rilevato che l’obbligo di uno Stato contraente di tutelare i diritti umani violati oltre i suoi confini territoriali possa derivare anche da un controllo *de facto* – eventualmente in contrasto con il diritto internazionale – da esso esercitato sul suolo o sul cittadino straniero: C. eur. GC, 5.3.2020, *M.N. e altri c. Belgio*, in <https://www.echr.coe.int>, § 118; C. eur., 23.2.2012, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, ivi, § 81; C. eur. GC, 29.3.2010, *Medvedyev e altri c. Francia*, ivi, § 67. Il principio era già stato affermato nella Corte internazionale di giustizia: C. Int. G., 21.6.1971, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, *Advisory Opinion*, in <https://www.worldcourts.com>, § 118.

¹⁴⁴ Oltre alle sentenze citate nella precedente nota, si veda C. eur., 16.11.2004, *Issa e altri c. Turchia*, in <https://www.echr.coe.int>, § 71. In dottrina, O. De Schutter, *Globalization and Jurisdiction*, cit., 183 ss.; A.E. Basilico, *Giurisdizione «prevalentemente territoriale» e universalità dei diritti: note a partire da una sentenza della Supreme Court inglese*, in www.rivistaaic.it, 5.7.2011, 1 ss.; Y. Haecck, C. Burbano-Herrera, H. Ghulam Farag, *Extraterritorial Obligations in the European Human Rights System*, in *The Routledge Handbook on Extraterritorial Human Rights Obligations*, a cura di M. Gibney, G. Erdem Türkelli, M. Krajewski, W. Vandenhoe, Abingdon-New York 2022, 125 ss.

¹⁴⁵ Così Comm. eur., 26.5.1975, *Cipro c. Turchia*, in <https://www.echr.coe.int>, § 8. Conf. A. Peters, *Proportionality as a Global Constitutional Principle*, in *Handbook on Global Constitutionalism*, a cura di A.F. Lang Jr., A. Wiener, Cheltenham 2017, 254. In tal senso, va anche rilevato che l’esercizio della giurisdizione extraterritoriale, fondata sul principio di personalità attiva, costituisce esercizio di un potere legittimo, in astratto, dello Stato, ma non espressione di un obbligo positivo di tutela dei diritti dei soggetti che si assumano violati fuori dai suoi confini nazionali, concepibile nella sola ipotesi in cui lo stesso Stato eserciti sul territorio straniero poteri equivalenti a quelli di un governo locale. Così O. De Schutter, *Globalization and Jurisdiction*, cit., 201.

7.1. Per ciò che concerne la conformità della clausola speciale di giurisdizione alle garanzie penali della Convenzione, non si può dubitare del formale rispetto dell'art. 7, già chiamato in causa, insieme all'art. 6, in alcune controversie in cui la Corte di Strasburgo si era pronunciata positivamente sulla legittimità dell'esercizio della giurisdizione penale universale ¹⁴⁶.

Il requisito della doppia incriminazione del fatto, in particolare, non è richiesto dall'art. 7 Cedu né vi è stato ricavato in via interpretativa dai giudici della Corte europea nei casi in cui uno Stato eserciti la giurisdizione prescrittiva fuori dal proprio territorio. Da una parte, è vero che il raggio garantistico della disposizione convenzionale, pur essendo stato espressamente riferito alla dimensione temporale della previsione legislativa ¹⁴⁷, potrebbe essere ricondotto anche alla sua dimensione spaziale, in particolare attraverso la valorizzazione dei requisiti dell'*accessibility* e della *foreseeability* della legge penale, la quale dovrebbe essere conoscibile e prevedibile nelle sue conseguenze ovunque il suo destinatario si trovi ad operare ¹⁴⁸. D'altra parte, se ciò si traducesse nell'inquadramento della doppia incriminazione del fatto tra i corollari della legalità convenzionale, si rischierebbe di mettere in discussione la tutela extraterritoriale di beni primari per lo Stato, quali la sicurezza nazionale, o di interessi giuridici propriamente universali ¹⁴⁹.

Tuttavia, con particolare riguardo alla precisione della fattispecie incriminatrice complessivamente considerata e alla prevedibilità delle sue conseguenze sanzionatorie, rimangono delle evidenti criticità, già evidenziate in precedenza. La legge italiana, a differenza delle normative adottate in materia dai principali ordinamenti europei, e persino extraeuropei, non ha stabilito chi e come "realizza" la surrogazione di maternità e ha persino rinunciato a dare una definizione della stessa pratica, facendo ricadere sulle corti la gravosa responsabilità di delineare il campo applicativo della fattispecie. Su questa questione, quindi, continua ad aleggiare lo spettro dell'indeterminatezza della norma di comando – già prospettato sul piano

¹⁴⁶ C. eur., 6.7.2010, *Van Anraat c. Olanda*, in <https://www.echr.coe.int>; C. eur., 17.3.2009, *Oul Daah c. Francia*, *ivi*; C. eur., 12.7.2007, *Jorgic c. Germania*, *ivi*.

¹⁴⁷ Cfr. A. Santangelo, *op. cit.*, 38.

¹⁴⁸ Così A. Vallini, *La rana che voleva farsi bue*, *cit.*, 169.

¹⁴⁹ Cfr. C. van der Wyngaert, *op. cit.*, 54.

territoriale –, dissolvibile solo facendo richiamo al menzionato orientamento giurisprudenziale del 2020 ¹⁵⁰.

Proprio sul piano delle garanzie convenzionali, tuttavia, la funzione di orientamento riconosciuta alla giurisprudenza potrebbe trovare un limite nella particolare condizione in cui versi il cittadino italiano che commetta il reato fuori dai confini nazionali, qualora essa sia in grado di compromettere la *foreseeability* della rilevanza penale del suo comportamento, in violazione dell'art. 7 Cedu ¹⁵¹. Nonostante la Corte di Strasburgo abbia progressivamente superato la propria inclinazione a prendere in considerazione le caratteristiche soggettive del soggetto agente ai fini del giudizio sulla prevedibilità dell'applicazione della legge ¹⁵², può ritenersi che l'adozione di parametri oggettivi non debba comunque prescindere dall'opportunità di tenere conto, per lo meno in una seconda fase del giudizio, dei limiti soggettivi della prevedibilità, secondo una prospettiva maggiormente garantistica per l'individuo, peraltro non abbandonata negli arresti più recenti ¹⁵³. Il *qualitative requirement* della prevedibilità, in tale direzione, potrebbe ovviare al *self-restraint* serbato della giurisprudenza di legittimità nazionale in ordine alla valorizzazione dei criteri soggettivi nell'ambito dell'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 5 Cp, secondo il principio del perseguimento del massimo standard di tutela nel confronto tra le garanzie apprestate dalla Cedu e dalla Costituzione. Si potrebbe, in tal senso, arrivare a escludere che sia conforme all'art. 7 punire il cittadino italiano stabilmente residente all'estero che incolpevolmente abbia ignorato o sia caduto in errore sul precetto penale nazionale dotato di efficacia extraterritoriale ¹⁵⁴, a causa di difetti oggettivi nella redazione della norma, considerati congiuntamente alla soggettiva condizione di distacco del cittadino stesso dal territorio e, soprattutto, dalla cultura nazionale.

¹⁵⁰ Si veda *supra*, § 5.

¹⁵¹ In tal senso, A. Vallini, *La rana che voleva farsi bue*, cit., 169. Sulle garanzie convenzionali dell'*accessibility* del precetto e della *foreseeability* delle sue conseguenze, si rinvia a F. Viganò, *Il principio di prevedibilità*, cit., 10 ss.; D. Perrone, *op. cit.*, 134 ss.; A. Nappi, *op. cit.*, 107 ss.; A. Santangelo, *op. cit.*, 81 ss.

¹⁵² Sul punto, si rinvia all'analisi e ai riferimenti giurisprudenziali di A. Santangelo, *op. cit.*, 98 ss.

¹⁵³ *Ibidem*, 103-104. Tale duplice valutazione si riscontra in C. eur., 20.5.2020, *Georgouleas and Nestoras c. Grecia*, in <https://www.echr.coe.int>, §§ 65-66

¹⁵⁴ In tale direzione, A. Vallini, *La rana che voleva farsi bue*, cit., 174, suggerisce di invocare l'art. 5, interpretato secondo il combinato disposto degli artt. 25 e 27 della Costituzione, sulla scia di quanto affermato nella sentenza costituzionale n. 364/1988, e dell'art. 7 Cedu, per escludere, in generale, la colpevolezza del cittadino italiano che abbia realizzato la maternità surrogata in un Paese straniero, a prescindere che lo stesso vi risieda stabilmente o meno.

Infine, va quantomeno rilevato che, a livello convenzionale, non pare esservi spazio per la tutela del principio di offensività, dato che la Cedu non contiene alcuna esplicita previsione in grado di porre vincoli assiologici alle scelte di politica criminale dei legislatori degli Stati contraenti¹⁵⁵, sempre che le stesse non si traducano nella limitazione dei diritti fondamentali ivi garantiti, così come esplicitato nella sentenza *Salabiaku c. Francia*¹⁵⁶. Come è noto, infatti, il principio di offensività, pur incardinato a livello nazionale nell'art. 25 co. 2 Cost., non trova altrettanta considerazione sul piano della Cedu e dell'interpretazione che ne hanno dato i Giudici di Strasburgo, non essendo stato ricondotto ai *core rights* previsti dall'art. 7. L'unica strada praticabile dalla Corte per sindacare le opzioni di incriminazione adottate dal legislatore, è quella di valutare la capacità lesiva che l'esercizio di uno dei diritti "bilanciabili" presenta rispetto ai controinteressi convenzionalmente rilevanti, nell'ambito del giudizio sulla necessità dell'ingerenza della pubblica autorità¹⁵⁷. Il sindacato sull'offensività del fatto non ha così assunto una sua autonoma e formale veste dimostrativa, ma è stato fatto confluire nel test di proporzionalità tra la compressione del diritto convenzionale e gli interessi, con quello confliggenti, che la stessa Convenzione ammette come possibili deroghe¹⁵⁸.

7.2. L'interesse a concepire un figlio e a beneficiare, a tal fine, delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, è stato più volte ricondotto dalla Corte di Strasburgo al diritto alla vita privata e familiare dei ricorrenti, garantito dall'art. 8 Cedu¹⁵⁹. Soprattutto le pronunce relative al caso *S.H. e altri c. Austria*, vertendo sulla fecondazione effettuata con donazione dei gameti maschili, hanno dimostrato che, quando a ricorrervi siano due coniugi o due conviventi, l'infertilità costituisce un "affare di coppia"¹⁶⁰, perché le disfunzioni della fertilità finiscono per investire la sfera

¹⁵⁵ Cfr. E. Nicosia, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino 2006, 175-176.

¹⁵⁶ C. eur., 7.10.1988, *Salabiaku c. Francia*, in <https://www.echr.coe.int>, § 27. Conf. C. eur., 30.8.2011, *G. c. Regno Unito*, ivi, § 27.

¹⁵⁷ Cfr. F. Tulkens, *The Paradoxical Relationship between Criminal Law and Human Rights*, in *JICJ* 2011, Vol. 9, Iss. 3, 578-579.

¹⁵⁸ Cfr. G. de Vero, G. Panebianco, *Delitti e pene nella giurisprudenza delle Corti europee*, Torino 2007, 24 ss.; L. Masera, *Spunti di riflessione sulla nozione costituzionale di sanzione penale*, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, a cura di C.E. Paliero, F. Viganò, F. Basile, G. Gatta, Milano 2018, 1044.

¹⁵⁹ C. eur. GC, 4.12.2007, *Dickson c. Regno Unito*, in <https://www.echr.coe.int>, § 66; C. eur. GC, 10.4.2007, *Evans c. Regno Unito*, ivi, §§ 71-72; C. eur., 1.4.2010, *S.H. e altri c. Austria*, ivi, § 60; C. eur. GC, 3.11.2011, *S.H. e altri c. Austria*, ivi, § 82; C. eur., 2.10.2012, *Knecht c. Romania*, ivi, § 54; C. eur., 28.8.2012, *Costa e Pavan c. Italia*, ivi, §§ 56-57.

¹⁶⁰ I. Arnoux, *Les droits de l'être humain sur son corps*, Pessac 2003, 465.

del benessere psico-fisico di ambedue i *partners* anche quando la causa patologica affligga soltanto uno di essi, senza che sia necessaria l'esistenza di un legame genetico del nascituro con entrambi. Sulla base di queste premesse, non dovrebbero esservi dubbi che anche l'interesse a beneficiare della surrogazione di maternità attraverso gli interventi di procreazione medicalmente assistita possa pure rientrare nel diritto alla vita privata e familiare dei ricorrenti, almeno nelle ipotesi in cui almeno uno dei due componenti della coppia detenga un legame genetico con il minore ¹⁶¹.

Il *punctum dolens* in materia riguarda, piuttosto, la previsione dell'esito del giudizio di proporzionalità che la Corte è chiamata a compiere rispetto ai diritti "derogabili", tra cui rientra quello previsto dall'art. 8 Cedu, i quali possono subire una limitazione da parte della pubblica autorità, purché essa sia prevista dalla legge ¹⁶² e risulti necessaria, in una società democratica, alla tutela della sicurezza nazionale, della pubblica sicurezza, del benessere economico del Paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui ¹⁶³. La considerazione di tali interessi può consentire alla Corte di adattare il suo giudizio al caso concreto, alle norme interne e ai valori costituzionali nazionali ¹⁶⁴.

Proprio la disponibilità della Convenzione di tenere conto delle esigenze specifiche delle autorità nazionali palesa il limite del test di proporzionalità dell'ingerenza statale

¹⁶¹ La Corte di Strasburgo non è stata finora chiamata a pronunciarsi su questa questione, quanto piuttosto sul diritto alla trascrizione nei registri anagrafici nazionali dell'atto di nascita del minore partorito all'estero da una madre surrogata: C. eur., 26.6.2014, *Menesson c. Francia*, in <https://www.echr.coe.int>; C. eur., 26.6.2014, *Labassee c. Francia*, *ivi*; C. eur., 21.7.2016, *Foulon e Bouvet c. Francia*, *ivi*; C. eur., 19.1.2017, *Laborie c. Francia*, *ivi*; C. eur., 24.3.2022, *A.M. c. Norvegia*, *ivi*. Si veda anche C. eur. GC, 10.4.2019, *Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention, demandé par la Cour de cassation française*, *ivi*. Per quanto riguarda il ricorso contro l'ordine giudiziale di allontanamento del minore, partorito da una madre surrogata, dai genitori sociali ma non genetici, si veda C. eur. GC, 24.1.2017, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, *ivi*.

¹⁶² Circa l'esigenza di una norma di legge che risulti adeguatamente accessibile ai consociati, chiara e prevedibile nelle sue conseguenze, è opportuno rinviare a quanto già rilevato in ordine al rispetto dell'art. 7 Cedu. Difatti, anche al di fuori della garanzia penale convenzionale, le leggi che interferiscano con uno dei diritti "derogabili" devono presentare i *qualitative requirements* della *accessibility* e della *foreseeability*: con riferimento all'art. 8, si veda C. eur., 25.3.1983, *Silver e altri c. Regno Unito*, in <https://www.echr.coe.int>, §§ 86 ss.

¹⁶³ In dottrina, sul giudizio di proporzionalità che la Corte di Strasburgo effettua sui diritti "derogabili", si vedano M.A. Eissen, *Il principio di proporzionalità nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *RIDU* 1989, 31 ss.; M. de Salvia, *La nozione di proporzionalità nella giurisprudenza della Commissione e della Corte europea dei dir. dell'uomo*, in *DCSI* 1978, 463 ss.; D.U. Galetta, *Il principio di proporzionalità nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, fra principio di necessità e dottrina del margine di apprezzamento statale: riflessioni generali su contenuti e rilevanza effettiva del principio*, in *RIDPC* 1999, 743 ss.

¹⁶⁴ In tal senso, J. Gerards, *Margin of Appreciation and Incrementalism in the Case Law of the European Court of Human Rights*, in *HRLR* 2018, 510 ss.

sul diritto convenzionale. Esso, difatti, è imperniato sul necessario rispetto di controinteressi pubblici¹⁶⁵, fisiologicamente inerenti al piano domestico dello Stato convenuto e, pertanto, rilevanti, come contrappeso ai diritti che si intendano esercitare fuori dal suo territorio, soltanto quando le condotte poste in essere all'estero possano riflettersi direttamente sulla comunità nazionale. Alla luce di tali premesse, non sembra che accedere alle pratiche di maternità surrogata all'estero rappresenti una condotta in grado di compromettere alcuno dei suddetti interessi superindividuali. Anche laddove si voglia chiamare in causa la protezione dei diritti altrui – intesi dalla Convenzione non nel loro sostrato individuale, bensì come espressione di un interesse generale della comunità al loro rispetto¹⁶⁶ – non sembra che la tutela di donne che non detengano alcun legame con lo Stato italiano e che si prestino alla gestazione per altri in un ordinamento estero che consenta e che regolamenti questo tipo di accordi, possa rappresentare una «improcrastinabile esigenza sociale (*pressing social need*)»¹⁶⁷ per il nostro Paese, tale da rendere necessaria la misura limitativa a carico dei cittadini.

Non è comunque possibile avanzare una qualunque ipotesi di risoluzione del *balancing test* a favore dell'uno o dell'altro interesse contrapposto, se prima non venga chiarito il legame che lo avvince al cd. margine di apprezzamento. Quest'ultimo costituisce uno spazio di discrezionalità che la Corte – privandosi di una parte del proprio potere di giudizio – riconosce allo Stato nell'interferire sull'esercizio di un determinato diritto¹⁶⁸, di carattere non strettamente fondamentale¹⁶⁹, in virtù della

¹⁶⁵ Così O. Gross, F. Ni Aolain, *From Discretion to Scrutiny: Revisiting the Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Context of Article 15 of the European Convention on Human Rights*, in *HRQ* 2001, 627. In particolare, afferma che tutti quelli delineati nell'art. 8 § 2 Cedu, rappresentano pubblici interessi, H. Wray, *Article 8 ECHR, Family Reunification and the UK's Supreme Court: Family Matters?*, Oxford 2023, 190.

¹⁶⁶ In tal senso, P. van Huizen, *Netherlands State Practice for the Parliamentary Year 2008-2009*, in *Netherlands Book of International Law 2010. Necessity Across International Law*, vol. 41, a cura di I.F. Dekker, E. Ehy, The Hague 2011, 258.

¹⁶⁷ G. Ligugnana, *Principio di proporzionalità e integrazione tra ordinamenti. Il caso inglese e italiano*, in *RIDPC* 2011, 454.

¹⁶⁸ Secondo O. Gross, F. Ni Aolain, *op. cit.*, 627, il margine di apprezzamento riflette il duplice aspetto della sussidiarietà e della diversità culturale. Conf. M. de Salvia, *Sistema europeo e sistemi nazionali di protezione dei diritti dell'uomo: subordinazione, sussidiarietà*, in *RIDU* 1994, 1, 32. Si vedano le critiche di R.St.J. Macdonald, *The margin of appreciation*, in *The European system for the protection of human rights*, a cura di R.St.J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold, Dordrecht 1993, 84 ss., secondo cui il margine di apprezzamento costituirebbe un mero *escamotage* della Corte per giustificare le scelte del singolo Stato, rinunciando *a priori* a sindacare il bilanciamento degli interessi in gioco.

¹⁶⁹ Per i diritti e le libertà fondamentali di cui agli artt. 2, 3 e 4 Cedu, la giurisprudenza della Corte europea è concorde nel non riconoscere agli Stati alcun margine di apprezzamento, sul presupposto per cui tanto è più importante il diritto in gioco, quanto minore discrezionalità possa essere concessa allo Stato nel limitarlo. Si

necessità di salvaguardare alcune componenti essenziali della società democratica nazionale ¹⁷⁰.

Bisogna dunque chiedersi se il margine di apprezzamento, anche in relazione all'interferenza sulla vita privata e familiare della coppia che intenda ricorrere alla maternità surrogata in un Paese in cui la pratica sia consentita, possa entrare in gioco alle medesime condizioni con cui viene solitamente riconosciuto sui fatti avvenuti nel territorio dello Stato ¹⁷¹.

In linea generale, la dottrina del margine di apprezzamento ne invoca il riconoscimento nei casi in cui il bilanciamento dei diritti convenzionali con eventuali controinteressi coinvolga questioni morali ¹⁷² o non sia oggetto di un ampio consenso degli Stati contraenti ¹⁷³. La tutela della morale da parte dello Stato, in tal senso – già

veda, per tutte, C. eur., 27.9.1995, *McCann e altri c. Regno Unito*, in <https://www.echr.coe.int>, § 147. In dottrina, cfr. J. Callewaert, *Is there a margin of appreciation in the application of articles 2, 3 and 4 of the Convention?* in *HRLJ* 1998, 6 ss. Tra le prime pronunce che hanno applicato il margine di apprezzamento all'art. 8 Cedu, si vedano C. eur., 18.6.1971, *De Wilde, Ooms e Versyp ("Vagrancy") c. Belgio*, in <https://www.echr.coe.int>, § 93; C. eur., 21.2.1975, *Golder c. Regno Unito*, *ivi*, § 45.

¹⁷⁰ Secondo C. eur., 7.12.1976, *Handyside c. Regno Unito*, in <https://www.echr.coe.int>, § 48, «by reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, State authorities are in principle in a better position than the international judge» nel decidere la necessità di una deroga alla Convenzione. Cfr. O. GROSS, F. NI AOLAÍN, *op. cit.*, 627.

¹⁷¹ È chiaro che il margine di apprezzamento sarebbe chiamato in causa dalla Corte di Strasburgo anche nell'ambito di un eventuale ricorso contro il divieto di maternità surrogata in sé considerato: si veda C. eur., 26.6.2014, *Menesson c. Francia*, *cit.*, §§ 78-79, e, di recente, C. eur., 24.3.2022, *A.M. c. Norvegia*, *cit.*, § 131.

¹⁷² Cfr. C. Pavarani, *sub art. 8*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali commentata ed annotata*, a cura di C. Defilippi, D. Bosi, R. Harvey, Napoli 2006, 309; V. Zeno Zencovich, *sub art. 8*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi, Padova 2001, 313. In giurisprudenza, tra le molte pronunce, v. C. eur., 22.4.1997, *X, Y e Z c. Regno Unito*, in <https://www.echr.coe.int>, § 52; C. eur. GC, 10.4.2007, *Evans c. Regno Unito*, *cit.*, §§ 78, 81; C. eur. GC, 3.11.2011, *S.H. e altri c. Austria*, *cit.*, § 97; C. eur., 2.10.2012, *Knecht c. Romania*, *cit.*, § 59; C. eur., 26.6.2014, *Menesson c. Francia*, *cit.*, § 79; C. eur. GC, 16.7.2014, *Hämäläinen c. Finlandia*, *ivi*, § 75; C. eur. GC, 24.1.2017, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, *cit.*, § 194.

¹⁷³ Sul tema, si veda D.U. Galetta, *Il principio di proporzionalità*, *cit.*, 753 ss.; E. Benvenisti, *Margin of appreciation, consensus and universal standards*, in *JILP* 1999, 843 ss. Parzialmente critico verso il carattere vincolante del parametro del consenso sussistente tra gli Stati contraenti è W.J. Ganshof van der Meersch, *Le caractère 'autonome' des termes et la 'marge d'appréciation' des gouvernements dans l'interprétation de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, in *Protecting Human Rights: The European Dimension – Studies in Honour of Gérard Wiarda (Carl Heymanns)*, a cura di F. Matscher, H. Petzold, G. Wiarda, Köln 1988, 201 ss., che ritiene applicabile tale parametro soltanto in un numero ristretto di casi. Con specifico riguardo all'art. 8, in giurisprudenza si vedano C. eur., 17.10.1986, *Rees c. Regno Unito*, in <https://www.echr.coe.int>, § 37; C. eur., 27.9.1990, *Cossey c. Regno Unito*, *ivi*, § 40; C. eur., 22.4.1997, *X, Y and Z c. Regno Unito*, *cit.*, §§ 44, 52; C. eur. GC, 10.4.2007, *Evans c. Regno Unito*, *cit.*, §§ 79-81; C. eur., 4.12.2007, *Dickson c. Regno Unito*, *cit.*, §§ 78 ss.; C. eur. GC, 3.11.2011, *S.H. e altri c. Austria*, *cit.*, §§ 95 ss.; C. eur., 26.6.2014, *Menesson c. Francia*, *cit.*, § 78; C. eur. GC, 16.7.2014, *Hämäläinen c. Finlandia*, *cit.*, §§ 73 ss. Più di recente, il margine di apprezzamento riconosciuto allo Stato convenuto è stato considerato limitato per via di un *trend* opposto degli altri Stati contraenti sul corretto bilanciamento degli interessi in gioco: C. eur., 13.2.2020, *Gaughran c. Regno Unito*, *ivi*, § 84.

annoverata espressamente tra i controinteressi rilevanti nel sindacato di proporzione – costituirebbe il fondamento positivo del margine di apprezzamento, mentre il consenso eventualmente riscontrabile tra gli Stati contraenti in ordine all’assetto da assegnare ai valori in gioco ne rappresenterebbe il limite negativo.

In questi termini, il potere decisionale della Corte finirebbe per vedere enfatizzati i suoi tratti di giudizio “relativo”, cioè declinabile diversamente per ciascuno Stato contraente, in base alla peculiare sintassi dei valori in gioco germinata al suo interno; e ciò varrebbe, in particolare, quando ivi affiorino questioni morali, dato che «*public morals differ widely*» e che «*there is no universally applicable common standard*»¹⁷⁴.

A fortiori, in relazione all’intento di tutelare controinteressi collettivi di stampo etico attraverso l’adozione di clausole di extraterritorialità penale, l’eventuale riconoscimento del margine di apprezzamento rischierebbe di lasciare ai singoli Stati un potere discrezionale fondato su un relativismo morale e culturale¹⁷⁵, già poco accettabile per le interferenze dello Stato sui diritti esercitati all’interno del suo stesso contesto territoriale e sociale. In tal senso, soprattutto rispetto alla disciplina dei fatti commessi fuori dal territorio nazionale, sarebbe preferibile adottare la logica del minimalismo morale, da concepirsi come “controlimite” al margine di apprezzamento, ossia come rinuncia a imporre il rispetto di valori e ideali particolaristici, o comunque non universalmente riconosciuti, oltre la zona spazio-temporale ove gli stessi incontrano (o dovrebbero incontrare) il consenso dei cittadini¹⁷⁶.

La morale si presta a essere collocabile su un piano territoriale circoscritto anche quando si ammantano dello scudo formale dell’esigenza di tutelare la dignità umana. Ed è qui che tornano in gioco le *parochialism objections*¹⁷⁷: a nulla vale criticare gli esiti riduzionistici di queste ultime e sostenere che certi interessi collocabili entro un determinato piano socio-territoriale possano riconoscersi come universalmente

¹⁷⁴ Human Rights Committee, *Leo Hertzberg and others v. Finland*, 2 april 1982, Comm. No. 61/1979, in <https://juris.ohchr.org>, § 10.3. Proprio per l’incidenza sostanzialmente assorbente che il margine di apprezzamento esercita sul test di proporzionalità, Lord Lester of Herne Hill, *Universality versus subsidiarity: A reply*, in *EHRLR* 1998, 76, ha criticamente rilevato che il ricorso a tale strumento costituisce fonte di una «*pernicious “variable geometry” of human rights, eroding the acquis of existing jurisprudence and giving undue deference to local conditions, traditions, and practice*».

¹⁷⁵ Il contrasto tra l’aspirazione universalistica dei diritti fondamentali garantiti dalla Cedu e il «*moral relativism*» su cui si fonda la dottrina del margine di apprezzamento è messa in luce da E. Benvenisti, *Margin of appreciation, consensus, and universal standards*, in *NYUJILP* 1999, 31, 844 ss.

¹⁷⁶ Sul cd. “minimalismo morale” si veda M. Walzer, *Thick and Thin. Moral Argument at Home and Abroad*, University of Notre-Dame, Paris 2019, *passim*, spec. 63 ss.

¹⁷⁷ Si veda *supra*, § 5.1.

condivisibili, se si voglia giungere a questa conclusione dopo avere ricondotto ad essi anche quelle declinazioni assiologiche che non riflettono affatto tale vocazione universale, così come potrebbe dirsi per l'avversione alle forme di maternità surrogata prive di un fine di lucro o attuate con il pieno consenso della gestante. Oltretutto, è proprio rispetto a tali modalità di manifestazione del fenomeno, che può riscontrarsi una *communis opinio* degli Stati firmatari della Convenzione circa la necessità di tenere impuniti i soggetti direttamente coinvolti in esso, tanto più in relazione a fatti commessi fuori dal territorio nazionale ¹⁷⁸.

Trasponendo i predetti profili assiologici sul piano dogmatico, si rammenti quanto già predicato dalla dottrina tedesca in relazione alla fisiologica inidoneità della legge penale nazionale ad essere applicata in via extraterritoriale per apprestare tutela agli interessi pubblici, in particolare, come rilevava Oehler, quando si tratti di interessi strettamente legati alle «*kulturellen, sozialen oder sittlichen Verhältnissen*» della nazione ¹⁷⁹. Benché si sia affermato che la teoria strutturale sia quella più adeguata a individuare il potenziale campo applicativo spaziale di una fattispecie incriminatrice, è già noto che il ruolo dell'interesse giuridico protetto possa riacquistare centralità, oltre che nel giudizio di offensività, nell'ambito del sindacato di proporzionalità, ove andrebbe tenuta in considerazione, tra l'altro, l'idoneità della legge a tutelare gli interessi pubblici legittimamente perseguibili dallo Stato ¹⁸⁰.

Infine, si tenga conto di un ulteriore rilievo: è proprio evitando di apporre limiti alle libertà esercitabili dal cittadino in altri Paesi con la loro stessa acquiescenza, che potrebbe assicurarsi la soglia minima di tutela dei diritti umani garantiti dalla Convenzione, ultimo baluardo di fronte al potere fagocitante del margine di apprezzamento ¹⁸¹. È interessante notare, a tal proposito, che nel caso *A, B e C c.*

¹⁷⁸ Si vedano i dati forniti da C. eur., 26.6.2014, *Labassee c. Francia*, cit., §§ 31 ss., genericamente relativi agli Stati che vietano tali accordi e, volendo, l'analisi comparatistica di V. Tigano, *La surrogazione di maternità in prospettiva comparata*, cit., 100 ss.

¹⁷⁹ D. Oehler, *op. cit.*, 485. Sulla questione degli strumenti argomentativi da utilizzare per definire il potenziale campo applicativo spaziale di una fattispecie incriminatrice, si veda *supra*, § 3.

¹⁸⁰ Sull'opportunità di trasporre i classici e schematici canoni del sindacato di proporzionalità, sviluppati nella giurisprudenza tedesca e dei singoli Stati contraenti, anche sul piano del test di proporzionalità a cui è chiamata la Corte di Strasburgo per i diritti convenzionali derogabili, si veda J. Gerards, *How to Improve The Necessity Test of The European Court of Human Rights*, in *ICON* 2013, 466 ss.

¹⁸¹ La Corte, infatti, mantiene formalmente un suo ambito di competenza nel valutare se esista un ragionevole rapporto di proporzione tra i diritti compressi e gli interessi che, di contro, si vogliono perseguire, in tal modo potendo garantire che sia rispettato il minimo standard di tutela da assicurare ai diritti garantiti dalla Convenzione. Sulla funzione garantistica del minimo di tutela, che la Corte generalmente richiede anche in presenza del riconoscimento del margine di apprezzamento, pur senza stabilire esplicitamente la sua soglia, si

Irlanda, concernente il ricorso di due cittadine irlandesi e di una cittadina lituana ivi residente contro il divieto di aborto allora vigente nel sistema legale nazionale, il test di proporzionalità – il cui esito è stato condizionato dall’ampio margine di apprezzamento riconosciuto allo Stato irlandese¹⁸² – ha portato la Corte a ritenere che il diritto alla vita privata e familiare della gestante fosse stato adeguatamente bilanciato con il diritto alla vita del nascituro, proprio in virtù dell’assenza di un divieto di attuare le pratiche abortive all’estero («*having regard to the right to travel abroad lawfully for an abortion*») ¹⁸³. Da questo inciso si potrebbe inferire che è proprio la legittima facoltà di praticare il “turismo procreativo” a potere garantire ai consociati le condizioni minime di esercizio del diritto alla loro vita privata e familiare, oltre le quali si potrebbe collocare una legittima interferenza dello Stato in via, evidentemente, solo territoriale.

8. A fronte dei diversi profili critici della legge “Varchi”, è lecito domandarci, in conclusione, quali reali prospettive vi siano che le corti nazionali e quelle sopranazionali possano in futuro mettere un freno alle tensioni espansionistiche della legge penale.

Quello che è emerso finora è che, oltre alle esaminate frizioni con le garanzie formali del diritto penale, in particolare con i principi di tassatività e di colpevolezza – eventualmente declinati nella loro dimensione garantistica convenzionale –, la discussione si incentra sull’adeguata ponderazione dei beni giuridici confliggenti, rilevante sul piano del sindacato di offensività e soprattutto su quello della proporzionalità della scelta di incriminazione. In questo livello di giudizio, dunque, il vero spartiacque è rappresentato dal potere del giudice di sindacare le scelte normative e il loro impatto sui diritti della persona, a cui, tuttavia, fa da contrappeso un’evidente tendenza a non invadere lo spazio della discrezionalità legislativa, in particolare

veda P. Mahoney, *Universality versus subsidiarity in the Strasbourg case-law on free speech: Explaining some recent judgments*, in *EHRLR* 1997, 369; M. R. Hutchinson, *The Margin Of Appreciation Doctrine In The European Court Of Human Rights*, in *ICLQ* 1999, 642. Sulla necessità di individuare un «*minimum standard of protection*» nell’ambito dell’art. 8 Cedu, si vedano N. Taylor, *State Surveillance and the Right to Privacy*, in *Surveillance and Society* 2002, 1(1), 71; E. Ravasi, *Human Rights Protection by the ECtHR and the ECJ: A Comparative Analysis in Light of the Equivalency Doctrine*, Leiden 2017, 150 ss.

¹⁸² Il margine di apprezzamento è stato riconosciuto a causa della rilevanza del valore morale attribuito alla vita del nascituro dalla maggioranza della popolazione, pur in presenza di un consenso della maggioranza degli Stati contraenti sulla legalizzazione della pratica: C. eur. GC, 16.12.2010, *A, B e C c. Irlanda*, in <https://www.echr.coe.int>, §§ 235 ss.

¹⁸³ C. eur. GC, 16.12.2010, *A, B e C c. Irlanda*, cit., § 241. Sul punto si veda A. Nisco, *L’incesto innanzi alla Corte europea dei diritti dell’uomo. Margine di apprezzamento e controllo delle norme penale*, in *DPenCont.* 2012, 3-4, 79.

quando siano in gioco questioni etiche di cui lo stesso legislatore dichiara di farsi portavoce in nome della collettività.

Senza voler tentare di prevedere come potranno essere conciliate queste due opposte tendenze, sembra almeno opportuno richiamare alla mente il punto centrale della questione: il legislatore, in materia di maternità surrogata, ha introdotto una clausola incondizionata di giurisdizione extraterritoriale fondata sul criterio di personalità attiva, a fronte della presenza di una norma codicistica che già avrebbe potuto consentire di perseguire il cittadino che commetta il reato all'estero, attribuendo però all'autorità amministrativa il potere di procedere a una selezione delle condotte meritevoli di pena, tenendo conto della loro gravità e della disciplina legale prevista nel *locus commissi delicti*. Questo potere avrebbe dovuto essere salvaguardato e non superato attraverso l'introduzione di una deroga, il cui effetto sarà quello di mettere sullo stesso piano vicende e sensibilità umane profondamente diverse, non tutte espressive di disvalore e non tutte meritevoli di pena: «il vero è che non v'è modo di stabilire in astratto quando il diritto alla genitorialità possa farsi valere e quando si trovi invece costretto ad arrestarsi a fronte di altri beni o interessi meritevoli di prioritaria considerazione: sono piuttosto i casi della vita, nella loro complessiva connotazione, ad attrarre a sé la soluzione giusta»¹⁸⁴.

¹⁸⁴ A. Ruggeri, *op. cit.*, 529-530.