

ESAME AVVOCATO 2018

Soluzione del primo Parere di Diritto Penale

a cura di

*Elio Giannangeli **

*Carolina Genoni ***

Traccia.

Tizio e Caia sposati da circa 10 anni e residenti in Italia si recano all'estero per fare ricorso alla fecondazione eterologa e portare a termine una gravidanza con surrogazione di maternità (consentita dalle leggi in vigore in loco). In particolare, la tecnica cui ricorrono i coniugi prevede la formazione di un embrione in vitro con la metà del patrimonio genetico del padre e l'altra metà proveniente da una donna donatrice.

L'embrione così generato viene impiantato nell'utero di una donna maggiorenne e volontaria che porta a termine la gravidanza. Per effetto del ricorso alle menzionate procedure i due divengono – secondo la legge straniera – genitori di Sempronio.

Al fine di ottenere la trascrizione in Italia dell'atto di nascita formato dall'ufficiale di stato civile straniero, i coniugi compilano e presentano all'ambasciata i documenti necessari ai sensi di legge di dichiarando, in particolare, che Caia è madre di Sempronio. L'ufficiale di stato civile del comune di residenza dei coniugi registra l'atto di nascita attribuendo al neonato lo stato di figlio di Tizio e Caia. Successivamente però i predetti ricevono una convocazione da parte della locale Procura della Repubblica. Preoccupati per le possibili conseguenze penali delle proprie azioni, si rivolgono dunque al proprio legale di fiducia per un consulto.

Il candidato assume le vesti del legale di Tizio e Caia, premessi cenni sulla punibilità in Italia del reato commesso all'estero, rediga motivato parere esaminando le questioni giuridiche sottese al caso in esame.

* Docente di Progetto forense e avvocato in Milano

** Avvocato in Milano

Svolgimento.

Egregi Signori Tizio e Caia,

come da intese, Vi trasmetto le mie valutazioni in merito ai fatti da Voi descritti e sintetizzabili nei termini che seguono.

Sintesi dei fatti

Voi, coniugi e residenti in Italia, vi siete recati all'estero per ricorrere alla tecnica della fecondazione mediante ovodonazione con contestuale maternità surrogata, vietata dalla legge italiana ma consentita dalla legge in vigore nel Paese ospitante.

Conformemente a quest'ultima, al termine della gravidanza l'Ufficiale di Stato Civile estero Vi ha indicati quali genitori di Sempronio nell'atto di nascita, per la cui trascrizione in Italia Vi siete rivolti all'Ambasciata.

Qui avete compilato e presentato i documenti richiesti per legge, nonché dichiarato che Caia è madre di Sempronio, ottenendo così la registrazione da parte dell'ufficiale di Stato Civile italiano dell'atto di nascita con attribuzione a Caia della qualità di madre del neonato.

Frase di collegamento

Al fine di valutare la rilevanza penale delle condotte da Voi integrate, occorre soffermarsi sulla disciplina della punibilità dei reati commessi all'estero, con particolare riferimento alla fattispecie di cui all'art. 12 comma 6 legge 40/2004, nonché sulla configurabilità degli artt. 567 comma 2 (alterazione di stato) e 495 comma 2 n. 1 (falsa attestazione o dichiarazione a un pubblico ufficiale sulla identità o su qualità personali proprie o altrui) c.p., qualora il neonato venga dichiarato figlio della donna per conto della quale è stata portata avanti la gravidanza.

Istituti giuridici rilevanti

La punibilità dei reati commessi all'estero è disciplinata agli artt. 7 ss. c.p..

Presupposto negativo per la rilevanza di tale disciplina è che il reato sia stato commesso nel territorio dello Stato italiano da intendersi, ai sensi dell'art. 4 c.p., come il territorio della Repubblica ed ogni altro luogo soggetto alla sovranità nello Stato. Ai sensi dell'art. 6 c.p. tale condizione sussiste quando in esso si siano verificati in tutto o in parte l'azione o l'omissione che costituiscono il reato, ovvero l'evento che è loro conseguenza. In tale circostanza il fatto è punito secondo la legge italiana.

Se non si versa in quest'ultima ipotesi, deve aversi riguardo alle disposizioni successive, che, in adesione al c.d. principio di "tendenziale universalità" della legge penale italiana, prevedono la possibilità della sua applicazione anche ai reati commessi all'estero.

Ai sensi dell'art. 7 c.p. tale applicazione è incondizionata in relazione ai reati ivi enumerati e caratterizzati da particolare gravità – quali, ad esempio, i delitti contro la personalità dello stato – nonché ad ogni altro reato per il quale speciali disposizioni

di legge o convenzioni internazionali stabiliscano l'applicabilità della legge penale italiana.

Secondo gli artt. 8 c.p. (Delitto commesso dallo straniero), 9 c.p. (Delitto comune del cittadino all'estero) e 10 c.p. (Delitto comune dello straniero all'estero) l'applicazione della legge penale italiana è invece subordinata alla sussistenza di taluni presupposti.

L'art. 9, in particolare, esige in primo luogo che il reato sia rilevante se punito con una pena limitativa della libertà personale. Inoltre, la disposizione richiede la presenza del cittadino nel territorio dello Stato italiano, nel caso in cui la durata della pena predetta non sia inferiore a tre anni nel minimo edittale (così il comma 1); un'apposita richiesta del Ministero della Giustizia, ovvero l'istanza di procedimento o di querela da parte della persona offesa, nel caso in cui la durata della pena sia inferiore (così il comma 2).

Sebbene le norme citate non dispongano in tal senso, è controverso in giurisprudenza se la punibilità del fatto commesso all'estero dipenda dall'ulteriore elemento della c.d. "doppia incriminazione", che sussiste ove esso sia previsto come reato tanto dalla legge italiana, quanto dalla legge straniera (tale requisito è richiesto dall'art. 13 c.p. in materia di estradizione).

Nonostante il problema teorico del ruolo della "doppia incriminazione" in relazione ai limiti spaziali della legge penale italiana rimanga irrisolto, esso assume rilievo pratico nell'ambito dell'accertamento della colpevolezza dell'imputato.

Com'è noto, con la sentenza n. 364/1988 la Corte Costituzionale ha tratto dal principio della responsabilità penale, di cui all'art. 27 comma 1 cost., l'illegittimità dell'art. 5 c.p., nella parte in cui non attribuisce rilevanza all'ignoranza inevitabile della legge penale. Nel definire i criteri per valutare l'inevitabilità dell'errore, la Corte ha fatto riferimento, *in primis*, a situazioni di incertezza oggettiva, nelle quali la norma penale risulti irriconoscibile in virtù dell'assoluta oscurità del testo legislativo o di radicali contrasti giurisprudenziali.

Si può dunque ritenere che la diatriba descritta renda obiettivamente incerto il dettato dell'art. 9 c.p. e, conseguentemente, incolpevole l'errore relativo all'applicabilità della legge penale italiana ad un fatto commesso nel territorio di uno Stato straniero, ove non sia previsto come reato dall'ordinamento di quest'ultimo.

In questo senso si è espressa di recente la Corte di Cassazione con la sentenza del 10 marzo 2015, n. 13525: *“La questione se, per punire secondo la legge italiana il reato commesso all'estero, sia necessario che si tratti di fatto previsto come reato anche nello Stato in cui fu commesso (c.d. doppia incriminabilità) è controversa in giurisprudenza. Tale circostanza assume sicuro rilievo ai fini della consapevolezza della penale perseguibilità della condotta, in quanto l'errore investe la portata applicativa dell'art. 9 c.p. L'errore sul precetto è inevitabile nei casi di impossibilità di conoscenza della legge penale da parte di ogni consociato dovuta alla mancanza di riconoscibilità della disposizione normativa oppure alle incertezze di interpretazione giurisprudenziale”*.

Le implicazioni della disciplina appena illustrata emergono con evidenza ogni qualvolta una coppia italiana si rechi all'estero per ricorrere alla maternità surrogata, prassi medica penalmente sanzionata in Italia ma consentita in molti Stati esteri.

L'art. 12 comma 6 legge 40/2004, recante norme in materia di procreazione assistita, punisce, infatti, con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità.

Con l'espressione "surrogazione di maternità" si intende fare riferimento a quelle particolari strategie procreative nelle quali si realizza una dissociazione tra maternità e generazione, allorché una donna, detta madre surrogata, porti a termine una gravidanza per conto di un'altra persona alla quale il bambino viene affidato subito dopo la nascita e che assume il ruolo "sociale" di genitore.

Tale qualifica genera diverse problematiche suscettibili di assumere rilevanza penale sul piano degli adempimenti burocratici immediatamente successivi alla nascita dell'individuo, con riferimento in primo luogo alla compilazione dello stato civile nell'atto di nascita.

Sotto questo profilo, l'art. 567 comma 2 c.p. punisce con la reclusione da 3 a 10 anni chiunque, nella formazione di un atto di nascita, alteri lo stato civile di un neonato, mediante false certificazioni, false attestazioni o altre falsità.

Ai fini della configurabilità della fattispecie è richiesta una materiale attività di alterazione che si rifletta sulla formazione dell'atto di nascita e sia idonea a creare una falsa attestazione sullo stato civile del neonato, conseguente all'attribuzione al figlio di una diversa discendenza.

Ne consegue che il momento rilevante per la consumazione del reato è esclusivamente quello della formazione dell'atto di nascita, atteso che è solo in questa sede che la falsa attestazione può determinare la perdita del vero stato civile del neonato.

Sotto il profilo psicologico, il delitto di alterazione di stato richiede il dolo generico e cioè la coscienza e volontà di rendere una dichiarazione non rispondente alla realtà rispetto allo stato civile del minore.

Qualora le dichiarazioni di nascita vengano effettuate da cittadini italiani all'estero, viene in rilievo la disposizione di cui all'art. 15 d.p.r. 396/2000, secondo cui tali adempimenti devono essere eseguiti secondo le norme stabilite dalla legge del luogo dalle autorità locali competenti.

Il rinvio alla *lex loci* operato dall'ordinamento interno funge, dunque, da norma cardine del sistema e impronta la disciplina degli atti dello stato civile formati all'estero in maniera conforme alla scelta di individuare la legge regolatrice in quella dell'ordinamento ove l'evento rilevante è avvenuto.

La legge italiana impone, dunque, ai cittadini italiani all'estero di effettuare le dichiarazioni di nascita all'ufficiale di stato civile straniero secondo la legge del luogo ove l'evento è avvenuto.

Ne consegue, pertanto, che non possa ravvisarsi alcuna alterazione di stato, qualora la dichiarazione relativa all'attribuzione di ascendenza risulti conforme alle norme stabilite dalla legge del luogo.

Nello stesso senso si è recentemente pronunciata la giurisprudenza di legittimità,

Cass. Pen., 11 ottobre 2016, n. 48696, laddove ha stabilito che *“Va esclusa l’ipotesi delittuosa di cui all’art. 567, comma secondo, cod. pen. nel caso di dichiarazioni di nascita effettuate ai sensi dell’art. 15 del d.P.R. n. 396 del 2000, in ordine a cittadini italiani nati all’estero e rese all’autorità consolare sulla base di certificato redatto dalle autorità ucraine che li indichi come genitori, in conformità alle norme stabilite dalla legge del luogo”*.

La veridicità delle informazioni riversate in atti dello stato civile è inoltre tutelata dalla fattispecie aggravata di cui all’art. 495 comma 2 n. 1 c.p., che punisce con la reclusione non inferiore a due anni chiunque renda dichiarazioni o attestazioni false al pubblico ufficiale, circa l’identità, lo stato o altre qualità della propria o dell’altrui persona.

Tale fattispecie, comunque meno grave di quella prevista dall’art. 567 comma 2 c.p. nonostante l’elemento del falso ideologico documentale che a questa la accomuna, è configurabile solo nel caso in cui la falsità non incida sul rapporto di procreazione e non cagioni un’alterazione sostanziale dello “status” del neonato (Cass. Pen., 3 luglio 1990, n. 1064), dovendo così collocarsi la dichiarazione mendace in un momento successivo a quello della formazione dell’atto di nascita di quest’ultimo.

Elemento soggettivo del delitto in parola è, anche in questo caso, il dolo generico, consistente nella consapevolezza e volontà di rendere dichiarazioni difformi dal vero.

Soluzione del caso di specie

Alla luce delle osservazioni che precedono, ho motivo di ritenere che le condotte da Voi integrate siano tutte penalmente irrilevanti.

In base alle informazioni fornite, non è revocabile in dubbio la sussistenza dell’elemento oggettivo della fattispecie di cui all’art. 12 comma 6, l. 40/2004. Nell’accertamento della Vostra penale responsabilità, tuttavia, assume rilievo decisivo la circostanza che la surrogazione di maternità sia stata interamente realizzata in uno Stato estero, ove tale pratica è perfettamente lecita.

Non interessa, a questo proposito, stabilire se l’assenza di una “doppia incriminazione” del fatto commesso all’estero, in adesione alla teoria già descritta, valga ad escludere *ob origine* la procedibilità, oppure se questa possa ravvisarsi in costanza del requisito espressamente indicato dall’art. 9 comma 2 c.p. (la richiesta in tal senso del Ministero della Giustizia).

Come illustrato, infatti, l’esistenza di un contrasto giurisprudenziale sul punto esclude la rimproverabilità della Vostra condotta, in virtù dell’oggettiva incertezza esistente in ordine all’applicabilità dell’art 12 comma 6, l. 40/2004. In presenza della causa di esclusione di colpevolezza dell’ignoranza inevitabile della legge penale ex art. 5 c.p., come rivisitato dalla Corte Costituzionale con la citata sentenza n. 364/1988, deve pertanto ritenersi che il fatto contestato non costituisce reato.

Con riferimento, invece, alle condotte immediatamente successive alla nascita di Sempronio, vale a dire le dichiarazioni di nascita rese in sede di formazione del relativo atto da parte dell’ufficiale dello Stato civile straniero, in cui venite entrambi

indicati quali genitori del neonato, e alla dichiarazione dal medesimo contenuto resa all'Ambasciata per ottenere la trascrizione del documento in Italia, si rappresenta quanto segue.

Le prime non costituiscono il frutto un'attività decettiva, né possono ritenersi false, in quanto l'atto che le ha recepite è stato validamente formato nel rispetto della legge del Paese di nascita del bambino, che ammette la maternità surrogata eterologa secondo le modalità da Voi adottate.

Ne consegue che il certificato di nascita di Sempronio non può ritenersi ideologicamente falso, il che esclude la materialità del reato oggetto di contestazione.

Non solo. È la stessa legge italiana ad imporre a Voi coniugi di accettare nell'atto di nascita del figlio partorito all'estero da madre surrogata l'indicazione di entrambi quali genitori, in forza della *lex loci* che vieta alla madre "*sociale*" di sfuggire alla responsabilità genitoriale conseguente alla nascita.

Più problematica, invece, è la prospettazione di una soluzione certa in ordine alla rilevanza penale della dichiarazione resa da Caia all'Ambasciata circa la propria qualità di madre di Sempronio. Se è pur vero che sul piano oggettivo l'attribuzione di tale qualifica non è riconosciuta dalla normativa in materia di procreazione assistita vigente nel nostro ordinamento, potrebbe tuttavia sostenersi che nel caso di specie Voi abbiate ritenuto di essere legittimati ad avviare le procedure di trascrizione in Italia del certificato di nascita, su cui, in aderenza alla *lex loci*, figuravate entrambi quali "genitori" del neonato.

Difetterebbe, in questo modo, l'elemento soggettivo richiesto per la configurabilità della fattispecie.

Preme infine precisare, per completezza, che la punibilità della violazione del divieto di maternità surrogata, di cui all'art. 12 comma 6 l. 40/2004 e della fattispecie di cui all'art. 495 comma 2 n. 1) c.p., entrambi commessi all'estero, è subordinata ad una richiesta in tal senso da parte del Ministero della Giustizia, come prescritto dall'art. 9 comma 2 c.p., che nel caso di specie parrebbe difettare, posto che le informazioni a mia disposizione nulla dicono in tal senso.

Conclusioni

In conclusione, ritengo che sia sostenibile argomentare circa la assenza di una Vostra responsabilità penale per il reato di cui all'art. 567 comma 2 c.p., perché il fatto non sussiste, e per quelli di cui agli artt. 12, co. 6., l. 40/2004 e 495 comma 2 c.p., perché il fatto non costituisce reato.

Rimango a disposizione per qualsiasi chiarimento.

Cordiali saluti,

avv.