

CHRISTINE COURTIN

LA GESTAZIONE PER ALTRI E IL DIRITTO PENALE IN FRANCIA*

Sommario: 1. Un quadro giuridico insufficientemente dissuasivo. – 2. Le proposte tendenti a rinforzare la lotta contro il ricorso alla gestazione per altri.

Il principio di dignità occupa un posto eminente tra i valori socialmente protetti e nella gerarchia delle norme. È compito del legislatore vigilare affinché questo principio sia rispettato in modo rigoroso a fronte delle evoluzioni della società e della medina, anche quando la tentazione di derogare a esso sia animata da intenti lodevoli. Ciò vale nelle situazioni in cui è in gioco il concepimento di un bambino. Alcune coppie che non possono avere figli sia a causa dell'infertilità della donna, che le impedisce di portare avanti la gravidanza, sia perché sono formate da persone dello stesso sesso, seguono vie traverse per raggiungere il loro scopo e ricorrono alla gestazione per altri.

Con tale pratica, che risale all'antichità (*ventrem locare*), una coppia stipula un accordo con una donna affinché questa dia alla luce un bambino, che si impegna ad abbandonare dopo la nascita. La gestazione per altri si è sviluppata grazie ai più recenti progressi delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, che permettono, con la fecondazione *in vitro*, una dissociazione tra maternità gestazionale e maternità genetica, e rendono possibile il trasferimento alla madre portatrice¹ di un embrione derivato dai gameti dei genitori intenzionali.

La gestazione per altri è vietata in Francia, perché contravviene ai principi di ordine pubblico di indisponibilità del corpo e di indisponibilità dello stato personale. Questo divieto, stabilito per la prima volta nel 1991

* Traduzione dal francese di Emilia Tagliatela.

1 Si è preferito utilizzare nella traduzione italiana l'espressione «madre portatrice», che ricalca la locuzione francese *mère porteuse*, invece della più diffusa espressione «madre surrogata» di matrice anglosassone (*surrogate mother*). Solo nell'unico caso in cui nel testo francese compare la locuzione *maternité de substitution* è stata usata la traduzione «maternità surrogata». [Ndt]

dall'Assemblea plenaria della *Cour de cassation*, è stato inserito dal legislatore negli articoli 16-6, 16-7 e 16-9 del Codice civile e la sua violazione è sanzionata penalmente. A giustificare il divieto di questa pratica in Francia sono i rischi che essa comporta per le madri portatrici e le sue conseguenze in termini di alienazione e mercificazione del corpo.

La gestazione per altri è proibita per legge in diversi paesi europei – segnatamente in Italia, Spagna, Germania, Svizzera, Svezia e Norvegia – e asiatici – quali il Vietnam, il Giappone e le Filippine – così come in alcuni Stati degli USA, in particolare Washington, Arizona, New Mexico, Utah, Michigan e New York.

Invece in altri paesi, tra cui il Regno Unito, la Grecia, il Canada, il Belgio, l'Olanda, Israele, il Brasile, l'India o alcuni Stati degli USA, come la California, la gestazione per altri è consentita o perché espressamente regolamentata dalla legislazione, o perché le autorità la tollerano e hanno adattato di conseguenza le loro norme relative alla filiazione.

L'interdizione della gestazione per altri, su cui esiste un ampio consenso in Francia ma non a livello internazionale, risulta pienamente giustificata in ragione dei gravi interrogativi etici sollecitati da questa pratica. Oggi, però, tale divieto è reso più fragile a causa del carattere non sufficientemente repressivo della legge francese. Ed è anche in parte rimesso in discussione dalla posizione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in merito alle questioni normative suscitate dalla trascrizione in Francia degli atti di stato civile stranieri redatti a seguito di un accordo di gestazione.

Poiché il quadro giuridico francese non sembra sufficientemente dissuasivo (I), numerosi parlamentari francesi hanno cercato di proporre diverse soluzioni per rafforzare la lotta contro il ricorso alla gestazione per altri (II), ma finora senza alcun risultato.

1. Sebbene giustificato dall'imperativo di tutelare la dignità della persona umana, il divieto di gestazione per altri è oggi reso più fragile dalla esiguità delle sanzioni previste per coloro che non lo rispettano (A) e dalla inefficacia di tali sanzioni rispetto alle pratiche realizzate all'estero (B).

A) Sanzioni penali insufficienti

La gestante, la coppia committente e gli intermediari che prendono parte a una procreazione o a una gestazione per altri incorrono nelle sanzioni penali previste dalla sezione 4 del capitolo VII del titolo II del libro II del Codice Penale, relativa ai reati in materia di filiazione.

Queste incriminazioni, previste negli articoli da 227-12 a 227-14, possono essere classificate in due categorie: da una parte l'istigazione all'abbandono di minore o l'intermediazione non autorizzata in vista di un'adozione, dall'altra parte l'alterazione dello stato civile e della filiazione tramite la sostituzione, l'occultamento o la simulazione di minore.

L'articolo 227-12 reprime tre diversi comportamenti:

- l'istigazione all'abbandono di minore: punita con sei mesi di reclusione e 7.500 euro di multa; l'istigazione è sanzionabile a prescindere dal suo eventuale risultato e non è essenziale che sia compiuta a scopo di lucro (primo comma);

- l'intermediazione non autorizzata in vista di un'adozione: punita con un anno di detenzione e 15.000 euro di multa; l'intermediazione a fini d'abbandono di minore consiste semplicemente nel collegamento tra due persone, quella che desidera adottare il bambino e quella che intende abbandonarlo, a condizione che tale rapporto d'intermediazione abbia «scopo di lucro» (secondo comma);

- l'intermediazione in vista di una gestazione per altri: egualmente punita con un anno di detenzione e 15.000 euro di multa; questa intermediazione è sanzionabile qualsiasi siano le ipotesi di maternità per altri (bambino concepito dalla madre portatrice con i suoi stessi gameti, concepito *in vitro*) e qualsiasi siano le condizioni a cui la donna ha accettato la maternità, a scopo di lucro o a titolo gratuito (terzo comma).

Lo stesso comma prevede due circostanze aggravanti che hanno l'effetto di raddoppiare le sanzioni, cioè due anni di reclusione e una multa di 30.000 euro, quando l'intermediazione in vista di una gestazione per altri presenti un carattere abituale e abbia scopo di lucro.

L'ultimo comma di questo articolo punisce il tentativo di compiere i reati previsti nel secondo e nel terzo comma, con le stesse sanzioni che si applicano a tali infrazioni.

L'articolo 227-13 punisce «*la sostituzione volontaria, la simulazione o dissimulazione che causino un'alterazione dello stato civile di un minore*», o il tentativo di compiere questi reati, con tre anni di reclusione e 45.000 euro di multa:

- la sostituzione di minore consiste nello scambio di due neonati al momento della nascita;

- la simulazione consiste nell'attribuire a una donna un parto che in realtà non è avvenuto;

- l'occultamento consiste nel nascondere una maternità e il parto, ma è punibile solo se ha come effetto l'alterazione dello stato civile del minore.

Sono contemplate le violazioni relative alla realtà della filiazione, in particolare quando i membri di una coppia, che hanno fatto ricorso a una gestazione per altri, nascondono l'identità della donna che ha portato avanti la gravidanza.

In base a questo articolo è stata condannata a tre anni di reclusione, con sospensione condizionale della pena, una coppia sposata, che aveva introdotto clandestinamente in Francia un neonato originario del Brasile e aveva presentato una falsa dichiarazione allo stato civile, dopo aver simulato un parto nel 1993.

L'articolo 227-14 stabilisce che le persone giuridiche ritenute penalmente responsabili, come le agenzie che mettono in contatto una coppia committente con la madre portatrice, incorrano, oltre che nel quintuplo della multa prevista per il reato, in alcune sanzioni previste dall'articolo 131-39.

Si può sollevare la questione dell'esiguità delle sanzioni penali in cui incorrono le persone che stipulano un accordo di gestazione per altri. Tali sanzioni possono raggiungere un anno di reclusione e 15.000 euro di multa per i reati di intermediazione o tre anni di reclusione e 45.000 euro di multa per falsa attribuzione di maternità. Le sanzioni previste in materia di intermediazione in vista di una gestazione per altri possono essere raddoppiate solo se i fatti sono commessi a titolo abituale o a scopo di lucro. Queste sanzioni sono manifestamente troppo poco dissuasive rispetto alla natura e alla gravità dei comportamenti in questione.

Le condanne sono rare, soprattutto a causa della natura clandestina dei reati in esame. Ad esempio, la rilevazione informativa del Senato sulla procreazione medicalmente assistita e sulla gestazione per altri aveva censito solo diciotto condanne pronunciate tra il 2009 e il 2013 per uno dei reati punibili ai sensi dell'articolo 227-13 del Codice penale.

Inoltre il Codice penale non affronta che una parte delle pratiche riguardanti la gestazione per altri, perseguendo solo l'istigazione all'abbandono di minore, l'intermediazione e la falsa attribuzione di maternità, che causano un'alterazione dello stato civile del bambino.

Sembrano escluse dal campo penale le iniziative intraprese da una persona presso agenti o organizzazioni che permettono o facilitano, a fronte di un pagamento, la pratica della gestazione per altri e, più in generale, tutti i comportamenti finalizzati al conseguimento della nascita di un bambino tramite questa pratica.

B) Sanzioni inefficaci rispetto alla gestazione per altri praticata all'estero

A causa delle norme relative all'applicazione territoriale del diritto penale francese, queste sanzioni non hanno alcun effetto allorché la gestazio-

ne per altri è praticata all'estero, in conformità con le leggi del paese nel quale essa è legale.

Quando il reato è commesso all'estero, i fatti possono essere legalmente perseguiti in Francia solo se è la legge del paese estero a considerarli un crimine e dopo una querela della vittima o una denuncia ufficiale presentata dall'autorità del paese in cui sono stati perpetrati, conformemente agli articoli dal 113-6 al 113-8 del Codice penale.

Le coppie che fanno ricorso alla gestazione per altri in un paese dove questa pratica è legale possono essere perseguite al loro rientro in Francia solo se uno dei fatti costitutivi di tale reato ha avuto luogo sul territorio della Repubblica. È questo il caso in cui il bambino sia nato in Francia o vi sia stato segretamente introdotto. Tuttavia, quando tutti i fatti si sono verificati all'estero, non è possibile attivare in Francia alcun procedimento legale.

Con riferimento al caso *Dominique e Sylvie Mennesson*, una coppia di cittadini francesi che avevano fatto ricorso a una gestazione per altri negli Stati Uniti, il Procuratore della Repubblica ha emesso contro di loro una requisitoria introduttiva per intermediazione in vista di gestazione per altri e per tentativo di simulazione avendo causato un'alterazione dello stato civile di minori. Tuttavia, poiché la coppia ha effettuato tutte le procedure sul suolo americano (infruttuosi tentativi di raccolta degli ovuli, inseminazione della madre portatrice, sentenza della Corte Suprema dello Stato della California che legittima la loro qualità di padre e la madre dei bambini nati, redazione degli atti di nascita e dei passaporti...), il *Tribunal de Grande Instance* di Créteil ha reso, il 30 settembre 2004, una ordinanza di non luogo.

Inoltre sorge un altro problema. Al fine di promuovere la maternità per altri e di incontrare le persone interessate, i rappresentanti delle agenzie, soprattutto americane, specializzate in questa pratica si recano in Francia. Pertanto è lecito chiedersi se le iniziative pubblicitarie delle società straniere rientrino nell'ambito del reato di intermediazione allo scopo di favorire la maternità per altri. Il ricorso all'articolo 227-12, comma 3, del Codice penale non rischia di scontrarsi con le regole di applicazione del diritto penale nello spazio?

Secondo il principio di territorialità (art. 113-2 Cod. Pen.), la legge penale francese è applicabile alle infrazioni commesse sul territorio. In pratica le società di intermediazione si accontentano, in Francia, di presentare la maternità per altri e le opzioni che possono essere offerte agli eventuali futuri genitori. Ma è in un paese straniero, dove la maternità per altri è consentita o tollerata, che si svolge l'intermediazione (vale a dire il collegamento tra la persona o la coppia desiderosa di avere un bambino e una donna disponibile a portare avanti una gravidanza per conto d'altri)

e che l'accordo di maternità per altri viene concluso. L'infrazione dunque non viene *effettivamente* commessa in Francia. Tuttavia è possibile ritenere che essa vi sia stata *fittiziamente* perpetrata? In generale è noto che la nozione di fatto costitutivo, ai sensi dell'articolo 113-2 del Codice penale, viene interpretata in maniera estensiva dai giudici penali. In effetti essa è considerata come comprensiva tanto dei presupposti del reato e degli atti preparatori, quanti degli effetti dispiegati dal reato sul territorio. Pertanto potrebbe accadere che il giudice penale, di fronte alla questione dell'applicazione del diritto penale francese, consideri la semplice presentazione, in Francia, della maternità per altri come un atto preparatorio, consentendo così di attribuirne la competenza alla legge penale francese.

Se questa concezione estensiva del principio di territorialità non dovesse essere mantenuta, allora il reato di intermediazione sarebbe da considerarsi come commesso all'estero. Ma il fatto che il reato non abbia avuto luogo in territorio francese non esclude l'applicazione del diritto penale francese, a condizione che vi sia comunque un elemento che consenta di ricollegarsi a esso, vale a dire a condizione che il reato sia stato commesso da un cittadino francese (principio della personalità attiva, art. 113-6 Cod. pen.), o che la vittima del reato sia cittadino francese (principio della personalità passiva, art. 113-7 Cod. pen.).

Per quanto riguarda l'eventuale ricorso al principio della personalità attiva, responsabile del reato di intermediazione sarebbe, per ipotesi, una società straniera, appartenente a un paese dove la maternità per altri è ammessa. Pertanto il principio di personalità attiva non può essere preso in considerazione. Quanto alla madre portatrice e alla persona o alla coppia committente, se esse sono firmatarie dell'accordo di maternità per altri, non possono in alcun modo essere qualificate come autrici del reato di intermediazione; esse non lo commettono affatto, poiché non mettono in relazione nessuno, ma, al contrario sono loro a essere messe in relazione. Inoltre sono necessarie alcune condizioni affinché tale principio sia applicabile, tra cui quella dell'incriminazione reciproca. Infatti, ai sensi dell'articolo 113-6, comma 2, del Codice penale, il diritto francese è applicabile ai reati commessi dai francesi al di fuori del territorio della Repubblica, se i fatti sono puniti dalla legislazione del paese in cui sono stati commessi. Ora questa condizione manca, dato che, per ipotesi, l'intermediazione si svolge in un paese che non punisce la maternità per altri. Di conseguenza tali ostacoli ci obbligano a sancire l'impossibilità di fare ricorso al principio della personalità attiva.

Resta da considerare il principio della personalità passiva, tenendo conto della nazionalità della vittima. Questo principio può consentire l'applicazione del reato di intermediazione e, pertanto, del diritto penale france-

se? Per rispondere al quesito, è necessario identificare la vittima del reato di intermediazione. Ma tale compito si rivela delicato.

Il reato rientra in una sezione dedicata alle violazioni nell'ambito della filiazione. In ragione di questa collocazione, è possibile ritenere che la vittima sia il bambino nato da una maternità per altri, mirando la lesione del rapporto di filiazione a proteggere il bambino e la sua identità. Tuttavia una tale analisi non è priva di conseguenze problematiche in merito alla questione dell'applicazione del diritto penale nello spazio, in quanto, affinché si possa far ricorso al principio della personalità passiva, la vittima deve essere di nazionalità francese al momento del reato (art. 113-7 Cod. Pen.). Ora, se si considera il bambino come la vittima del reato, non solo la vittima non ha nazionalità francese al momento dei fatti, ma, soprattutto, la vittima non esiste all'epoca dei fatti poiché al tempo dell'intermediazione il bambino non è nato e nemmeno è stato ancora concepito. È possibile identificare vittime diverse dal bambino? La persona o la coppia che fanno ricorso alla maternità per altri non sembrano essere vittime del reato di intermediazione, al contrario sono i beneficiari in quanto, attraverso questa pratica, hanno l'opportunità di diventare genitori.

Per contro la madre portatrice, a seconda delle circostanze nelle quali si svolge la pratica, potrebbe essere considerata come vittima, vittima della mercificazione del proprio corpo. Ma sappiamo bene che in realtà la donna che porta avanti la gravidanza è di nazionalità straniera e non di nazionalità francese, come invece esige il principio della personalità passiva. Pertanto neanche questo principio è applicabile.

Molte sono dunque le difficoltà di applicazione nello spazio del reato di intermediazione. Non è facile attribuire questo reato alle società estere che si limitano, in territorio francese, a contattare candidati francesi potenzialmente interessati alla maternità per altri. Tale quadro giuridico insufficientemente dissuasivo spiega perché siano state avanzate di recente diverse proposte mirate a rinforzare la lotta contro il ricorso alla gestazione per altri.

2. Per garantire effettività in Francia al divieto di gestazione per altri, diverse proposte hanno invocato sia un inasprimento della repressione penale (A), sia un potenziamento della lotta contro il turismo procreativo (B).

A) Il rafforzamento della repressione della gestazione per altri

Il rafforzamento della repressione può essere realizzato sia tramite un inasprimento delle sanzioni penali esistenti o la creazione di nuovi reati specifici (a), sia tramite la qualificazione delle condotte come penalmente illecite (b).

a) L'inasprimento delle sanzioni penali

L'inasprimento della repressione può seguire diversi percorsi. Il primo riguarda l'aumento delle sanzioni; il secondo è quello relativo alla creazione di nuovi reati specifici. Diverse proposte di legge, depositate di recente, hanno avuto come oggetto il rafforzamento delle sanzioni in materia di gestazione per altri.

Il disegno di legge presentato dal deputato Jean Leonetti ipotizzava la creazione di una incriminazione destinata a sanzionare il fatto di *«intraprendere contatti con agenzie o organizzazioni, francesi o straniere, che permettono o facilitano, a pagamento, la pratica della gestazione per altri»*.

Inoltre, più di recente, Valérie Boyer, insieme a molti suoi colleghi, ha depositato presso l'*Assemblée nationale*, l'8 aprile 2015, un disegno di legge finalizzato a combattere il ricorso a una madre portatrice, che però è stato rigettato in prima lettura il 21 giugno 2016.

Il primo e il secondo articolo avevano lo scopo di introdurre specifiche incriminazioni penali in materia di gestazione per altri, distinte da quelle esistenti in materia di abbandono di minore e di intermediazione in vista di un'adozione, e di aggravare le sanzioni oggi troppo poco dissuasive.

Il secondo articolo del disegno di legge creava un nuovo articolo 227-12-1, che raggruppava diversi reati suscettibili di essere commessi in occasione della definizione di un contratto di gestazione per altri, compreso quello di intermediazione:

- il fatto di ottenere o tentare di ottenere la nascita di un bambino tramite il ricorso a una madre portatrice sarebbe punito con pene da cinque anni di reclusione e 150.000 euro di multa (primo comma). Questo nuovo reato permetterebbe di reprimere meglio l'insieme delle azioni intraprese in vista di una gestazione per altri e che non sono riconducibili al reato di intermediazione, né a quello di sostituzione volontaria, simulazione o dissimulazione previsto dall'articolo 227-13;

- l'intermediazione o il tentativo di intermediazione, oggi puniti con un anno di detenzione e 15.000 euro di multa, vedrebbero le loro pene aggravarsi fino a cinque anni di reclusione e 150.000 euro di multa; le pene sarebbero raddoppiate quando gli atti sono commessi abitualmente o per profitto (secondo comma);

- l'istigazione, anche senza effetto, a uno di questi reati o la presentazione di essi in una luce favorevole sarebbero state punite con cinque anni di reclusione e una multa di 100.000 euro (penultimo comma). Il testo integra un punto cieco della legislazione vigente che punisce solo l'incitamento all'abbandono di minore.

b) La qualificazione della gestazione per gli altri come condotta penalmente illecita

Al contrario di quanto attualmente previsto, per cui le infrazioni riguardanti specificamente la gestazione per gli altri non sono considerate come reati, una parte della dottrina francese ritiene che questa pratica potrebbe essere riconosciuta come condotta criminale e ciò avrebbe importanti conseguenze concrete.

In Francia non esiste un reato specifico che vieti la vendita di un bambino. Ma è possibile allo stato attuale del diritto interno ricondurre la procreazione o gestazione per altri al crimine di schiavitù e di tratta di minori. In materia di schiavitù e di tratta la Francia ha già adeguato il proprio diritto interno alle prescrizioni internazionali, in particolare con la legge n. 2013-711 del 5 agosto 2013. Dunque i testi esistono già, non resta che applicarli alla maternità surrogata.

L'esistenza di una legge speciale riguardante il divieto di gestazione per altri non esclude la legge generale più severa sulla tratta e la schiavitù. In effetti le violazioni di cui agli articoli 227-12 e 227-13 del Codice penale riguardano solo lo stato civile, mentre in questo caso si tratterebbe di tutelare la libertà e la dignità della persona umana. Il legislatore ha voluto proteggere il diritto dei minori alla filiazione, parte importante dell'identità e che non è tutelata altrove. Sarebbe assurdo concludere che con ciò il legislatore abbia revocato il beneficio della tutela della loro libertà e dignità.

L'articolo 224-1 A del Codice penale recita: «La riduzione in schiavitù consiste nell'esercitare nei confronti di una persona uno degli attributi del diritto di proprietà. La riduzione in schiavitù di una persona è punita con venti anni di reclusione».

L'articolo 224-1 C precisa che il reato è punito con trent'anni di reclusione, se è commesso nei confronti di un minore o di una persona vulnerabile. Per definizione, trattandosi di gestazione per altri, è sul bambino che vengono esercitati gli attributi del diritto di proprietà, è lui che viene ridotto in schiavitù, la pena comminata è dunque di trenta anni.

Nella maggior parte dei casi, la gestazione per altri si configura anche come una vendita di minore. La Corte d'appello di Rennes ha sottolineato, in una sentenza del 10 gennaio 2012, che nel caso di specie non si trattava «soltanto di un contratto con la madre portatrice, proibito dalla legge francese, ma anche dell'acquisto di bambino, evidentemente in contrasto con l'ordine pubblico». In assenza di specifica incriminazione per la vendita di minore, il traffico di esseri umani è l'infrazione più prossima e quella che dovrebbe essere applicata.

Ai sensi dell'articolo 225-4-1 del Codice penale, «la tratta di esseri umani consiste nel reclutare una persona, trasportarla, trasferirla, alloggiarla o ospitarla a fini di sfruttamento [...]. Lo sfruttamento menzionato riguarda il fatto di considerare la vittima a propria disposizione o a disposizione di terzi, al fine di consentire che vengano commesse contro la vittima le violazioni [...] di riduzione in schiavitù [...]. La tratta di esseri umani nei confronti di un minore è punita con dieci anni di prigione e una multa di un milione e mezzo di euro».

Il legame tra tratta e riduzione in schiavitù è dunque espressamente previsto dal Codice penale e si applica perfettamente alla gestazione da altri. Il bambino è messo a disposizione del o dei committenti dalla madre o dagli intermediari, consentendo che venga perpetrato il reato di riduzione in schiavitù: il bambino viene dato o venduto come una merce di cui si sarebbe proprietari. D'altronde la stessa madre può essere vittima di schiavitù (la si utilizza, la si fa oggetto di *usus*, e le si prende il bambino, il suo *fructus*), di asservimento o di tratta da parte di intermediari, o semplicemente di sfruttamento della propria vulnerabilità da parte degli intermediari o degli stessi committenti.

La gestazione per altri potrebbe dunque essere ricondotta alle fattispecie dei reati di riduzione in schiavitù e di tratta di minori. Allora la questione che si porrebbe sarebbe quella di individuare chi sono gli autori del reato: la madre portatrice, i committenti, gli intermediari? Secondo l'articolo 121-4 del Codice penale, «è autore del reato la persona che: 1) commette i fatti incriminati; 2) tenta di commettere un illecito o, nei casi previsti dalla legge, un delitto». Sicuramente, quindi, sono autori tutti i soggetti direttamente implicati nei fatti costitutivi della violazione, vale a dire, le parti coinvolte nel contratto riguardante il minore. Tuttavia, quando la stessa madre portatrice è vittima di tratta, asservimento o schiavitù, non può essere considerata responsabile per mancanza dell'elemento intenzionale del reato. In altri casi, ella dovrebbe essere per lo più esente da responsabilità, almeno quando sia accertato che abbia subito coercizione fisica o morale, anche solo per necessità economica. Si tratterebbe di una causa di irresponsabilità ai sensi dell'articolo 122-2 del Codice penale.

Per contro i committenti, che hanno spinto la madre ad abbandonare il bambino utilizzando molto spesso per questo scopo il loro potere economico, possono essere penalmente sanzionati, sia direttamente come autori – dato che hanno comprato il bambino – sia almeno come complici di istigazione. Gli intermediari possono a loro volta essere considerati come i principali responsabili. Per loro la sanzione potrà essere tanto più severa in quanto non hanno la scusante di essere stati accecati dal desiderio di avere un figlio e dalla sofferenza per la sterilità. A loro è applicabile l'articolo 225-4-3 del

Codice penale, secondo cui «la tratta è punita con venti anni di reclusione e tre milioni di euro di multa, se commessa con associazione a delinquere».

Riconoscere alla gestazione per altri la qualificazione di crimine di riduzione in schiavitù e di tratta di esseri umani avrebbe conseguenze pratiche che supererebbero di gran lunga il piano delle sanzioni: ciò avrebbe implicazioni al tempo stesso sia sull'applicazione della legge nello spazio che sulla prescrizione. Senza dimenticare che si conseguirebbe un effetto fortemente dissuasivo rispetto ai candidati alla gestazione per altri e ai loro intermediari.

I procedimenti penali attivati nei confronti dei committenti sono stati abbandonati perché si trattava di reati commessi all'estero, cioè in un luogo dove non erano punibili. La situazione sarebbe diversa se l'accordo di gestazione per altri fosse qualificato come crimine – in quanto «la legge penale francese è applicabile a qualsiasi crimine commesso da un cittadino francese al di fuori del territorio della Repubblica» (Cod. pen., art. 113-6) – e soprattutto come crimine di tratta. Infatti, mentre in generale l'azione pubblica «deve essere preceduta da una querela da parte della vittima o dei suoi aventi diritto o da un'accusa ufficiale da parte dell'autorità del paese in cui il fatto è stato commesso» (Cod. pen., art. 113-8), nel caso di tratta la querela o la denuncia non sono necessarie (Cod. pen., art. 225-4-8). Poiché la gestazione per altri costituisce una forma di tratta di esseri umani, il procedimento pubblico potrebbe essere attivato senza querela o denuncia ufficiale, non appena le autorità francesi venissero a conoscenza di fatti suscettibili di una tale qualificazione.

Questa qualificazione criminale cambierebbe radicalmente altresì i termini della prescrizione. Ai sensi dell'articolo 8 del Codice di procedura penale, i termini di prescrizione dell'azione pubblica, mentre sono fissati a tre anni per i delitti, salgono generalmente a dieci anni per i crimini. Inoltre, per quanto riguarda alcuni reati particolarmente efferati, in particolare la tratta di esseri umani nei confronti di un minore, la prescrizione è di venti anni dalla sua maggiore età.

Per le persone attratte dalla tentazione di ricorrere alla gestazione per altri o di partecipare a tale pratica, il fatto di essere a conoscenza di una possibile condanna a trent'anni di reclusione per riduzione in schiavitù di un minore rappresenterebbe un fattore estremamente dissuasivo. D'altra parte le agenzie straniere che reclutano clienti in Francia (e impiegano talvolta a questo fine dei collaboratori francesi), non esitando a organizzare incontri pubblici di informazione nelle principali città francesi, sarebbero senza dubbio scoraggiate dalla prospettiva di un'ammenda di tre milioni di euro per tratta in associazione a delinquere.

B) *La lotta contro il turismo procreativo all'estero*

La lotta contro il turismo procreativo può essere facilitata per un verso dall'ampliamento del campo di applicazione territoriale della legge francese (a) e per un altro verso da una negoziazione tra la Francia e gli Stati che autorizzano la gestazione per latri (b).

a) L'ampliamento del campo di applicazione territoriale della legge francese

In base al secondo comma dell'articolo 113-6 del Codice, la legge penale francese è applicabile a qualsiasi reato punibile con la reclusione commesso all'estero alla duplice condizione che l'autore della violazione sia francese e i fatti siano punibili ai sensi della legislazione del paese in cui sono stati perpetrati. L'articolo 113-7 dello stesso codice prevede anche che essa si applichi se la vittima è di nazionalità francese al momento della violazione, ma è improbabile che questo scenario si presenti in materia di gestazione per altri. In ogni caso, in conformità con il secondo periodo dell'articolo 113-8 dello stesso codice, il perseguimento «deve essere preceduto da una querela da parte della vittima o dei suoi aventi diritto o da un'accusa ufficiale da parte dell'autorità del paese in cui l'atto è stato commesso».

Il rigore di tali disposizioni induce alcune persone a tentare di sottrarsi rivolgendosi a legislazioni straniere più permissive: ciò priva di efficacia il nostro arsenale penale in un ambito che frequentemente coinvolge una significativa dimensione internazionale. È per questo che la proposta di Valérie Boyer mirava a consentire il perseguimento di coloro che eludono il divieto francese di gestazione per altri tramite atti commessi all'estero.

L'introduzione di un nuovo articolo escludeva le tradizionali norme di applicazione territoriale del diritto penale francese. Tali norme, sancite dagli articoli 113-6 e 113-8 del Codice penale, prevedono che il diritto penale francese è applicabile ai delitti perpetrati da cittadini francesi al di fuori della Francia solo «se i fatti sono puniti ai sensi della legislazione del paese in cui sono stati commessi». Il perseguimento di questi delitti è possibile solo a condizione che sia «preceduto da una querela da parte della vittima [...] o da una denuncia ufficiale da parte dell'autorità del paese in cui è stato commesso il fatto».

Il codice penale, per il perseguimento in Francia di un certo numero di reati, esclude già l'applicazione delle condizioni di reciprocità dell'incriminazione e di denuncia ufficiale da parte dello Stato in cui sono stati commessi i fatti, come nel caso di attentati contro gli interessi fondamen-

tali della Nazione, di reati contro funzionari consolari francesi, di reati di terrorismo, di violenze sessuali contro i minori, di favoreggiamento, di sfruttamento della prostituzione, di azioni che mettono a repentaglio minori, di partecipazione ad attività mercenarie o di clonazione di esseri umani.

Non c'è alcun motivo valido per cui non si possano considerare alla stessa stregua le violazioni relative alla filiazione, il cui livello di gravità è paragonabile a quello di alcuni dei reati precedentemente menzionati. Tale ampliamento dell'applicazione territoriale della legge francese è giustificato dalla necessità di garantire il rispetto dei principi di ordine pubblico di indisponibilità del corpo umano e di indisponibilità dello status personale.

Ispirandosi a queste deroghe, il nuovo articolo 227-12-1 precisava che la legge penale francese sarebbe stata applicabile ai reati che prevedono il ricorso a una madre portatrice, l'intermediazione in vista del ricorso a questa pratica e l'istigazione a commettere queste violazioni, quando esse sono state perpetrate all'estero da un cittadino francese o da una persona abitualmente residente in Francia, anche se non sono egualmente perseguibili nel Paese in cui sono state commesse e se non sono state oggetto di una querela o di una denuncia preventiva (ultimo comma).

L'articolo dunque sopprimeva, per il perseguimento di queste violazioni, la doppia esigenza di reciprocità dell'incriminazione e di denuncia ufficiale da parte dello Stato in cui i fatti sono stati commessi.

b) Negoziare con gli Stati in cui si pratica la GPA affinché proibiscano ai cittadini francesi di farvi ricorso

Il modo più efficace per evitare che i cittadini francesi sfuggano al divieto della GPA è quello di far sì che i paesi dove questa pratica è legale vietino loro di farvi ricorso. Tale soluzione è tutt'altro che inconcepibile. Il Regno Unito consente di beneficiare della GPA sul proprio territorio alle persone residenti. Altri paesi si stanno muovendo in questa direzione, al fine di riservare l'uso di questa tecnica ai loro cittadini o ai loro residenti, spesso sotto la spinta di scandali clamorosi che illustrano le derive del turismo procreativo.

Come dare a questo movimento maggiore incisività? Diversi autori sostengono la necessità di uno strumento di regolamentazione internazionale, negoziato nell'ambito delle Conferenze dell'Aja. Il modello sarebbe la *Convenzione sulla protezione dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale*, in cui si prevede, all'articolo 17, che nessuno Stato firmatario possa decidere un'adozione in favore di cittadini stranieri se prima non sia stato accertato che questi ultimi erano stati autorizzati ad adottare nel loro paese d'origine.

La difficoltà del compito non deve essere sottovalutata. Una convenzione internazionale si configurerebbe certamente come la soluzione migliore, perché sarebbe la più universale. Tuttavia essa richiede un accordo dei diversi paesi su principi comuni, accordo che non è affatto scontato tenuto conto della diversità degli approcci nazionali in materia di gestazione per altri. Ecco perché, pur schierandomi a difesa della promozione di una convenzione internazionale, ritengo opportuno sollecitare il governo affinché consideri anche l'opportunità di stipulare accordi bilaterali, negoziati tra la Francia e ciascuno dei Paesi che permettono ai cittadini francesi di fare ricorso alla GPA. Questa politica dei piccoli passi può certamente apparire meno ambiziosa rispetto a quella delle convenzioni internazionali. È tuttavia più realistica e consentirebbe al nostro Paese, a ogni trattato firmato, di rendere più difficile l'introduzione in Francia di situazioni contrarie al nostro ordine giuridico e ai nostri valori.