

ISSN 1971-9892

**Estensione della punibilità e limiti  
costituzionali: riflessioni a partire dal divieto  
“universale” di surrogazione di maternità**

*fascicolo*  
2026/I

**CONSULTA ONLINE**

**CHIARA CUCCURU**

9 febbraio 2026

**CHIARA CUCCURU**

## **Estensione della punibilità e limiti costituzionali: riflessioni a partire dal divieto “universale” di surrogazione di maternità**

**TITLE** *Extension of Criminal Liability and Constitutional Limits: Reflections on the “Universal” Prohibition of Surrogacy.*

**ABSTRACT** Il contributo affronta il tema dell'estensione extraterritoriale della responsabilità penale attraverso l'analisi del caso della surrogazione di maternità. Lo studio esamina i limiti costituzionali che i principi di legalità, colpevolezza, offensività e proporzionalità impongono all'esercizio del potere punitivo dello Stato quando la condotta è realizzata in ordinamenti che la disciplinano positivamente. Particolare attenzione è dedicata al significato costituzionale della doppia incriminazione nei contesti di “legalità regolata”, alla determinatezza delle fattispecie penali a vocazione extraterritoriale e al rischio che lo strumento punitivo assuma una funzione meramente simbolica. L'analisi offre una riflessione critica sulla tenuta costituzionale di scelte legislative che estendono la sovranità punitiva nazionale oltre i confini territoriali.

*This article addresses the issue of extraterritorial extension of criminal liability through the analysis of surrogacy. The study examines the constitutional limits that the principles of legality, culpability, offensiveness and proportionality impose on the exercise of state punitive power when conduct is performed in jurisdictions that positively regulate it. Special attention is given to the constitutional significance of double criminality in contexts of “regulated legality”, the determinacy of criminal provisions with extraterritorial scope, and the risk that punitive measures assume a merely symbolic function. The analysis offers a critical reflection on the constitutional soundness of legislative choices extending national punitive sovereignty beyond territorial boundaries.*

**KEYWORDS** Maternità surrogata; reato universale; estensione territoriale; principio di legalità; doppia incriminazione; principio di offensività; extrema ratio; proporzionalità della pena; diritto penale simbolico.

*Surrogacy; universal crime; extraterritorial application; principle of legality; double criminality; principle of offensiveness; ultima ratio; proportionality of sanctions; symbolic criminal law.*

**AUTHOR** Assegnista di ricerca di Diritto costituzionale e pubblico – Università degli Studi di Sassari.



Contributo scientifico sottoposto a referaggio

**SOMMARIO** 1. Introduzione: il quadro attuale. – 2. Il divieto di maternità surrogata nel diritto italiano. – 3. Sulla ragionevolezza della disciplina. – 3.1. Il principio di legalità: la determinatezza della fattispecie. – 3.2. Estensione territoriale e ragionevolezza: la doppia incriminazione come limite costituzionale implicito. – 3.3. Sull’offensività della condotta. – 3.4. Sui principi di *extrema ratio* e proporzionalità. – 4. Conclusioni.

## 1. Introduzione: il quadro attuale

La legge n. 169 del 2024 rappresenta uno dei più recenti e significativi casi in cui la funzione punitiva dello Stato entra in tensione con i principi costituzionali che ne delimitano l’esercizio<sup>1</sup>. L’intervento legislativo, pur collocandosi nella linea di continuità del divieto già previsto dalla legge n. 40 del 2004, aggiunge un nuovo elemento: estende la punibilità oltre i confini nazionali, anche quando la condotta sia realizzata in Stati che la considerano lecita.

Nel dibattito pubblico, la riforma è stata presentata come l’introduzione di un “reato universale” di maternità surrogata. L’espressione è tecnicamente impropria: si potrebbe parlare piuttosto di giurisdizione universale, un istituto eccezionale del diritto internazionale penale, riservato tradizionalmente ai c.d. *crimina iuris gentium*, che offendono la comunità internazionale nel suo complesso<sup>2</sup>. Tuttavia, al di là della qualificazione formale, la scelta rivela una pretesa di estensione extraterritoriale del divieto che solleva interrogativi costituzionali di rilievo.

Essa incide sulla struttura stessa del diritto penale come sistema di garanzie e sollecita una verifica circa la ragionevolezza della risposta punitiva in rapporto ai fini dichiarati dal legislatore. L’interesse del divieto non riguarda solo la tutela della dignità della gestante o la protezione di modelli familiari ritenuti “naturali”, ma coinvolge il più ampio equilibrio tra libertà personale, sovranità statale e tutela dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti, in particolare dei minori<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> La disposizione, che già puniva con la reclusione da tre mesi a due anni e con una multa tra 600.000 e un milione di euro chiunque realizzi, organizzi o pubblicizzi la surrogazione di maternità, prevede ora che «*se i fatti di cui al periodo precedente, con riferimento alla maternità surrogata, sono commessi all’estero, il cittadino italiano è punito secondo la legge italiana*».

<sup>2</sup> Il principio della giurisdizione universale è un istituto eccezionale del diritto internazionale pubblico e del diritto penale internazionale, che consente a uno Stato di perseguire penalmente determinate condotte a prescindere da qualsiasi collegamento territoriale o di nazionalità (dell’autore o della vittima). La sua applicazione è rigorosamente limitata ai cosiddetti *crimina iuris gentium*, ovvero a quelle gravissime violazioni che offendono la comunità internazionale nel suo complesso, come il genocidio, i crimini contro l’umanità, i crimini di guerra e la tortura. Occorre precisare, sul punto, che in passato sono stati resi “universali” solo reati di maggiore gravità, quali corruzione, traffico di influenze illecite, ricettazione, per i quali sono stabilite sanzioni particolarmente severe. La maternità surrogata, pur essendo oggetto di valutazioni etiche divergenti, non rientra manifestamente in tale categoria di crimini. Sul punto si veda M. LA MANNA, *La giurisdizione penale universale nel diritto internazionale*, in *La ricerca del diritto nella comunità internazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020; A. D’ALOIA, *Serve davvero il ‘reato universale’ di maternità surrogata?*, in [federalismi.it](https://www.federalismi.it), 25/2023, x. Si veda anche M. PELISSERO, *Surrogazione di maternità: la pretesa di un diritto punitivo universale. Osservazioni sulle proposte di Legge n. 2599 (Carfagna) e 306 (Meloni)*, Camera dei deputati, in [Sistema Penale](https://www.sistema-penale.it), 29 giugno 2021, 8.

<sup>3</sup> Sul punto si vedano, in particolare, Corte cost. [n. 272 del 2017](#) e [n. 33 del 2021](#), nonché Corte EDU, 26 settembre 2014, [Mennesson c. Francia](#), ric. n. 65192/11; e, nella stessa data, [Labassee c. Francia](#), ric. n. 65941/11, di cui si tratterà diffusamente *infra*.



In questa prospettiva, il presente contributo si propone di verificare la coerenza dell'estensione extraterritoriale della punibilità con i limiti che la Costituzione impone al potere punitivo dello Stato. L'indagine non intende prendere posizione sulle valutazioni etiche o politiche sottese alla disciplina, ma si concentra sul diverso piano della legittimità costituzionale della scelta legislativa, alla luce dei principi di legalità, colpevolezza, offensività, necessità e proporzionalità che ne condizionano l'esercizio.

Si cercherà di valutare se l'universalizzazione del divieto di maternità surrogata possa ritenersi compatibile con tali principi, o se, al contrario, essa configuri un esempio di diritto penale simbolico, in cui la forza comunicativa della norma prevale sulla sua effettiva funzione di tutela dei diritti fondamentali.

## 2. Il divieto di maternità surrogata nel diritto italiano.

La legge n. 169 del 2024 estende la punibilità della surrogazione di maternità alle condotte realizzate all'estero da cittadini italiani, con l'intento dichiarato di contrastare il fenomeno del turismo procreativo<sup>4</sup>. Dal punto di vista tecnico, la modifica elimina i filtri procedurali che, nell'ambito della disciplina dei reati commessi all'estero (artt. 7-10 c.p.)<sup>5</sup>, subordinano la persecuzione delle condotte punite con pena inferiore ai tre anni – quale la surrogazione di maternità – a una richiesta del Ministro della Giustizia o a querela della persona offesa<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> Si tratta di una pratica in cui una coppia, eterosessuale o omosessuale, si reca a compiere la surrogazione di maternità in un Paese dove essa è consentita. In base a un contratto che impegna la madre surrogata a consegnare il bambino al termine della gravidanza, la coppia può fare ritorno nel proprio Paese d'origine con il bambino. A tale pratica segue, di solito, la richiesta dei committenti di trascrivere nei registri dello Stato civile italiano l'atto di nascita redatto all'estero. Per un approfondimento v. F. FERRARI, *Attivismo dei giudici comuni e omissioni del legislatore: gli effetti del "turismo procreativo" sull'ordinamento interno*, in [BioLaw Journal](#), 2/2024, 91 ss.; I.R. PAVONE, *Gestazione per altri e turismo procreativo: dalla proibizione alla regolamentazione?*, in [BioLaw Journal](#), 4/2024, 281 ss.

<sup>5</sup> Più precisamente, occorre fare riferimento all'art. 9, che disciplina i delitti comuni compiuti da italiani all'estero e richiede la presenza del cittadino sul territorio nazionale, oltre che la punibilità del reato, secondo la legge italiana, con l'ergastolo o una pena minima di tre anni di reclusione; per pene inferiori è necessaria una richiesta del Ministro della giustizia o una querela della persona offesa. In base all'art. 9, comma 2, c.p., invero, la surrogazione di maternità compiuta all'estero da cittadini italiani era già punibile prima della modifica dell'art. 12 della l. n. 40/2004, a condizione che vi fosse una richiesta del Ministro della Giustizia ovvero una istanza o querela della persona offesa. V. [Dossier del Servizio Studi del Senato sull'A.S. n. 824. Disposizioni in materia di maternità surrogata](#), ottobre 2024, n. 169/1, a cura di C. Andreuccioli, 16. Si veda anche M. PELISSERO, *Surrogazione di maternità: la pretesa di un diritto punitivo universale. Osservazioni sulle proposte di Legge n. 2599 (Carfagna) e 306 (Meloni)*, Camera dei deputati, cit., 8; F. FILICE, *La nuova incriminazione della gestazione per altri. Problematiche definitorie e interpretative*, in [Genius](#), 31 gennaio 2024, 3.

<sup>6</sup> Sul tema, si potrebbe riflettere circa la necessità di subordinare l'azione penale alla richiesta del Ministro della Giustizia. A prima vista, potrebbe apparire paradossale che la decisione di avviare un procedimento penale sia rimessa ad un organo politico, soprattutto alla luce del fatto che l'art. 112 della Costituzione affida tale compito al Pubblico Ministero. Tuttavia, una simile previsione, che introduce un filtro discrezionale volto a limitare l'obbligatorietà dell'azione penale, sembra avvalorare la tesi secondo la quale reati di minore gravità, come quelli contemplati dall'art. 9 del Codice penale, dovrebbero essere perseguiti solo in circostanze eccezionali. Di conseguenza, la possibilità di attivare il procedimento viene riservata alla persona offesa o al

La modifica interviene in un ambito nel quale si intrecciano una pluralità di interessi: il diritto del minore al riconoscimento dello *status* e alla continuità dei legami affettivi, tutelato anche dall'art. 8 CEDU; la libertà e l'autodeterminazione della coppia nelle scelte procreative; la dignità della donna gestante; l'interesse pubblico a disincentivare pratiche ritenute lesive di valori fondamentali dell'ordinamento.

La giurisprudenza costituzionale, pur senza censurare il divieto, ha privilegiato la tutela del nato. La Corte, con la sentenza n. 272 del 2017, ha qualificato la surrogazione come pratica «*che offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane*», riconoscendo al legislatore un ampio margine di discrezionalità nel vietarla<sup>7</sup>. Tuttavia, ha al contempo affermato che tale disvalore non può tradursi in un automatico sacrificio dell'interesse del minore già nato. La sentenza n. 33 del 2021 ha segnato un punto di svolta: pur dichiarando inammissibili le questioni relative alla trascrizione degli atti di nascita formati all'estero, la Corte ha chiarito che «*gli interessi del minore dovranno essere allora bilanciati, alla luce del criterio di proporzionalità, con lo scopo legittimo perseguito dall'ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità*»<sup>8</sup>. Con

Ministro della Giustizia, evitando un'applicazione automatica che potrebbe risultare sproporzionata rispetto alla natura del reato. Parte della dottrina ha evidenziato che, in contesti segnati da rilevanti implicazioni etiche e sociali – come la surrogazione di maternità – potrebbe risultare opportuno subordinare l'avvio del procedimento penale a una valutazione di opportunità politica, piuttosto che affidarsi all'automatismo derivante dall'obbligatorietà dell'azione penale. In tale prospettiva, l'intervento del Ministro della Giustizia ex art. 9 c.p. potrebbe costituire un filtro legittimo, coerente con l'esigenza di bilanciare la discrezionalità giudiziaria con il ruolo del potere esecutivo nelle scelte di politica criminale (Cfr. A. DI NINO, *Verso un diritto penale onnipotente?*, in [Sistema Penale](#), 4/2024, 94 ss., spec. §4). Per un approfondimento si veda G. L. GATTA, *Surrogazione di maternità come "reato universale"? A proposito di tre proposte di legge all'esame del parlamento*, in [Sistema Penale](#), 5/2023, 155; A. D'ALOIA, *Serve davvero il 'reato universale' di maternità surrogata?*, cit., ix; E. BASSO, *Richiesta di procedimento, principio di uguaglianza e obbligatorietà dell'azione penale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3/1990, 833 ss.

<sup>7</sup> Corte cost. [n. 272 del 2017](#), punto 4.2. del *Considerato in diritto*. La sentenza delle Sezioni Unite n. 12193 del 2019 si colloca in linea di continuità qualificando il divieto sancito dalla legge n. 40 del 2004 come una norma che integra i principi costituzionali e sovranazionali alla base della nozione di ordine pubblico internazionale, ostativo alla trascrizione degli atti di nascita derivanti da tale pratica. Al contempo, questa decisione individua strumenti volti a garantire una tutela concreta ai minori nati tramite maternità surrogata, riconoscendo, laddove ricorrano i presupposti, la rilevanza del rapporto genitoriale instaurato di fatto. Per un approfondimento v. E. MALFATTI, *La gestazione per altri, tra letture 'neutralizzanti' il fenomeno e tutela sovranazionale degli human rights*, in [Dirittifondamentali.it](#), 1/2021, 374 ss.; E. FRONTONI, *Interesse del minore e poteri del giudice anche in caso di "riconoscimento di compiacenza"*, in [Nomos](#), 2/2020; F. ANGELINI, *Bilanciare insieme verità di parto e interesse del minore la corte costituzionale in materia di maternità surrogata mostra al giudice come non buttare il bambino con l'acqua sporca*, in [Costituzionalismo.it](#), 1/2018, 149 ss.; S. AGOSTA, *La maternità surrogata e la Corte costituzionale (a proposito di obiter dicta da prendere sul serio)*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 2/2018; G. BARCELLONA, *Sorvegliare gli adulti punendo i bambini*, in [BioLaw Journal](#), 3/2021, 59 ss.; B. PEZZINI, *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della "gravidenza per altri"*, in [Costituzionalismo.it](#), 1/2017, 183 ss.; G. MATUCCI, *La dissoluzione del paradigma della verità della filiazione innanzi all'interesse concreto del minore (Nota a sent. Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272)*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 15 febbraio 2018; A. MORACE PINELLI, *La maternità surrogata lede sempre la dignità della donna. Le ragioni di un divieto che non confligge con la tutela del nato dalla pratica illecita*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 3/2023, 1258 ss.

<sup>8</sup> V. punto 5.5. del *Considerato in diritto*. Con questa [sentenza](#) la Corte ha dichiarato inammissibili le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 12, comma 6, legge n. 40 del 2004 e 18, d.P.R. n. 396 del 2000, e ha sollecitato il legislatore ad apprestare una disciplina per regolamentare le conseguenze giuridiche che ricadono



la [sentenza n. 79 del 2022](#), inoltre, ha affermato che «lo sforzo di arginare tale pratica (n.d.r. la pratica della maternità surrogata) [...] non consente di ignorare la realtà di minori che vivono di fatto in una relazione affettiva con il partner del genitore biologico»<sup>9</sup>.

Un principio analogo emerge dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale, a più riprese, ha affermato che la disapprovazione statale della pratica non può estendersi fino a negare tutela ai diritti fondamentali del minore<sup>10</sup>.

---

sul nato da maternità surrogata praticata all'estero. Per un approfondimento su questa pronuncia v. R. BIN, *Tecniche procreative, ordine pubblico, interesse del minore. Conclusioni*, in [BioLaw Journal](#), 3/2021, 145 ss.; nella stessa rivista v. anche G. FERRI, *Tecniche procreative, ordine pubblico e interesse del minore. Introduzione*, in [BioLaw Journal](#), 7 ss.; A. D'ALOIA, *Essere genitori. Tra limiti legislativi e interessi (fondamentali) del minore*, in [BioLaw Journal](#), 73 ss.; P. VERONESI, *Ancora sull'incerto mestiere del nascere e del diventare genitori: i casi di cui alle sentenze nn. 32 e 33 della Corte costituzionale*, in [BioLaw Journal](#), 483 ss. Si vedano inoltre S. AGOSTA, *Tra diritti e poteri: la surrogazione di maternità all'estero riletta alla luce degli insegnamenti di Alessandro Pizzorusso*, in [federalismi.it](#), 17/2021; E. MALFATTI, *La gestazione per altri, tra letture 'neutralizzanti' il fenomeno e tutela sovranazionale degli human rights*, cit.; A. RUGGERI, *La PMA alla Consulta e l'uso discrezionale della discrezionalità del legislatore (Nota minima a Corte cost. nn. 32 e 33 del 2021)*, in questa *Rivista*, [Studi 2021/I](#), 221-222; M. D'AMICO, *I diritti dei "diversi". Saggio sull'omosessualità*, in [Osservatorio AIC](#), 6/2021, 148 ss.; M. PICCHI, *La mancanza di dialogo fra legislatore e Corte costituzionale nella tutela del superiore interesse del minore*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 3/2024, 219 ss.; B. LIBERALI, *Il "requisito matrimoniale" per l'adozione a una svolta? Riflessioni sui modelli di genitorialità fra evoluzione del costume sociale e della tecnica*, in [Osservatorio AIC](#), 3/2024, 283 ss.; F. PATERNITI, *Status di figlio e limiti alle possibilità genitoriali delle coppie omoaffettive: lacune dell'ordinamento, attese legislative e (problematici) arresti giurisprudenziali*, in [Rivista AIC](#), 4/2021, 228 ss.; E. FRONTONI, *L'adozione in «casi particolari» non è più sufficiente per tutelare l'interesse dei minori nati attraverso la maternità surrogata*, in [Nomos](#), 2/2021; G. BARCELLONA, *Le "brutte bandiere": diritti, colpe e simboli nella giurisprudenza costituzionale in materia di GPA. Brevi note a margine di Corte cost. 33/2021*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 2/2021, 112 ss.

<sup>9</sup> V. punto 5.2.3. del Considerato in diritto. Per un approfondimento su questa pronuncia v. E. CRIVELLI, *La Corte costituzionale garantisce i rapporti di parentela a tutti i minori adottati: nota alla sentenza n. 79 del 2022*, in [Osservatorio AIC](#), 5/2022, 129 ss.; A. SCHILLACI, *Le gestazioni per altri: una sfida per il diritto*, in [BioLaw Journal](#), 1/2022, 49 ss.; F. RINALDI, *La vita che nasce, a proposito di gestazione per altri e vincoli di solidarietà: il duttile senso di umanità*, in [Dirittifondamentali.it](#), 2/2025; J. LONG, *"Best interests of the child", maternità per surrogazione e trascrizione degli atti di nascita stranieri*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 4/2023, 1091 ss.; M. C. ERRIGO, *Garantire le relazioni familiari. La decisione della Corte costituzionale n. 79/2022*, in [Osservatorio AIC](#), 3/2022, 330 ss.

<sup>10</sup> Nelle sentenze [Mennesson c. Francia](#) e [Labassee c. Francia](#), cit., la Corte di Strasburgo ha riscontrato una violazione dell'art. 8 CEDU in relazione al diritto delle minori al rispetto della loro vita privata, considerato che questo include il diritto di ogni individuo a stabilire la propria identità personale, compreso il rapporto di filiazione. Nel caso [Paradiso e Campanelli c. Italia](#) del 27 gennaio 2015 (ric. n. 25358/12), la Corte è stata chiamata a esaminare il rifiuto delle autorità italiane di trascrivere l'atto di nascita straniero di un minore nato a Mosca tramite maternità surrogata commerciale, ritenuto contrario all'ordine pubblico italiano, nonché la successiva decisione di allontanare il minore dalla coppia committente. La seconda sezione della Corte aveva inizialmente ritenuto che l'allontanamento costituisse una violazione dell'art. 8 CEDU, essendo una misura estrema che non rispondeva al superiore interesse del bambino. Tuttavia, la Grande Camera, riformando questa decisione, ha stabilito che le autorità italiane avevano agito correttamente nel bilanciare gli interessi in gioco, tutelando l'interesse del minore e prevenendo la cristallizzazione di una situazione familiare fraudolenta. La Corte ha quindi riconosciuto la legittimità dell'intervento dello Stato per evitare il consolidamento di rapporti familiari creati in violazione della normativa nazionale. Successivamente, nel parere consultivo del 2019, ha ulteriormente chiarito che, sebbene gli Stati membri mantengano un margine di apprezzamento sulle modalità di regolazione della maternità surrogata, essi devono garantire la tutela del rapporto tra il bambino e il genitore intenzionale. La Corte ha indicato che tale riconoscimento può avvenire tramite l'adozione o altri mezzi giuridici che permettano di tutelare il legame familiare senza compromettere il benessere del minore.



Su questa base, la Corte costituzionale ha individuato nell'adozione in casi particolari ex art. 44, comma 1, lett. d), l. n. 184/1983 uno strumento che consente di tutelare *ex post* i diritti del minore, pur senza legittimare la pratica<sup>11</sup>. Come precisato dalla sentenza n. 79 del 2022, l'istituto «*presuppone, infatti, un giudizio sul miglior interesse del minore e un accertamento sull'idoneità dell'adottante*», garantendo un riconoscimento del legame affettivo già consolidato senza automatismi che assecondino il mero desiderio di genitorialità<sup>12</sup>.

Il sistema costruito dalla giurisprudenza costituzionale si fonda su una logica di bilanciamento: da un lato, la ferma riprovazione della surrogazione come pratica lesiva dell'ordine pubblico; dall'altro, la necessità di tutelare comunque i diritti fondamentali del minore già nato. L'adozione in casi particolari rappresenta, in quest'ottica, un rimedio civilistico che consente di tutelare il nato pur nella disapprovazione della condotta.

Nel quadro appena descritto si inserisce la scelta legislativa di estendere la punibilità oltre confine, che sembra seguire una direzione diversa rispetto all'approccio giurisprudenziale. Mentre la Corte ha costruito un equilibrio che privilegia la tutela *ex post* del nato attraverso strumenti civilistici, il legislatore opta per un ampliamento della risposta penale *ex ante*.

La già citata logica del bilanciamento – che distingue nettamente tra riprovazione della pratica e protezione del minore – sembra così cedere il passo a un approccio che privilegia la deterrenza, con il rischio di compromettere proprio quella tutela del nato che la Corte ha ritenuto preminente.

### 3. Sulla ragionevolezza della disciplina.

<sup>11</sup> L'adozione in casi particolari ex art. 44, comma 1, lett. d), l. n. 184/1983 consente l'adozione del figlio del coniuge (o, dopo le recenti pronunce della Corte costituzionale, del convivente) anche in assenza dei presupposti tipici dell'adozione legittimante. A differenza dell'adozione piena, essa non recide i legami con la famiglia di origine e non richiede lo stato di abbandono. V. F. ASTONE, «Adozione in casi particolari» e «adozione»: un'assimilazione necessariamente parziale, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3/2022, 1701 ss.; E. FRONTONI, L'adozione in «casi particolari» non è più sufficiente per tutelare l'interesse dei minori nati attraverso la maternità surrogata, cit.

<sup>12</sup> V. punto 5.2.3. del *Considerato in diritto*. La Corte cita le sentenze [n. 32 del 2021](#), [n. 230 del 2020](#), [n. 221 del 2019](#), [n. 272 del 2017](#). Sul punto si rinvia alla trattazione di M. D'AMICO, *Il "reato universale" di maternità surrogata nei progetti di legge all'esame del Parlamento*, in *Osservatorio AIC*, 4/2023, 9. Si vedano inoltre le analisi di E. MESSINEO, *Gestazione per altri e integrazione dell'ordinamento*, in *Persona e Mercato*, 1/2024; M. PICCHI, *Il divieto per le coppie omosessuali di accedere alla PMA: la Corte costituzionale compie un'interpretazione autentica della pregressa giurisprudenza. (Riflessioni sulla sentenza n. 221/2019)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2/2020, 143 ss.; ID., *La tutela del rapporto di filiazione in caso di maternità surrogata: arresti giurisprudenziali e prospettive*, in [federalismi.it](#), 29/2020, 114 ss.; E. OLIVITO, *(Omo)genitorialità intenzionale e procreazione medicalmente assistita nella sentenza n. 230 del 2020: la neutralità delle liti strategiche non paga*, in *Osservatorio AIC*, 2/2021, 137 ss.; N. CANZIAN, E. LAMARQUE, *Due pesi e due misure. I Trattati internazionali sui diritti umani e gli "altri" obblighi internazionali secondo i giudici italiani*, in *Rivista AIC*, 3/2020, 373 ss.; A. GIUBILEI, *L'aspirazione alla genitorialità delle coppie omosessuali femminili. Nota alla sentenza n. 230 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Nomos*, 3/2020; G. MARAZZITA, *L'inviolabilità del corpo come antagonista della grundnorm. Libertà personale e forma di Stato*, in [federalismi.it](#), 11/2021, 86 ss.; F. MANNELLA, *Oltre un serio avvertimento al legislatore? La Corte costituzionale e la nuova categoria di "nati non riconoscibili" Nota alla sentenza n.32 del 2021 della Corte costituzionale*, in *Nomos*, 1/2021; N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in [federalismi.it](#), 3/2021, 86 ss.; L. CAROTA, *CorteEDU e tutela del rapporto con il genitore "d'intenzione" nelle coppie dello stesso sesso*, in [federalismi.it](#), 20/2023, 24 ss.



L'estensione della punibilità operata dalla legge n. 169 del 2024 richiede una verifica di compatibilità con il principio di ragionevolezza quale parametro del giudizio di costituzionalità<sup>13</sup>. La giurisprudenza costituzionale interpreta la ragionevolezza come un criterio di controllo della discrezionalità legislativa, richiedendo coerenza logica delle scelte, proporzionalità rispetto agli obiettivi perseguiti e adeguatezza degli strumenti utilizzati<sup>14</sup>.

In origine, tale scrutinio si limitava ai casi di manifesta irragionevolezza, caratterizzati da un divario sanzionatorio "grave ed evidente"<sup>15</sup>; successivamente, la Corte costituzionale ne ha ampliato l'ambito, estendendolo alle disarmonie sistemiche, alle incoerenze interne tra le diverse componenti della norma e all'inadeguatezza dello strumento prescelto rispetto al fine dichiarato<sup>16</sup>.

Il presente lavoro proseguirà sottoponendo l'intervento normativo a un vaglio di ragionevolezza articolato su quattro profili. Sul piano formale, il principio di legalità, nella sua declinazione di

---

<sup>13</sup> Si veda l'analisi di F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007. In particolare, a pag. 54 ss. si legge che il principio di ragionevolezza si configura come un metodo ermeneutico di natura problematica che, non identificandosi con il contenuto di alcun principio costituzionale specifico, concerne il modo in cui si interpreta e si valuta il rapporto tra norme legislative e norme o principi costituzionali. Senza pretesa di esaustività, si rinvia, tra i molti contributi sul tema, a G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, Einaudi, 1992; A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Giuffrè, Milano, 2001; AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale: riferimenti comparatistici: atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 13 e 14 ottobre 1992*, Giuffrè, Milano, 1994; R. BIN, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in *Corte costituzionale e principio di eguaglianza*, in [Diritto & Questioni pubbliche](#), 2/2002; O. CHESSA, *Ragionevolezza e costituzione*, in S. Pajno, G. Verde (a cura di), *Alla ricerca del diritto ragionevole*, Giappichelli, Torino, 2004; G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2000; S. LEONE, *Sindacato di ragionevolezza e quantum della pena nella giurisprudenza costituzionale*, in [Rivista AIC](#), 4/2017.

<sup>14</sup> V. Corte cost., sent. [n. 1130 del 1988](#), secondo cui «il giudizio di ragionevolezza, lungi dal comportare il ricorso a criteri di valutazione assoluti e astrattamente prefissati, si svolge attraverso ponderazioni relative alla proporzionalità dei mezzi prescelti dal legislatore nella sua insindacabile discrezionalità rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare o alle finalità che intende perseguire». Sul punto si veda l'analisi del Servizio Studi della Corte costituzionale, nel quaderno dal titolo *I principi di proporzionalità e ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale, anche in rapporto alla giurisprudenza delle Corti europee*. Nel testo si legge che difetta la ragionevolezza quando «la legge manca il suo obiettivo e tradisce la sua ratio» (sent. [n. 43 del 1997](#)), benché non ogni incoerenza rilevi ai fini dello scrutinio (sent. [n. 434 del 2002](#)). La coerenza, si precisa, deve essere valutata non solo all'interno dei singoli comparti normativi, ma con riguardo all'intero sistema (sent. [n. 84 del 1997](#)), potendo il controllo evidenziare distonie sistemiche (sentt. [nn. 3 e 26 del 2007](#)). La ragionevolezza si manifesta altresì come non arbitrarietà: la scelta legislativa deve essere sostenuta da una ragione giustificatrice sufficiente e non costituzionalmente intollerabile (sent. [n. 206 del 1999](#)).

<sup>15</sup> V. sentenza [n. 409 del 1989](#), per un commento si veda F. MODUGNO, R. D'ALESSIO, *Verso una soluzione legislativa del problema dell'obiezione di coscienza? Note in margine alla più recente giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Giur. it.*, 1990, IV, 97 ss.; S. LEONE, *Sindacato di ragionevolezza e quantum della pena nella giurisprudenza costituzionale*, cit.

<sup>16</sup> V. sentenze [n. 341 del 1994](#); [n. 68 del 2012](#); [n. 222 del 2018](#); [n. 40 del 2019](#). Per un commento si veda G. P. DOLSO, *Principio di eguaglianza e diritto penale Osservazioni a partire dalla recente giurisprudenza costituzionale*, in questa *Rivista*, *Studi 2015/III*, 745-769; P. CARNEVALE, *Tre variazioni sul tema dei rapporti corte costituzionale-legislatore rappresentativo*, in *Nomos*, n. 3/2023; M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in [Rivista AIC](#), 2/2019, 644 ss.; A. SPADARO, *I limiti "strutturali" del sindacato di costituzionalità: le principali cause di inammissibilità della q.l.c.*, in [Rivista AIC](#), 4/2019, 145 ss.



determinatezza e prevedibilità della norma penale, assicura che il precetto sia conoscibile e consenta al consociato di orientare le proprie condotte, prevenendo l'arbitrio interpretativo.

Accanto a esso opera il principio di colpevolezza, il quale, nella prospettiva extraterritoriale, è posto a fondamento del criterio della doppia incriminazione, che garantisce la coerenza e la razionalità della responsabilità personale.

Sul piano sostanziale, il controllo di ragionevolezza si apre con la verifica del principio di offensività, che delimita il novero dei fatti punibili escludendo condotte prive di effettiva lesione di beni giuridici; esso prosegue con i principi di *extrema ratio* e proporzionalità, che richiedono che la sanzione penale costituisca uno strumento necessario e adeguato rispetto alla gravità del fatto e alle finalità di prevenzione e rieducazione.

### 3.1. Il principio di legalità: la determinatezza della fattispecie.

L'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004 presenta, già nel suo testo originario, criticità sul piano della determinatezza del precetto penale, che l'estensione della punibilità oltre i confini nazionali ha ulteriormente accentuato.

Una disposizione penale formulata in termini generici o ambigui può risultare costituzionalmente illegittima per violazione del principio di determinatezza – componente essenziale del principio di legalità sancito dall'art. 25, secondo comma, Cost. – poiché tale indeterminatezza incide sulla razionalità intrinseca della scelta legislativa, rendendola irragionevole rispetto ai canoni di coerenza e prevedibilità che la Costituzione esige<sup>17</sup>. Come la Consulta ha ricordato nella sentenza n. 110 del 2023, le norme «*irrimediabilmente oscure*» si pongono in contrasto con il canone di ragionevolezza della legge di cui all'art. 3 Cost., quando producono un'intollerabile incertezza nella loro applicazione concreta<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> La connessione tra indeterminatezza del precetto e lesione del principio di ragionevolezza è stata costantemente ribadita dalla giurisprudenza. V. Corte cost., [sent. n. 185 del 1992](#) (punto 2 del Considerato in diritto), secondo cui un errore materiale di redazione del testo legislativo «*introduce nella formulazione letterale della disposizione un elemento certo, pur se involontario, di irrazionalità e di contraddittorietà rispetto al contesto normativo in cui la disposizione è inserita e come tale determina anche una violazione di quel canone di coerenza delle norme che è espressione del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione*». Nello stesso senso, v. Corte cost., [n. 370 del 1996](#), che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 708 c.p. «*per violazione degli artt. 25 e 3 Cost.*», motivando la decisione tanto con il deficit di tassatività della disposizione, quanto con l'irragionevolezza della scelta legislativa. Sul principio di determinatezza nella giurisprudenza costituzionale, v. tra i molti: A. BONOMI, *Il principio di determinatezza delle fattispecie criminose: un parametro costituzionale sempre più "inesistente"*, in [Rivista AIC](#), 4/2020, 140 ss.; L. DI MAJO, *Una legge "radicalmente oscura" è incompatibile con la Costituzione. Nota a Corte cost., sent. n. 110/2023*, in questa [Rivista](#), [Studi 2023/II](#), 715 ss.; M. MILANESI, *L'incostituzionalità delle "disposizioni irrimediabilmente oscure". Riflessioni a margine di Corte cost., sent. n. 110/2023*, in questa [Rivista](#), [Studi 2023/II](#), 726 ss.

<sup>18</sup> Punto 4.3.3. del Considerato in diritto: «*disposizioni irrimediabilmente oscure, e pertanto foriere di intollerabile incertezza nella loro applicazione concreta, si pongano in contrasto con il canone di ragionevolezza della legge di cui all'art. 3 Cost.*». La sentenza prosegue affermando che «*una norma radicalmente oscura, d'altra parte, vincola in maniera soltanto apparente il potere amministrativo e giudiziario, in violazione del principio di legalità e della stessa separazione dei poteri; e crea inevitabilmente le condizioni per un'applicazione diseguale della legge, in violazione di quel principio di parità di trattamento tra i consociati, che costituisce il cuore della garanzia consacrata nell'art. 3 Cost.*». La sentenza chiarisce inoltre che, sebbene l'esigenza di rispetto di



Il principio di determinatezza della legge penale assolve a una duplice funzione di garanzia. Da un lato, tutela il cittadino, che deve poter prevedere con ragionevole certezza se un comportamento sia lecito o penalmente rilevante, orientando così in modo consapevole le proprie scelte di vita<sup>19</sup>. Dall'altro, vincola il giudice, limitandone la discrezionalità interpretativa e impedendo che l'individuazione del contenuto del precetto sia rimessa a una valutazione creativa dell'interprete<sup>20</sup>.

Nel caso dell'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, i profili problematici sul versante della determinatezza emergono già nella formulazione originaria della norma. La disposizione punisce «*chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la surrogazione di maternità*», senza tuttavia fornire una definizione legislativa dell'espressione "surrogazione di maternità" e senza specificare quali pratiche rientrino nel suo ambito applicativo.

La norma non distingue tra surrogazione di maternità commerciale – caratterizzata dal pagamento di un corrispettivo economico alla gestante – e surrogazione altruistica o solidale – in cui la donna acconsente gratuitamente a portare avanti la gravidanza, ricevendo al più un mero rimborso delle

---

*standard minimi di intelligibilità «va certo assicurata con particolare rigore nella materia penale, dove è in gioco la libertà personale del consociato»*, essa non si limita a tale ambito, estendendosi a tutte le ipotesi in cui «*la legge conferisca all'autorità pubblica il potere di limitare i suoi diritti fondamentali*». Per un approfondimento sulla pronuncia v. A. M. NICO, A. BONOMI, *La legge oscura: come, quando e perché*, in [federalismi.it](#), 10/2025, 142 ss.; A. RUGGERI, *La "radicale oscurità" delle leggi e il "riaccentramento" del giudizio di costituzionalità volto ad accertarla*, in [Rivista del Gruppo Pisa](#), 2/2024, 143 ss.; T. E. FROSINI, *Le criticità della legislazione e qualche rimedio*, in [federalismi.it](#), 6 marzo 2024, 2 ss.; S. SCAGLIARINI, *La Corte e la tecnica legislativa*, in questa [Rivista, Studi 2023/III](#), 832 ss.; A. BONOMI, *La forma è sostanza: quando una legge è irrimediabilmente oscura e come tale incostituzionale?*, in questa [Rivista, Studi 2024/I](#), 166-205; A. CIANCIO, *Procedimento legislativo ordinario e sindacato di costituzionalità: avanti a piccoli passi*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 1/2025, 20 ss.; I.A. NICOTRA, *Indagine conoscitiva sui profili critici della produzione normativa e proposte per il miglioramento della qualità della legislazione*, in questa [Rivista, Studi 2024/III](#), 1023 ss.

<sup>19</sup> La [sentenza n. 185 del 1992](#) afferma che i requisiti di «*riconoscibilità e intellegibilità del precetto penale*» devono essere valutati anche in relazione alla «*sicurezza giuridica dei cittadini*». V. punto 2 del *Considerato in diritto*. Per un approfondimento su questo concetto v. R. BIN, *Il diritto alla sicurezza giuridica come diritto fondamentale*, in [federalismi.it](#), 17/2018, 2 ss.

<sup>20</sup> La Corte censurò la norma proprio perché, a causa dell'imprecisione dei suoi elementi descrittivi, essa non consentiva di accertare in modo oggettivo e verificabile la condotta, rimettendo di fatto al giudice la creazione della fattispecie. Il parallelismo con la genericità del termine surrogazione di maternità, non ulteriormente specificato dal legislatore, appare pertinente per evidenziare il rischio di un'analogia indeterminata. La giurisprudenza costituzionale ha progressivamente chiarito i criteri di valutazione della determinatezza, distinguendo tra vaghezza assoluta – che rende la norma costituzionalmente illegittima – e margini di elasticità fisiologica, connaturati all'uso del linguaggio giuridico e alla necessità di adattare la fattispecie astratta alla varietà delle situazioni concrete. Il confine tra determinatezza costituzionalmente sufficiente e indeterminata invalidante si individua verificando se il destinatario della norma sia posto in grado di conoscere quali comportamenti siano penalmente sanzionati. Inizialmente la [sentenza n. 96 del 1981](#) ha dichiarato l'illegittimità della norma sul plagio per la sua «*vaghezza assoluta*», affermando il principio secondo cui la legge penale deve consentire al cittadino di prevedere le conseguenze della propria condotta, evitando di rimettere all'arbitrio dell'autorità giudiziaria la sua concreta applicazione; con la successiva [sentenza n. 364 del 1988](#) la Corte ha posto in relazione la determinatezza con il principio di colpevolezza, valorizzando l'esigenza di prevedibilità soggettiva del precetto. In una fase successiva, la giurisprudenza ha riconosciuto che una certa elasticità del linguaggio normativo è fisiologica e non comporta di per sé violazione dell'art. 25, co. 2, Cost., purché la norma risulti prevedibile attraverso l'interpretazione giurisprudenziale consolidata e il contesto normativo complessivo (sentt. [n. 327 del 2008](#), [n. 282 del 2010](#)).

spese sostenute<sup>21</sup>. Il diverso grado di riprovevolezza etica e sociale delle due pratiche suggerirebbe una differenziazione sul piano della rilevanza penale: mentre la surrogazione commerciale configura una chiara mercificazione del corpo femminile e della procreazione, quella altruistica – spesso realizzata tra persone legate da vincoli familiari o affettivi – potrebbe essere ricondotta a una dimensione di solidarietà umana<sup>22</sup>.

La rilevanza giuridica di tale distinzione emerge da recenti atti normativi: il disegno di legge n. 1087 del 2024, in lettura al Senato, propone di consentire la maternità surrogata “solidale e altruistica”, escludendo ogni forma di compenso economico e configurando così una fattispecie distinta dalla surrogazione commerciale<sup>23</sup>. Questa iniziativa legislativa conferma che le due pratiche presentano un diverso disvalore, tale da giustificare differenti scelte di criminalizzazione.

<sup>21</sup> Per un’analisi dei confini applicativi del divieto v. A. ALBERTI, *La vita nella Costituzione*, Jovene Editore, 2021, pp. 203 ss.; F. ANGELINI, *Bilanciare insieme verità di parto e interesse del minore la corte costituzionale in materia di maternità surrogata mostra al giudice come non buttare il bambino con l’acqua sporca*, cit., 153 ss.; E. OLIVITO, *Di alcuni fraintendimenti intorno alla maternità surrogata. Il giudice soggetto alla legge e l’interpretazione para-costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2/2018, 1 ss.; A. D’ALOIA, *Serve davvero il ‘reato universale’ di maternità surrogata?*, cit., viii; E. Malfatti, *La gestazione per altri, tra letture ‘neutralizzanti’ il fenomeno e tutela sovranazionale degli human rights*, cit., 393; M. D’AMICO, *Il “reato universale” di maternità surrogata nei progetti di legge all’esame del Parlamento*, cit., 26; F. FILICE, *La nuova incriminazione della gestazione per altri. Problematiche definitorie e interpretative*, cit., 5; G. L. GATTA, *Surrogazione di maternità come “reato universale”? A proposito di tre proposte di legge all’esame del parlamento*, cit., 153 ss.

<sup>22</sup> S. NICCOLAI, *Alcune note intorno all’estensione, alla fonte e alla ratio del divieto di maternità surrogata in Italia*, in *Genius*, 2/2017, 51. Parte della dottrina ha sostenuto che una donna impossibilitata ad avere figli possa chiedere a una persona cara di portare a termine la gravidanza per motivi legati a un rapporto affettivo, e che tale condotta non presenti la stessa lesività della dignità femminile riscontrabile nella surrogazione commerciale, che riduce la gestazione a una prestazione economica. Un precedente particolarmente significativo è rappresentato dalla legge 26 giugno 1967, n. 458, che ha sancito la liceità del trapianto di rene tra vivi, derogando al divieto previsto dall’art. 5 c.c., secondo il quale gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando comportano una diminuzione permanente dell’integrità fisica. Anche nel caso in cui la maternità surrogata sia ispirata a finalità altruistiche, l’invocazione del principio di solidarietà come fondamento normativo può risultare problematica. Piuttosto che configurarla come un dovere giuridico, sarebbe più coerente valorizzare l’autonomia della persona nell’assumere liberamente scelte solidali. In tal modo, la solidarietà conserva una funzione orientativa e promozionale, senza comprimere la libertà individuale. Sul punto v. A. MANNA, *Rilievi critici sulla penale rilevanza tout court della maternità surrogata e sulle proposte governative di qualificarla come “reato universale”*, in *Sistema Penale*, 18 luglio 2023.

<sup>23</sup> Disegno di legge n. 1087, XVIII Legislatura, *Disposizioni concernenti la gravidanza per altri solidale e altruistica*, presentato al Senato della Repubblica il 28 marzo 2024. Il 7 maggio 2024 è stato assegnato alla Commissione competente al Senato, ma non risulta ancora l’avvio dell’esame in Aula. Il testo, pur rappresentando un orientamento non maggioritario nel dibattito parlamentare, evidenzia la rilevanza giuridica della distinzione tra forme commerciali e altruistiche della pratica sul piano delle scelte di criminalizzazione. Invero, anche il recente testo di compromesso approvato a Strasburgo per la riforma della direttiva sul traffico di esseri umani include la maternità surrogata solo qualora ci sia stata una qualche forma di sfruttamento. Questo significa che la pratica in sé non costituisce reato, salvo i casi in cui sia possibile dimostrare l’esistenza di sfruttamento o coercizione nei confronti della donna. Pertanto, la maternità surrogata solidale verrebbe esclusa da sanzioni penali, mentre quella commerciale richiederebbe un esame specifico della legislazione dello Stato estero in cui la pratica ha avuto luogo, per valutare la presenza di adeguate garanzie economiche, sanitarie e giuridiche per la madre gestante. Sul punto si veda Posizione del Parlamento Europeo, definita in prima lettura il 23 aprile 2024 in vista dell’adozione della direttiva (UE) 2024 del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la direttiva 2011/36/UE concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime (EP-PE\_TC1-COD(2022)0426). Per un ulteriore approfondimento, v. anche F. FILICE, *La nuova incriminazione della gestazione per altri. Problematiche definitorie e interpretative*, cit., 5.



Tuttavia, questa distinzione non trova alcun riscontro nella formulazione normativa vigente, che incrimina in termini indifferenziati ogni forma di surrogazione, a prescindere dalla presenza o meno di un corrispettivo economico e dalle modalità concrete di realizzazione della pratica<sup>24</sup>.

La genericità del divieto sembra derivare dall'incertezza circa il bene giuridico tutelato. La dottrina si interroga se l'interesse protetto sia la dignità della donna gestante, compromessa da una strumentalizzazione del corpo femminile, oppure un più ampio concetto di ordine pubblico o di politiche familiari volto a preservare il modello di genitorialità riconosciuto dall'ordinamento<sup>25</sup>.

In questa seconda ipotesi, la fattispecie rischia di configurarsi come una norma a contenuto prevalentemente etico-sociale, priva di un nucleo di offensività concretamente accertabile. Se invece si individua il bene giuridico nella dignità della gestante, si pone il problema – che sarà di seguito approfondito – di accertare se tale dignità possa considerarsi lesa anche quando la condotta si svolge all'interno di un quadro normativo estero che prevede garanzie e tutele per la donna stessa<sup>26</sup>.

Infatti, l'estensione della punibilità alle condotte realizzate all'estero amplifica i problemi di determinatezza già presenti nella fattispecie originaria, imponendo al cittadino italiano di prevedere le conseguenze penali della propria condotta anche quando si trovi in un ordinamento che considera lecita e regolamentata la pratica.

La vaghezza dell'espressione "surrogazione di maternità", unita all'assenza di distinzione tra forme commerciali e altruistiche, si riflette con particolare intensità nel contesto dell'applicazione extraterritoriale: il cittadino deve domandarsi non solo se la condotta concreta rientri nel perimetro della nozione italiana, ma anche se il divieto si estenda a pratiche esplicitamente disciplinate e autorizzate da altri ordinamenti. Quando la pratica è regolamentata con garanzie pubbliche nello Stato estero, l'incertezza sulla portata del divieto italiano può compromettere la sicurezza giuridica e la possibilità del cittadino di distinguere tra condotte lecite e illecite.

### **3.2. Estensione territoriale e ragionevolezza: la doppia incriminazione come limite costituzionale implicito.**

Dall'analisi precedente emerge che l'indeterminatezza della fattispecie incide sulla prevedibilità delle conseguenze penali, poiché non consente al cittadino di individuare con certezza quali

---

<sup>24</sup> Si veda l'analisi di A. ALBERTI, *La vita nella Costituzione*, cit., 209, la quale afferma che il divieto deve ritenersi esteso anche alla c.d. "surrogazione per prossimità", basata «su relazioni di parentela, amicizia, cuginanza o vicinanza tra la coppia committente e la madre gestazionale».

<sup>25</sup> Per una disamina delle diverse possibili letture del bene giuridico tutelato, si vedano, tra gli altri, A. MANNA, *Rilievi critici sulla penale rilevanza tout court della maternità surrogata e sulle proposte governative di qualificarla come "reato universale"*, cit., che discute la tensione tra la tutela della dignità e la pretesa di imporre un modello etico; e M. D'AMICO, *Il "reato universale" di maternità surrogata nei progetti di legge all'esame del Parlamento*, cit., che evidenzia il carattere prevalentemente simbolico dell'interesse protetto. Si veda inoltre G. FIANDACA, *Il "bene giuridico" tra politica criminale e dogmatica*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2004, 385 ss.; S. NICCOLAI, *Alcune note intorno all'estensione, alla fonte e alla ratio del divieto di maternità surrogata in Italia*, cit., 55 ss.

<sup>26</sup> La questione è posta in termini problematici da F. FILICE, *La nuova incriminazione della gestazione per altri. Problematiche definitorie e interpretative*, cit., 4, il quale sottolinea come «il coinvolgimento attivo di istituzioni come il sistema sanitario e gli uffici anagrafici» negli ordinamenti esteri che regolamentano la pratica renda difficile configurare una lesione della dignità della gestante, specialmente in assenza di sfruttamento.

comportamenti siano vietati. L'estensione della punibilità alle condotte realizzate all'estero accentua tale criticità: anche laddove l'ambito del divieto sia conoscibile, resta incerta la rimproverabilità nei confronti di chi agisce in conformità alla legge del luogo.

Infatti, la nuova disciplina estende la sovranità punitiva italiana a condotte poste in essere in Stati che non solo non le considerano reato, ma le disciplinano positivamente come pratiche lecite, con il coinvolgimento attivo delle autorità pubbliche e un articolato sistema di garanzie. Si inserisce in questo contesto la questione della doppia incriminazione: il principio secondo cui una condotta può essere punita dallo Stato italiano solo se costituisce reato anche nell'ordinamento del luogo in cui è stata commessa<sup>27</sup>.

L'art. 9 c.p., che disciplina i delitti comuni del cittadino commessi all'estero, non menziona espressamente tale requisito. La norma stabilisce che il cittadino è punito secondo la legge italiana quando commette all'estero un delitto per il quale la stessa legge prevede l'ergastolo o la reclusione non inferiore nel minimo a tre anni, purché si trovi nel territorio dello Stato; per i delitti puniti con pena inferiore, serve una richiesta del Ministro della giustizia ovvero l'istanza o la querela della persona offesa<sup>28</sup>.

Il silenzio del legislatore ha dato origine a un dibattito sulla sussistenza di un requisito implicito di doppia incriminazione. Secondo un orientamento, tale principio andrebbe dedotto da una lettura sistematica del Codice penale e troverebbe conferma nei lavori preparatori, dove si legge che «è necessario che il fatto costituisca reato anche secondo la legge del luogo in cui fu commesso»<sup>29</sup>. La giurisprudenza di legittimità ha in alcune occasioni riconosciuto la rilevanza del principio di doppia incriminazione, affermando che «in tema di reati commessi all'estero, al di fuori dei casi tassativamente indicati all'art. 7 c.p., è indispensabile che tali reati siano punibili come illeciti penali, oltre che dalla legge italiana, anche dall'ordinamento del luogo in cui sono stati consumati»<sup>30</sup>.

Al di là del dibattito sull'interpretazione dell'art. 9 c.p., ciò che assume rilevanza costituzionale è verificare se l'estensione della punibilità in assenza di doppia incriminazione si ponga in tensione con il principio di colpevolezza sancito dall'art. 27, primo comma, Cost.

La Corte costituzionale, con la fondamentale [sentenza n. 364 del 1988](#), ha chiarito che tale principio impone non solo che la responsabilità penale non possa essere oggettiva, ma anche che la censura penale presupponga la rimproverabilità soggettiva della condotta, intesa come possibilità per l'agente di conformare il proprio comportamento al precetto normativo. Nella sentenza, la Consulta ha affermato che «La colpevolezza [...] va, pertanto, arricchita, in attuazione dell'art. 27, primo

<sup>27</sup> La Commissione ministeriale per la riforma del Codice penale, nella relazione del 16 marzo 2023, ha affermato che «si è inserito esplicitamente il principio della doppia incriminazione, anche quale tutela, seppur di riflesso, del principio di legalità: lo straniero, infatti, deve essere posto in grado di sapere che il fatto costituisce illecito penale nel luogo dove lo ha commesso. Ne consegue che la doppia incriminazione deve essere prevista anche per i reati commessi all'estero dal cittadino». Per un approfondimento v. M. D'AMICO, *Il "reato universale" di maternità surrogata nei progetti di legge all'esame del Parlamento*, [cit.](#), 17; L. PICOTTI, *Il mandato d'arresto europeo tra principio di legalità e doppia incriminazione*, in M. Bargis, E. Selvaggi (a cura di), *Mandato d'arresto europeo. Dall'estradizione alle procedure di consegna*, Giappichelli, Torino, 2005.

<sup>28</sup> Sul punto si veda il paragrafo 2 con riferimento all'opportunità di subordinare l'azione penale alla richiesta del Ministro della Giustizia.

<sup>29</sup> Lav. prep. Cod. Pen e Cod. proc. pen., vol. V, pt. I, 1929, 36.

<sup>30</sup> Cass., sez. I pen., n. 38401 del 2002. Questo principio è stato ripreso anche da successive sentenze quali Cass., Sez. III pen., n. 21997 del 2018 e Cass., Sez. VI pen., n. 7527 del 2021.





*e terzo comma, Cost., fino ad investire, prima ancora del momento della violazione della legge penale nell'ignoranza di quest'ultima, l'atteggiamento psicologico del reo di fronte ai doveri d'informazione o d'attenzione sulle norme penali, doveri che sono alla base della convivenza civile»<sup>31</sup>.*

Questo principio, come elaborato dalla Corte costituzionale, impone di valutare il comportamento del soggetto anche in relazione al contesto normativo in cui ha agito e, eventualmente, valutarne la rimproverabilità.

Quando il cittadino agisce in uno Stato che disciplina positivamente la condotta, garantendo un sistema di tutele pubbliche, si può ritenere che l'obbligo di informazione sulla legge penale italiana risulti attenuato. Non si tratta di un caso in cui il soggetto ignora colpevolmente una norma penale che avrebbe dovuto conoscere, ma di una situazione in cui egli confidava ragionevolmente nella liceità della propria condotta sulla base dell'ordinamento del luogo.

Possiamo ritenere, dunque, che il coinvolgimento delle autorità pubbliche estere costituisca un elemento decisivo ai fini della valutazione della rimproverabilità soggettiva. Le coppie italiane che ricorrono alla surrogazione di maternità scelgono Paesi dove la pratica non è semplicemente "non punita" o "tollerata"<sup>32</sup>. In questi ordinamenti, la gestazione per altri è oggetto di una disciplina positiva che: riconosce espressamente la legittimità della pratica; ne regola presupposti, modalità ed effetti; prevede il coinvolgimento di autorità pubbliche (tribunali, uffici dello stato civile, strutture sanitarie); istituisce meccanismi di tutela della gestante<sup>33</sup>.

Quando il cittadino agisce all'interno di un quadro normativo che non solo consente ma disciplina compiutamente la condotta, fornendo garanzie procedurali, la sua posizione è diversa rispetto a chi realizza un comportamento semplicemente "non punito". Questo coinvolgimento istituzionale manifesta una precisa volontà dell'ordinamento di assumere la responsabilità della regolamentazione, disciplinando attivamente la pratica. La giurisprudenza di legittimità ha riconosciuto la rilevanza di questo profilo proprio in relazione alla maternità surrogata. Nella sentenza n. 13525 del 2016, relativa a un caso di maternità surrogata realizzata in Ucraina<sup>34</sup>, la Corte

---

<sup>31</sup> V. punto 2.3 del *Considerato in diritto*. Anche la [sentenza della Consulta n. 1085 del 1988](#) ha confermato la valenza costituzionale del principio di colpevolezza come limite alla responsabilità oggettiva, escludendo che possa esservi pena senza dolo o colpa.

<sup>32</sup> In molti ordinamenti, infatti, la surrogazione di maternità coinvolge attivamente istituzioni come il sistema sanitario e gli uffici anagrafici, che operano per facilitare la registrazione degli atti di nascita, riflettendo un sostegno giuridico e amministrativo alla pratica. Negli Stati Uniti (California) la surrogazione è regolamentata dal sistema giudiziario, che approva preventivamente gli accordi verificando il consenso libero e informato della gestante. In Canada, la legge federale consente la surrogazione altruistica con controlli delle autorità sanitarie pubbliche sul procedimento medico. In Ucraina, il Codice della famiglia riconosce espressamente la maternità surrogata. In Grecia, l'autorizzazione giudiziale preventiva costituisce condizione di legittimità della pratica. Sul punto v. F. FILICE, *La nuova incriminazione della gestazione per altri. Problematiche definitorie e interpretative*, [cit.](#), 4.

<sup>33</sup> Per un'analisi in prospettiva comparata v. C. DANISI, *Maternità surrogata come reato "universale": considerazioni di diritto internazionale e dell'Unione europea*, in [GenIUS](#), 20 febbraio 2024; A. D'ALOIA, *Serve davvero il 'reato universale' di maternità surrogata?*, [cit.](#), xi.; M. D'AMICO, *Il "reato universale" di maternità surrogata nei progetti di legge all'esame del Parlamento*, [cit.](#), 26 ss.; M. G. RODOMONTE, *Brevi note sulle recenti "norme in materia di contrasto alla surrogazione di maternità"*, in [Lecostituzionaliste](#), ottobre 2024.

<sup>34</sup> Il caso riguardava una coppia italiana eterosessuale che era ricorsa alla tecnica della gestazione per altri in Ucraina, nel 2014; tecnica con la quale era nato il minore poi trasferitosi in Italia con i genitori (il padre in qualità di genitore biologico, in quanto donatore del seme, e la madre in qualità di genitrice intenzionale, in quanto

di cassazione ha ritenuto scusabile l'ignoranza della legge penale italiana da parte dei ricorrenti, affermando che la questione della doppia incriminabilità «*assume sicuro rilievo, ai fini della consapevolezza della penale perseguibilità della condotta* ([Corte cost., 24/03/1988, n. 364](#)), in quanto l'errore investe la portata applicativa del menzionato art. 9 c.p.»<sup>35</sup>. Tale pronuncia ha riconosciuto che l'assenza di doppia incriminazione incide sulla rimproverabilità soggettiva della condotta, configurando un errore scusabile sulla portata applicativa della legge penale italiana.

In tal senso si è espressa anche la Corte europea dei diritti dell'uomo che, nel valutare la compatibilità del divieto di surrogazione con l'art. 8 CEDU, ha attribuito rilievo alla conformità della condotta all'ordinamento del luogo di nascita<sup>36</sup>. La liceità della pratica nello Stato estero è stata considerata elemento determinante nel bilanciamento tra margine di apprezzamento statale e tutela dei diritti fondamentali, confermando che il contesto normativo incide sulla prevedibilità e, dunque, sulla rimproverabilità della condotta<sup>37</sup>.

La giurisprudenza della Corte EDU dimostra che nel contesto europeo la liceità della maternità surrogata in altri ordinamenti democratici riflette scelte normative legittime, rispettose dei diritti fondamentali secondo l'interpretazione della Convenzione<sup>38</sup>. Se anche la Corte EDU ha riconosciuto che la liceità della surrogazione in altri ordinamenti genera diritti fondamentali in capo al minore che gli Stati contraenti sono tenuti a rispettare ai sensi dell'art. 8 CEDU, tale circostanza dovrebbe essere tenuta in considerazione dal legislatore italiano nell'esercizio della propria discrezionalità in materia di politica criminale. La scelta di estendere la punibilità a fatti commessi in ordinamenti che non li qualificano come illeciti solleva, inoltre, il dubbio che la sanzione penale colpisca comportamenti privi di reale lesione di beni giuridici costituzionalmente protetti.

### 3.3. Sull'offensività della condotta.

Il successivo profilo di analisi attiene al principio di offensività, quale parametro del giudizio di ragionevolezza in materia penale. Tale principio, sebbene privo di espressa previsione costituzionale, è stato progressivamente utilizzato dalla Consulta per verificare la razionalità delle scelte incriminatrici, in relazione alla tutela della libertà personale<sup>39</sup>.

---

gli ovuli utilizzati per l'impianto provenivano da una donatrice esterna e la gravidanza era stata condotta e portata a termine da una madre surrogata). Entrambi i genitori, rientrati in Italia, erano stati sottoposti a processo in forza di una richiesta presentata da un sottosegretario di Stato su delega del ministro.

<sup>35</sup> V. punto 2 del Considerato in diritto. Si veda anche il *Dossier* del Servizio Studi del Senato sull'A.S. n. 824, [cit.](#), 9.

<sup>36</sup> Sul rilievo attribuito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo alla conformità della filiazione alla legge dello Stato di nascita, v. Corte EDU, [Mennesson c. Francia](#), cit., e [Labassee c. Francia](#), cit.

<sup>37</sup> A. D'ALOIA, *Serve davvero il 'reato universale' di maternità surrogata?*, [cit.](#), x.

<sup>38</sup> Quando un ordinamento disciplina la surrogazione in modo conforme ai principi della Convenzione – garantendo il consenso libero e informato della gestante, prevedendo tutele adeguate, assicurando il superiore interesse del minore – tale scelta rientra nel margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati e non può essere considerata contraria ai valori fondamentali condivisi a livello europeo. V. C. DANISI, *Maternità surrogata come reato "universale": considerazioni di diritto internazionale e dell'Unione europea*, [cit.](#), *passim*.

<sup>39</sup> La stessa giurisprudenza costituzionale ha prevalentemente utilizzato il principio come criterio ermeneutico, piuttosto che come parametro autonomo di legittimità, richiamandolo in funzione di verifica della ragionevolezza e proporzionalità della scelta legislativa (v. sentt. [n. 333 del 1991](#), [n. 360 del 1995](#), [n. 263 del](#)



Come chiarito dalla Corte nella [sentenza n. 62 del 1986](#) «può certo discutersi sulla costituzionalizzazione o meno del principio d'offensività: ma che lo stesso principio debba reggere ogni interpretazione di norme penali è ormai canone unanimemente accettato»<sup>40</sup>. È con la sentenza n. 333 del 1991 che la Corte costituzionale ha affermato, in termini espressi, che il fatto previsto dalla norma penale deve presentare un contenuto di lesività, almeno potenziale, per un bene giuridico tutelato dall'ordinamento<sup>41</sup>. Successivamente, con la [sentenza n. 360 del 1995](#), la Consulta ha precisato che il diritto penale, in quanto incide sulla libertà personale, non può essere utilizzato per finalità meramente etiche o di controllo sociale avulse dalla tutela di beni giuridici costituzionalmente rilevanti<sup>42</sup>.

Il principio di offensività impone, dunque, che il legislatore individui con sufficiente chiarezza il bene giuridico tutelato e che le condotte criminalizzate si caratterizzino per una concreta idoneità a ledere o porre in pericolo tale bene. Laddove, al contrario, lo strumento penale venga distolto dalla sua funzione di tutela per essere impiegato a scopi meramente simbolici, la scelta punitiva solleva interrogativi di ragionevolezza costituzionale<sup>43</sup>.

---

[2000, n. 519 del 2000, n. 265 del 2005, n. 225 del 2008](#)). Parte della dottrina ha negato che il principio di offensività abbia un fondamento costituzionale esplicito, sostenendo che esso non possa essere considerato un vincolo assoluto per il legislatore. Tra i principali autori che hanno sostenuto questa posizione v. G. ZUCCALÀ, *Sul preteso principio di necessaria offensività del reato*, in *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, Vol. III, Giuffrè, Milano, 1984, 1687 ss., ove si afferma che il principio non trova base testuale nella Costituzione e non può essere ricondotto all'art. 25, secondo comma, Cost., in quanto attiene al contenuto sostanziale del precetto e non alla sua struttura formale. Più di recente, V. VIGANÒ, *Diritto penale e diritti della persona*, in [Sistema Penale](#), 13 marzo 2023, a pag. 13 ha affermato che «Tale principio, che di per sé sconta le difficoltà connesse alla congenita imprecisione del concetto stesso di bene giuridico, fatica tuttavia a trovare una base normativa nel testo della Costituzione, e ha mostrato a conti fatti una capacità di rendimento assai limitata, nella giurisprudenza costituzionale, quale strumento di controllo della legittimità delle scelte di incriminazione compiute dal legislatore».

<sup>40</sup> V. il punto 5 del *Considerato in diritto*. Tale orientamento è stato poi ribadito nella sentenza [n. 263 del 2000](#), ove l'offensività è stata qualificata come criterio di razionalità della scelta legislativa.

<sup>41</sup> V. il punto 13 del *Considerato in diritto*, dove si legge che «Rimane precipuo dovere del giudice di merito - nelle ipotesi peculiari in discorso - apprezzare, alla stregua del generale canone interpretativo offerto dal principio di necessaria offensività della condotta concreta, se la eccedenza eventualmente accertata sia di modesta entità così da far ritenere che la condotta dell'agente - avuto riguardo alla ratio incriminatrice del divieto di accumulo e tenuto conto delle particolarità della fattispecie - sia priva di qualsiasi idoneità lesiva concreta dei beni giuridici tutelati e conseguentemente si collochi fuori dall'area del penalmente rilevante».

<sup>42</sup> Per un approfondimento v. A. BONOMI, «Pregi» e «difetti» del principio di offensività del reato a confronto con i principi di ragionevolezza e di offensività in concreto, in [federalismi.it](#), 8/2025, 48 ss.; ID., *Il principio di offensività del reato nella giurisprudenza costituzionale*, in *Diritto Pubblico*, 1/2021, 195 ss.; V. MONGILLO, *Sullo stato del principio di offensività nel quadro del costituzionalismo penale. Il banco di prova della coltivazione di "cannabis"*, in *Giur. cost.*, 3/2016, 941 ss.

<sup>43</sup> In questo caso si parla di «onda dell'emotività», termine utilizzato per descrivere il fenomeno per cui eventi criminali di forte impatto emotivo, spesso amplificati dai media, inducono il legislatore a introdurre o inasprire norme penali in modo reattivo. Questo concetto è strettamente legato al «populismo penale», che indica l'adozione di politiche criminali mirate a ottenere consenso popolare, spesso a scapito di un'analisi razionale e ponderata. Per un approfondimento sul populismo penale v. L. FERRAJOLI, *Il populismo penale nell'età dei populismi politici*, in [Questione Giustizia](#), 1/2019, 79 ss.; G. INSOLERA, *Il populismo penale*, in [disCrimen](#), 13 giugno 2019; ID., *Consenso sociale e diritto penale*, in [disCrimen](#), 6 giugno 2019; M. DONINI, *Populismo e ragione pubblica*, Mucchi, Modena, 2019.

Nel caso della maternità surrogata realizzata all'estero in un contesto di liceità regolamentata, il problema dell'offensività assume una dimensione peculiare. L'incertezza sul bene giuridico tutelato – già evidenziata in relazione al principio di determinatezza – incide direttamente sull'accertamento dell'offesa, con esiti diversi a seconda dell'interpretazione prescelta.

Qualora si ritenga che il bene protetto sia la dignità della gestante, appare problematico affermare che essa sia automaticamente lesa quando la condotta si svolge in un ordinamento che disciplina la pratica proprio al fine di tutelare tale dignità. Negli Stati in cui la maternità surrogata è regolamentata, il sistema prevede garanzie procedurali specifiche: informazione completa e trasparente, verifica giudiziale del consenso libero e informato, intervento di servizi sanitari pubblici, procedure volte a tutelare l'autonomia e la salute della gestante. In tali contesti, la presunzione di lesività della dignità risulta quanto meno attenuata, nella misura in cui lo scopo stesso di queste regolamentazioni è la tutela della libertà e dell'integrità personale della donna<sup>44</sup>.

Qualora, invece, si assuma che il bene tutelato sia un interesse più generale alla salvaguardia del modello familiare o all'ordine pubblico, la fattispecie rischia di configurarsi come norma a contenuto prevalentemente etico-sociale, priva di offensività concretamente accertabile. Il diritto penale verrebbe così impiegato non tanto per tutelare beni giuridici specifici da condotte effettivamente lesive, quanto per affermare una determinata concezione valoriale della famiglia e della procreazione. In tale prospettiva, lo strumento punitivo assumerebbe una funzione di imposizione di scelte etiche, distaccandosi dalla sua legittimazione costituzionale fondata sulla tutela di beni giuridici<sup>45</sup>.

Sotto questo profilo, l'individuazione di un'offesa al bene giuridico – quale che esso sia – risulta problematica: incerta quando il bene tutelato è individuato nella dignità della gestante, in presenza di un sistema di garanzie procedurali; non concretamente verificabile quando il bene è identificato in un interesse generale di natura etico-sociale.

<sup>44</sup> F. FILICE, *La nuova incriminazione della gestazione per altri. Problematiche definitorie e interpretative*, [cit.](#), 4; A. VALLINI, *La rana che voleva farsi bue e il reato di surrogazione di maternità che voleva farsi universale*, in [GenIUS](#), 1/2024; S. AGOSTA, *La maternità surrogata e la Corte costituzionale*, [cit.](#); ID., *Tra diritti e poteri: la surrogazione di maternità all'estero riletta alla luce degli insegnamenti di Alessandro Pizzorusso*, [cit.](#);

<sup>45</sup> Sul concetto di "diritto penale simbolico" o di "norma-manifesto", la cui funzione è più quella di rassicurare l'opinione pubblica o di affermare un valore che non quella di un'effettiva prevenzione e repressione, la letteratura è vasta. V. per tutti L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 1989, che critica un uso del diritto penale a fini puramente promozionali. Per analisi più recenti, cfr. A. MANNA, *Alcuni recenti esempi di legislazione penale compulsiva e di un diritto penale simbolico*, in [Archivio Penale](#), 2/2016; E. ROSSI, *Definizioni normative e uso simbolico del diritto penale nel ddl Zan*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 2/2021, 543 ss.; A.M. LECIS COCCO ORTU, *L'iscrizione della libertà di abortire nella Costituzione francese: una riforma altamente simbolica, ma non solo*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2/2024, p. 471 ss. Le maggiori critiche al simbolismo riguardano il fatto che questo potrebbe porsi in contrasto con il principio di offensività, secondo il quale il diritto penale deve intervenire solo per reprimere condotte effettivamente lesive di beni giuridici rilevanti. Inoltre, potrebbe ravvisarsi un contrasto con il principio di proporzionalità: le norme simboliche rischiano di introdurre sanzioni sproporzionate rispetto alla gravità del fatto concreto, in quanto motivate da finalità politiche piuttosto che da una reale necessità di tutela penale. Sul rapporto tra legittimo paternalismo (tutela da danni) e illegittimo moralismo giuridico (imposizione di concezioni valoriali), v. L. RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire». Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino, 2008, 52. Con specifico riferimento alle questioni bioetiche e alla surrogazione di maternità, v. S. CANESTRARI, *Biodiritto (dir. pen.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, VIII, Milano, 2015, 110; A. G. GRASSO, *La maternità surrogata altruistica*, Giappichelli, Torino, 2019, 146 ss.



Quando lo strumento penale sanziona una condotta prescindendo dall'accertamento di un'offesa concreta, il principio di offensività – quale parametro del giudizio di ragionevolezza – risulta violato. Se l'intervento punitivo non è sorretto da un'effettiva lesione di beni giuridici, diventa inoltre problematico sostenerne la necessità e la proporzionalità.

### 3.4. Sui principi di *extrema ratio* e proporzionalità.

La sanzione penale, in ragione della sua intrinseca capacità di incidere sul bene fondamentale e inviolabile della libertà personale, deve essere utilizzata solo come risorsa ultima, quando ogni altro strumento di tutela offerto dall'ordinamento si sia rivelato o appaia a priori inadeguato: una sanzione percepita come non necessaria, perché sostituibile con altri mezzi, viene avvertita dal condannato come puramente vessatoria, frustrando così ogni possibile percorso rieducativo.

Questo principio, detto di *extrema ratio*, è stato costantemente affermato dalla Consulta, a partire dalla storica sentenza n. 487 del 1989<sup>46</sup> e ribadito in numerose e recenti decisioni, le quali confermano che la scelta di ricorrere allo strumento penale deve essere giustificata dalla dimostrazione che altri mezzi – sanzioni amministrative, rimedi civilistici, misure disciplinari – non siano idonei a tutelare i beni giuridici in questione<sup>47</sup>.

Affinché l'intervento penale possa dirsi davvero necessario, esso deve anche risultare proporzionato alla gravità dell'offesa e ai fini di tutela perseguiti: la necessità, in tal senso, si misura sulla capacità della pena di mantenersi entro limiti ragionevoli e non eccedenti rispetto allo scopo<sup>48</sup>. Il principio di *extrema ratio* si intreccia dunque con quello di proporzionalità, poiché una sanzione eccessiva o applicata a condotte di minima offensività tradirebbe, già di per sé, la logica di necessità che fonda la legittimazione costituzionale del potere punitivo<sup>49</sup>.

---

<sup>46</sup> Nella [sentenza](#) si legge, al punto 5 del *Considerato in diritto*, che «Il principio di sussidiarietà, per il quale la criminalizzazione, costituendo l'ultima ratio, deve intervenire soltanto allorché, da parte degli altri rami dell'ordinamento, non venga offerta adeguata tutela ai beni da garantire, implica, fra l'altro, programmi di politica generale, e criminale in ispecie, nonché giudizi prognostici che soltanto lo Stato può formulare».

<sup>47</sup> Si vedano le sentenze [n. 467 del 1991](#); [n. 447 del 1998](#), [n. 173 del 2022](#). È opportuno citare anche la sentenza [n. 25 del 2019](#) (c.d. "Taricco"), la Corte, definendo il principio di legalità penale come presidio essenziale della libertà personale (art. 13 Cost.) contro un "uso arbitrario del potere punitivo dello Stato", ha implicitamente ma inequivocabilmente confermato che la sanzione penale, per la sua natura afflittiva, si legittima costituzionalmente solo come strumento necessario e residuale, configurandosi così come l'autentica *extrema ratio* dell'ordinamento. Sul punto si veda A. RUGGERI, *La legalità penale "sostanziale" tra fonti interne e fonti europee (a margine di Corte cost. n. 25 del 2019)*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1/2019, 293 ss.; I. PELLIZZONE, *La Corte costituzionale sul caso "Taricco": principio di determinatezza, separazione dei poteri e ruolo del giudice penale*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2017, 112 ss.

<sup>48</sup> La giurisprudenza costituzionale ha progressivamente elaborato un controllo sempre più incisivo sulla proporzionalità della pena, valorizzando il sindacato sulla *coerenza teleologica* tra obiettivo dichiarato e strumento predisposto e ritenendo censurabili anche le disarmonie sistemiche e la mancanza di coerenza interna tra le diverse componenti della disciplina normativa. Sul punto, v. S. LEONE, *Sindacato di ragionevolezza e quantum della pena nella giurisprudenza costituzionale*, cit.

<sup>49</sup> Sul nesso tra principio di *extrema ratio* e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale, v. Corte cost., [n. 409 del 1989](#), ove la Corte distingue – pur riconoscendone il collegamento – tre principi autonomi: il principio della rilevanza costituzionale del bene tutelato; il principio di proporzionalità (o razionalità rispetto ai valori), per cui sono illegittime le incriminazioni che, pur presumibilmente idonee a raggiungere finalità statuali di



Dall'analisi della giurisprudenza costituzionale si può desumere che qualunque intensificazione della risposta penale deve risultare non manifestamente irragionevole alla luce del principio di *extrema ratio* e proporzionalità, e dunque anche la sua estensione territoriale.

In primo luogo, quest'ultima amplia l'ambito dei destinatari del precetto penale e delle situazioni censurabili: condotte che prima erano perseguibili solo a determinate condizioni (richiesta del Ministro ex art. 9 c.p.) diventano punibili automaticamente. Si tratta, dunque, di un inasprimento sanzionatorio in senso lato, nella misura in cui sottopone a punizione automatica condotte prima perseguibili solo eccezionalmente<sup>50</sup>.

In secondo luogo, come chiarito dalla giurisprudenza costituzionale, ogni scelta legislativa che incrementi la portata della risposta penale – sia mediante l'aumento della pena edittale, sia mediante l'estensione dell'ambito di applicabilità della norma incriminatrice – deve superare uno scrutinio di proporzionalità rispetto al bene giuridico tutelato e al grado di offensività delle condotte<sup>51</sup>.

È proprio alla luce di questa qualificazione dell'estensione territoriale come forma di inasprimento che emerge la contraddizione della legge n. 169 del 2024. Come già evidenziato, la surrogazione di maternità era già penalmente sanzionata dalla legge n. 40 del 2004. Il legislatore aveva adottato un approccio rigoroso, perseguendo anche le attività strumentali alla realizzazione della pratica (organizzazione, pubblicizzazione)<sup>52</sup>.

L'estensione della punibilità alle condotte commesse all'estero manifesta l'intento di affermare un disvalore che trascende i confini territoriali. Tale obiettivo appare tuttavia difficilmente conciliabile con il trattamento sanzionatorio previsto<sup>53</sup>. La pena edittale – reclusione da tre mesi a due anni –

---

prevenzione, producano attraverso la pena danni agli interessi individuali e sociali sproporzionatamente maggiori dei vantaggi ottenuti con la tutela dei beni; il principio di sussidiarietà (*extrema ratio*), per cui è legittimo ricorrere alla sanzione penale solo quando gli altri rami dell'ordinamento non offrano adeguata tutela. In applicazione di questo principio, v. Corte cost., [n. 447 del 1998](#). Più di recente, Corte cost., [n. 173 del 2022](#), ha ribadito che l'istituto della particolare tenuità del fatto «*si iscrive nella logica dell'extrema ratio della sanzione penale*», funzionalmente collegato sia al principio di proporzionalità sia al profilo rieducativo della pena.

<sup>50</sup> Sul punto, v. M. D'AMICO, *Il "reato universale" di maternità surrogata nei progetti di legge all'esame del Parlamento*, [cit.](#), 16; M. PELISSERO, *Surrogazione di maternità: la pretesa di un diritto punitivo universale*, [cit.](#), 8; A. VALLINI, *La rana che voleva farsi bue e il reato di surrogazione di maternità che voleva farsi universale*, [cit.](#), 12.

<sup>51</sup> Sul punto si veda l'analisi del Servizio Studi della Corte costituzionale, nel già citato quaderno dal titolo *I principi di proporzionalità e ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale, anche in rapporto alla giurisprudenza delle Corti europee*. Nel testo si legge che il sindacato di ragionevolezza può consistere in una valutazione di proporzionalità, congruità e adeguatezza del mezzo rispetto al fine, operando non in termini di conformità, ma di non difformità e accettabilità della scelta legislativa. La coerenza è rispondenza logica della norma rispetto al fine perseguito dalla legge ovvero alla sua ratio. Difetta la ragionevolezza laddove «*la legge manca il suo obiettivo e tradisce la sua ratio*». La giurisprudenza più recente declina la ragionevolezza nella formula del «*ragionevole e proporzionato bilanciamento*», secondo un orientamento che trova antecedenti nella sentenza [n. 1130 del 1988](#), che definisce il giudizio di ragionevolezza come giudizio di proporzionalità distinto dal giudizio di merito, e nella sentenza [n. 220 del 1995](#), che qualifica la proporzionalità come «*diretta espressione del generale canone di ragionevolezza*». Sul punto, v. anche S. AGOSTA, *La maternità surrogata e la Corte costituzionale*, [cit.](#), 25.

<sup>52</sup> M. D'AMICO, *Il "reato universale" di maternità surrogata nei progetti di legge all'esame del Parlamento*, [cit.](#), 12.

<sup>53</sup> In passato sono stati resi «universali» solo reati di maggiore gravità, quali corruzione, traffico di influenze illecite, ricettazione, per i quali sono stabilite sanzioni particolarmente severe. La scelta di estendere la logica dell'universalità a una fattispecie punita con pena bagatellare costituisce un'anomalia sistematica che evidenzia



colloca infatti la fattispecie tra i reati di minore gravità, con conseguente applicabilità della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto (art. 131-*bis* c.p.) e degli istituti deflattivi del sistema processuale<sup>54</sup>.

Se, pertanto, il divieto era già sancito e penalmente presidiato, l'estensione della punibilità ai comportamenti realizzati all'estero appare come un'intensificazione della risposta repressiva che non corrisponde a una nuova o maggiore offensività delle condotte, ma piuttosto a una scelta di politica criminale volta a intensificare la deterrenza<sup>55</sup>.

Questa divaricazione tra universalità del precetto e mitezza dello strumento sanzionatorio potrebbe configurare una violazione del principio di ragionevolezza, inteso come canone di coerenza teleologica interna alla norma.

Non si tratterebbe, in questa prospettiva, di sindacare in termini quantitativi la misura della pena – profilo riservato alla discrezionalità legislativa – quanto di rilevare una contraddizione logica suscettibile di compromettere l'idoneità dell'intervento normativo a conseguire lo scopo prefigurato dal legislatore.

---

l'incoerenza complessiva dell'intervento normativo. In senso critico, v. M. D'AMICO, *Il "reato universale" di maternità surrogata nei progetti di legge all'esame del Parlamento*, [cit.](#), 17, la quale afferma che le proposte di legge estendono l'applicazione della legge penale nazionale «in relazione a condotte eterogenee e che non si caratterizzano per analogo disvalore sociale, con ciò frustrando la ratio di cui all'art. 9 c.p. che mira, viceversa, ad assicurare la punibilità solo di reati di particolare gravità qualora commessi al di fuori del territorio dello Stato». Analogamente M. DALOIA, *Serve davvero il 'reato universale' di maternità surrogata?*, *cit.*, p. x, osserva che «viene introdotta una singolarità, e nel diritto penale le singolarità pongono sempre qualche problema, proprio perché il campo del diritto punitivo ha bisogno forse, più di altri settori, di eguaglianza, proporzionalità, ragionevolezza nel confronto e nella connessione tra le diverse parti del sistema». Anche M. ZINCANI, *Il turismo procreativo non è un reato universale*, in [Giurisprudenzapenale.com](#), 22 ottobre 2024, ritiene che «La norma sarà chiamata a superare il vaglio di ragionevolezza in un probabile giudizio di legittimità costituzionale».

<sup>54</sup> In primo luogo, la pena massima di due anni consente l'applicazione della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto ex art. 131-*bis* c.p., istituto che comporta una declaratoria di non punibilità quando l'offesa è di particolare tenuità e il comportamento risulta non abituale. In secondo luogo, la modesta entità della pena edittale consente l'accesso a tutti gli istituti deflattivi previsti dal sistema processuale penale, rendendo assai improbabile che la condotta venga effettivamente perseguita e sanzionata.

<sup>55</sup> A partire dalla fondamentale [sentenza n. 313 del 1990](#), che ha legato la proporzionalità della sanzione alla sua finalità rieducativa (art. 27, terzo comma, Cost.), la Corte ha più volte censurato le pene «manifestamente sproporzionate» rispetto al disvalore del fatto incriminato. La funzione rieducativa della pena presuppone una sanzione percepita come giusta e proporzionata alla reale gravità della condotta, nonché effettivamente idonea a realizzare le finalità preventive della risposta punitiva. La [sent. n. 341 del 1994](#) ha affermato il «costante principio di proporzione tra qualità e quantità della sanzione, da una parte, e offesa, dall'altra», quale implicazione diretta della finalità rieducativa. Questo principio è stato ribadito nelle sentt. [n. 68 del 2012](#) e [n. 251 del 2012](#), secondo cui una pena palesemente sproporzionata è inevitabilmente avvertita come ingiusta dal condannato e, per questo, vanifica la finalità rieducativa già a livello di comminatoria legislativa astratta. Nello stesso senso, sentt. [n. 222 del 2018](#), [n. 40 del 2019](#), [n. 185 del 2015](#). Per un approfondimento v. M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale*, *cit.*; ID., *Tra integrazione e maieutica: corte costituzionale e diritti dei detenuti*, in [Rivista AIC](#), 3/2016, 1 ss.; A. SPADARO, *I limiti "strutturali" del sindacato di costituzionalità: le principali cause di inammissibilità della q.l.c.*, *cit.*; C. PADULA, *Le "spinte centripete" nel giudizio incidentale di costituzionalità*, in [Questione Giustizia](#), 4/2020, 62 ss.

## 4. Conclusioni

Già in passato, si è osservato come la repressione penale sia risultata spesso inadeguata a contrastare e disincentivare pratiche legate a scelte così personali. Emblematica, in tal senso, la situazione creatasi a seguito dell'introduzione della sanzione penale per l'interruzione volontaria della gravidanza (prima della L. n. 194 del 1978) che aveva avuto un impatto concreto assai limitato e spingeva le donne a ricorrere a pratiche clandestine rischiose<sup>56</sup>.

Un altro esempio significativo è rappresentato dal divieto delle mutilazioni genitali femminili, introdotto con la legge n. 7 del 2006. Sebbene questa norma sia in vigore da oltre 15 anni, le statistiche dimostrano che essa è stata applicata solo in casi sporadici<sup>57</sup>.

Questo dato evidenzia come l'intervento punitivo, da solo, non sia sufficiente a incidere su pratiche consolidate che affondano le loro radici in contesti socio-culturali spesso impermeabili al diritto<sup>58</sup>.

---

<sup>56</sup> Basti pensare che, secondo le valutazioni più attendibili, nell'anno che ha preceduto l'emanazione della legge 194 sono stati praticati oltre centomila aborti clandestini. Per quanto riguarda l'abortività clandestina l'Istituto Superiore di Sanità ha effettuato una stima degli aborti clandestini per il 2012, utilizzando lo stesso modello matematico applicato nel passato, pur tenendo conto dei suoi limiti legati principalmente alle modifiche avvenute nel nostro Paese per quanto riguarda la popolazione (diminuzione delle donne in età fertile e aumento della popolazione straniera) e la riproduzione (desiderio di un numero inferiore di figli, spostamento dei concepimenti ad età più avanzate e mancanza di dati sulla diffusione di metodi contraccettivi). Il numero di aborti clandestini per le donne italiane è stimato compreso nell'intervallo tra 12'000 e 15'000. Per la prima volta si è effettuata una stima anche per le donne straniere che è risultata compresa tra 3'000 e 5'000 aborti clandestini, per quanto in questo caso gli aspetti critici da un punto di vista metodologico sono ancora più rilevanti. Queste stime indicano una stabilizzazione del fenomeno negli ultimi anni, almeno per quanto riguarda le italiane (15'000 erano gli aborti clandestini stimati per le italiane nel 2005), e una notevole diminuzione rispetto agli anni 80-90 (100'000 erano i casi stimati per il 1983, 72'000 nel 1990 e 43'500 nel 1995). V. la Relazione del Ministro della salute sulla attuazione della legge contenente norme per la tutela sociale della maternità e per l'interruzione volontaria di gravidanza (legge 194/78) pubblicata a dicembre 2017.

<sup>57</sup> La questione è analizzata dal paragrafo 2.3 della Relazione sulle mutilazioni genitali femminili della Commissione parlamentare di inchiesta sul femminicidio, nonché su ogni forma di violenza di genere, dove si legge che: «Come mostrano i dati rilevati dal Ministero della giustizia e acquisiti dalla Commissione, dal 2015 al 2019 i procedimenti penali contenenti il reato di mutilazioni genitali femminili di cui all'articolo 583-bis del codice penale (si veda § 5.2) non sono stati mai più di cinque. Ed ancora, se si considerano le modalità di definizione nei tribunali italiani– la sezione dei giudici per le indagini preliminari e per l'udienza preliminare (sezione GIP/GUP)– i dati sono tutt'altro che confortanti: i procedimenti definiti e contenenti tale delitto si sono conclusi prevalentemente con un decreto di archiviazione. Prendendo in considerazione le modalità di definizione dei procedimenti nei tribunali italiani– sezione dibattimento– si osserva come solo nel 2019 si sia giunti a sentenze di condanna (2 su 2 definiti), mentre negli altri casi il procedimento si sia comunque concluso con una sentenza assolutoria. Con riguardo all'articolo 583-ter del codice penale, che prevede qualora responsabile del fatto sia un esercente una professione sanitaria, in caso di condanna, la applicazione della pena accessoria della interdizione dalla professione da tre a dieci anni, i dati ministeriali mostrano come nel periodo 2015-2019 non risultino essere stati iscritti procedimenti, mentre per quanto riguarda le definizioni è stato individuato un solo procedimento per il 2015 definito presso la sezione GIP/GUP».

<sup>58</sup> La legge n. 7/2006, oltre a configurare le mutilazioni genitali femminili come reato, prevede misure di prevenzione e sensibilizzazione, riconoscendo implicitamente che il solo ricorso alla sanzione penale non è adeguato a contrastare fenomeni così complessi. Tuttavia, l'efficacia delle misure complementari è stata limitata dalla mancanza di un'applicazione uniforme e di risorse sufficienti per promuovere l'educazione e la consapevolezza nelle comunità interessate.



La situazione appena descritta contribuisce a rafforzare la teoria secondo la quale il diritto penale, se utilizzato con una funzione meramente simbolica, rischia di risultare inefficace rispetto a finalità di lungo termine quali il cambiamento culturale e l'adesione spontanea a determinati valori giuridici. È lecito dubitare che la rilevanza penale introdotta dalla nuova normativa sia idonea a disincentivare le coppie italiane dal far ricorso alla gpa all'estero<sup>59</sup>.

L'analisi condotta ha evidenziato come i profili di criticità costituzionale non si collochino su piani separati, ma si rafforzino reciprocamente, configurando un quadro di incoerenza sistemica. L'indeterminatezza della fattispecie si amplifica nel contesto extraterritoriale; l'assenza di doppia incriminazione incide sulla rimproverabilità soggettiva; l'incertezza sul bene giuridico tutelato compromette l'offensività della condotta; la sproporzione tra pretesa universalistica e pena esigua tradisce il principio di *extrema ratio*.

La scelta legislativa si pone, inoltre, in contraddizione con la logica del bilanciamento elaborata dalla giurisprudenza costituzionale. La criminalizzazione della condotta dei genitori produce inevitabili effetti sullo *status* del nato, configurando un risultato paradossale: la norma, nel perseguire finalità deterrenti, finisce per colpire i soggetti più deboli del rapporto<sup>60</sup>.

La minaccia della sanzione penale difficilmente conseguirà l'effetto deterrente auspicato. È probabile che le coppie continueranno a recarsi negli Stati in cui la pratica è consentita, con la differenza di agire nell'illegalità anziché nella trasparenza, rendendo ancora più difficile ogni forma di controllo e tutela. Le conseguenze più gravose ricadranno sul nato da maternità surrogata: incertezza sullo *status*, rischio di allontanamento dalla famiglia di fatto, impossibilità di trascrivere l'atto di nascita formato all'estero. La pretesa di tutelare la dignità della donna gestante e il preminente interesse del minore rischia così di produrre risultati contrari a quelli dichiarati.

Sul piano della politica legislativa, sarebbe stato forse più coerente perseguire l'obiettivo di limitare il ricorso alla maternità surrogata attraverso strumenti alternativi al diritto penale. Interventi volti a facilitare l'accesso all'adozione, a rimuovere ostacoli burocratici, a ridurre i tempi procedurali, avrebbero potuto rispondere meglio alle esigenze sottese alla norma, evitando le contraddizioni evidenziate.

La tenuta costituzionale della legge n. 169 del 2024 solleva, in definitiva, significativi dubbi. L'eventuale sindacato della Corte rappresenterebbe un'opportunità per ribadire che il potere punitivo non può legittimamente esaurirsi in una funzione simbolica, soprattutto quando essa rischi di compromettere proprio i diritti fondamentali che l'ordinamento intende tutelare.

---

<sup>59</sup> G. FERRANDO, *Gravidanza per altri, impugnativa del riconoscimento per difetto di veridicità e interesse del minore. Molti dubbi e poche certezze*, in [Genius](#), 2/2017, 12 ss.

<sup>60</sup> Sul rischio che l'approccio punitivo comprometta proprio l'interesse del minore che dovrebbe tutelare, v. A. SASSI, S. STEFANELLI, *Nuovi modelli procreativi, diritto allo status e principi di ordine pubblico*, in [BioLaw Journal](#), 2/2019, 377 ss.; E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 2016; C. DANISI, *Maternità surrogata come reato "universale": considerazioni di diritto internazionale e dell'Unione europea*, [cit.](#), 15.