

# Tribunale di Milano, quinta sezione penale, sentenza del 15 ottobre 2013, dep. il 13 gennaio 2014

IMPUTATI

A. C. (*padre*) dif. fid. Avv. Luigi Isolabella e Nicola Petrantoni

S. B. (*madre*) dif. fid. Avv. Luigi Isolabella e Umberto Ambrosoli

del reato di cui agli artt. 110 e 567 c. 2 cp perché in concorso tra loro nella formazione dell'atto di nascita di G. C. (nato a Kiev in Ucraina il xxxx 2010) perfezionatosi con la sottoscrizione dell'atto da parte dell'ufficiale di stato civile del comune di Milano e la contestuale trascrizione nei predetti registri avvenuta in data xxx 2010 alteravano lo stato civile del neonato mediante false attestazioni. In particolare nella richiesta di trascrizione dell'atto di nascita nei registri di stato civile del comune

di Milano da loro personalmente sottoscritta nelle rispettive dichiarate qualità di padre e madre di G. e presentata all'ambasciata italiana in Kiev il xxx 2010, dichiaravano uno stato civile del minore non conforme all'effettiva discendenza attestando falsamente che il bambino è il figlio di S. B.

In Milano il xxxx 2010 (data della trascrizione dell'atto di nascita nei registri dello

stato civile del comune di Milano)

– IN FATTO E IN DIRITTO –

1. I coniugi A. C. e S. B. venivano tratti a giudizio per rispondere dell'imputazione di alterazione di stato specificata in epigrafe.

Nel corso del dibattimento le parti concordavano l'acquisizione integrale della documentazione raccolta in corso di indagine, ai sensi dell'art. 493 comma 3 cod. proc. pen.; il Tribunale acquisiva ulteriore documentazione, sentiva il teste E. C. e procedeva all'esame degli imputati.

Le parti precisavano quindi le conclusioni, e chiedevano: il pubblico ministero la condanna dei prevenuti alla pena di due anni e tre mesi di reclusione ciascuno, previo riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche e di quella di avere agito per motivi di particolare valore morale o sociale; le difese l'assoluzione, per insussistenza del fatto.

2. L'approccio pienamente collaborativo degli imputati, che si è concretizzato nel consenso all'utilizzabilità di tutta la documentazione di indagine e nell'esame dibattimentale reso da entrambi senza alcuna reticenza, ha consentito di ricostruire i fatti in maniera completa e, sostanzialmente, incontroversa.

La vicenda trae origine dall'impossibilità di avere figli verificata, dopo il matrimonio, dalla coppia C. – B. ed è emblematica, nella sua evoluzione, delle difficoltà a realizzare il diritto alla genitorialità di cui,

nonostante l'evoluzione delle tecniche medico – scientifiche, le famiglie gravate da problemi riproduttivi continuano a doversi fare carico.

2. Dopo avere scoperto di essere affetta da una malattia autoimmune, il (XX YY), che richiedeva la sottoposizione a terapie farmacologiche di ostacolo al concepimento, nonostante i rischi per la propria salute S. B. decideva egualmente di sottoporsi ad alcuni cicli di stimolazione ormonale, sia con tecniche tradizionali che con l'assistenza di un ginecologo naturopata, e ricorreva successivamente alla fecondazione in vitro nel tentativo di rimanere incinta mettendo in pratica le tecniche mediche consentite in Italia dalla legge n. 40/2004: tutte le iniziative rimanevano, però, senza esito.

Superata nel 2008 una riacutizzazione della malattia, dopo quasi trent'anni e grazie anche all'ingresso in menopausa la signora B. sperimentava una remissione della patologia, che ne riportava alla normalità le prospettive di sopravvivenza.

Parallelamente, venivano rilanciate le possibilità di essere madre di un bambino in grado di crescere con il supporto di entrambe le figure genitoriali e ciò sosteneva, in accordo con il marito A. C., la decisione di ricorrere a nuove tecniche di procreazione medicalmente assistita che, in ragione delle condizioni sopravvenute, potevano essere praticate solamente all'estero.

Traendo spunto dalle notizie apparse su alcuni organi di stampa, la coppia si rivolgeva in un primo momento ad un centro specializzato in medicina riproduttiva statunitense; nell'ottobre 2009 decideva quindi di procedere ad una fecondazione assistita eterologa presso la clinica Biotexcom di Kiev, in Ucraina; esaminava gli aspetti medici e legali del percorso proposto e sottoscriveva un contratto di maternità surrogata con ovodonazione.

Tanto il contratto quanto l'articolazione successiva del rapporto sono stati pienamente conformi alla legge ucraina, in forza del combinato disposto degli articoli 123 e 139 del codice della famiglia, 11 del decreto del Ministero della Giustizia n. 52/5 del 18.10.2000, 5 e 7 del decreto del Ministero della Salute n. 771 del 23.12.2008.

All'esito delle apposite procedure, gli imputati – in qualità di coppia eterosessuale risultata, oggettivamente, nell'impossibilità di portare a termine una gravidanza "tradizionale" – sono stati ammessi al programma; hanno generato un figlio previa formazione dell'embrione, in vitro, con il 50% del patrimonio genetico di A. C. e l'altra metà proveniente da una ovodonatrice, individuata dalla clinica in un elenco di donne, tutte volontarie, di età compresa tra i 20 e 32 anni, in buono stato di salute, prive di malattie ereditarie, che avevano già portato a termine almeno una gravidanza generando figli nati sani e nei cui confronti non esisteva alcuna delle controindicazioni contemplate dall'art. 5 del decreto n. 771/2008; la madre surrogata cui l'embrione è stato impiantato, anch'ella volontaria, maggiorenne, con piena capacità giuridica, sottoscrittrice di un consenso informato scritto, è stata scelta da un elenco di donne che avevano avuto almeno una gravidanza propria e non presentavano controindicazioni mediche a portarne a termine un'altra.

In conformità alla legge ucraina gli imputati accettavano di corrispondere, oltre al compenso della clinica, il rimborso delle spese sostenute dalla madre surrogata, per un costo complessivo di 30.000 euro; conoscevano questa donna, di nome Natasha, già prima dell'impianto dell'embrione; in seguito, la

incontravano più volte e seguivano costantemente l'evoluzione della gravidanza, assistendo anche alla prima ecografia; si recavano nuovamente a Kiev per seguire direttamente le ultime fasi della gestazione ed il parto.

Nel frattempo l'abitazione veniva ristrutturata, per preparare la cameretta del bambino; e la signora B. provvedeva negli ultimi mesi ad indossare un cuscino addominale, in gommapiuma, per simulare di essere in stato interessante.

Il xxxx 2010 nasceva G. e l'imputata, ricoverata insieme a Natasha, se ne occupava sin dal primo istante di vita. Parallelamente, la madre surrogata attestava in forma notarile l'inesistenza di qualsiasi relazione genetica con il bambino e prestava il consenso all'indicazione dei coniugi C. quali genitori.

In base a tali presupposti, come previsto dalla legge ucraina l'ufficiale di stato civile di Kiev formava l'atto di nascita indicando in A. C. il padre e in S. B. la madre del neonato. Non avrebbe potuto provvedere diversamente: in forza dell'art. 139 comma 2 del codice della famiglia, la maternità così determinata non è soggetta a contestazione; né, alla luce dell'art. 5 comma 2 del decreto n. 771/2008, la donatrice di gameti avrebbe potuto assumere alcuna responsabilità genitoriale.

L'atto di nascita originale veniva quindi tradotto in lingua italiana ed apostillato – ovvero munito di un'annotazione che ne attesta sul piano internazionale l'autenticità e la qualità legale dell'autorità rilasciante xxxx come contemplato dalla Convenzione dell'Aja del 5.10.1961 che sopprime la legalizzazione degli atti pubblici esteri, cui hanno aderito anche Italia (con la legge di ratifica 20.12.1966 n. 1253) e Ucraina: il documento che indicava in S. B. e A. C. i genitori del neonato risultava così perfezionato, valido, completo, di autenticità certificata sul piano internazionale e suscettibile di divenire efficace anche nell'ordinamento italiano.

Al fine di sollecitarne la trascrizione e di individuare in quello di Milano l'ufficio anagrafico territorialmente competente i coniugi C. compilavano, sottoscrivevano e presentavano all'ambasciata italiana il modulo previsto dall'art. 17 d.P.R. n. 396/2000 indicando, rispettivamente, le qualità di padre e madre attestate dal certificato formato in Ucraina; su questa base, venivano rilasciati pure i documenti di viaggio necessari a rientrare col bambino in Italia.

Nell'occasione, senza che fosse necessario alla registrazione dell'atto o all'emissione dei documenti del neonato, di comune accordo gli imputati decidevano però anche di simulare nei confronti delle autorità italiane una gravidanza naturale.

In seguito alla domanda del funzionario consolare che, esaminati i visti di ingresso sul passaporto di S. B., chiedeva come le fosse stato possibile effettuare il viaggio in aereo a Kiev al nono mese di gravidanza e solo una settimana prima del parto, A. C. rispondeva (inverosimilmente) che lo stato interessante non era visibile; su consiglio del direttore della Biotexcom e con il chiaro intendimento di continuare a simulare una gravidanza naturale dopo il rientro a Milano, subito dopo avere passato i controlli di frontiera all'aeroporto di Kiev e prima di salire sull'aereo che riportava la famiglia in Italia i prevenuti distruggevano, altresì, tutta la documentazione ucraina comprovante la maternità surrogata: necessaria a lasciare il Paese, e che sarebbe stato viceversa opportuno conservare a riscontro della piena legittimità dello *status* genitoriale acquisito secondo la legge del luogo di nascita di G.. I funzionari dell'ambasciata

d'Italia a Kiev non venivano in alcun modo ingannati dalle parole di A. C. volte a rappresentare falsamente il carattere naturale della maternità della moglie: il xxxx 2010 la cancelleria consolare trasmetteva al comune di Milano l'atto di nascita, per la trascrizione, e in pari data, con separata nota ai sensi dell'art. 331 comma 1 cod. proc. pen., comunicava quanto accaduto alla Procura della Repubblica di Milano, alla Questura di Roma, al Ministero degli esteri ed all'ufficiale di stato civile di Milano.

Quest'ultimo, pur informato della probabile maternità surrogata, il xxxx 2010 decideva di registrare l'atto di nascita di G. C. comprensivo dell'attribuzione a S. B. della qualità di madre.

A differenza delle autorità giudiziarie di Bologna, Catania, Venezia, Salerno, Pordenone e Caltagirone, che in situazioni analoghe hanno definito il procedimento con un'archiviazione o una sentenza di non luogo a procedere (nei termini riscontrati dalla documentazione versata in atti), la Procura della Repubblica di Milano dava invece seguito alla notizia di reato, procedeva ad intercettazioni di cinque utenze telefoniche fisse e cellulari riconducibili agli imputati, esperiva una consulenza tecnica genetico forense che dimostrava l'incompatibilità tra il profilo genetico di G. C. e quello di S. B., confermando invece la paternità biologica dell'imputato; raccoglieva inoltre le sommarie informazioni testimoniali dei medici che hanno avuto in cura S. B., del pediatra del bambino, del custode dello stabile di abitazione, di alcuni vicini di casa e dipendenti della XY ove l'imputata insegna, acquisiva documentazione in Italia e all'estero. Su questa base chiedeva ed otteneva il rinvio a giudizio degli imputati, ipotizzando a loro carico il reato di alterazione di stato nella formazione dell'atto di nascita di G. C..

3. Non si è verificata, in realtà, alcuna alterazione di stato.

L'atto di nascita è stato formato correttamente, in Ucraina, nel rispetto della legge del luogo ove il bambino è nato, all'esito di una procreazione medicalmente assistita conforme alla *lex loci* e recependo nelle indicazioni sull'ascendenza il preciso obbligo normativo di riportare solamente il nominativo della madre sociale.

Secondo la legge ucraina, tale attribuzione all'imputata dello *status* di madre era infatti necessaria ed indefettibile. Gli imputati non avrebbero potuto rendere una dichiarazione di diverso tenore all'ufficiale di stato civile di Kiev; né questi xxxx, pienamente a conoscenza della maternità surrogata data l'acquisizione del certificato medico di nascita con indicazione della partoriente, della sua dichiarazione notarile di inesistenza di legami genetici con il bambino e dell'assenso all'indicazione nell'atto della madre legale --- avrebbe potuto agire *contra legem* e riferire la maternità alla donatrice di gameti o alla donna che aveva portato a termine la gravidanza.

Per contro, avrebbe alterato lo stato giuridico che l'autorità ucraina aveva il dovere di riconoscere al bambino, in seno all'unica famiglia che poteva essergli riferita, giusto quell'impossibile e (secondo la *lex loci*) giuridicamente errata attribuzione alla partoriente della qualità di madre di cui il pubblico ministero ha sostenuto, invece, la necessità. Lo stato civile indicato nell'atto di nascita di G. C. è dunque quello previsto dalla legge per la sua condizione di nato a Kiev da una maternità surrogata e non ha subito alcuna alterazione: l'attribuzione dell'ascendenza che alla luce della qualificazione giuridica del rapporto di procreazione effettivamente gli competeva esclude, in radice, la sussistenza dello stesso elemento oggettivo tipico della fattispecie contestata.

Considerato altresì che l'atto di nascita così compiutamente e validamente formato è stato tradotto ed apostillato nel rispetto delle condizioni che ne presidiano la validità e l'efficacia sul piano internazionale, a mente della Convenzione dell'Aja del 5.10.1961; e che per giurisprudenza costante di legittimità (cfr.

Cass. pen., sez. VI, sentenza 5.5.2008 n. 35806, Rv n. 241254; Cass. pen., sez. VI, sentenza 24.10.2002 n. 5356, Rv n. 223933; Cass. pen., sez. VI, ordinanza 14.6.1994 n. 9938, Rv n. 199164 e la giurisprudenza ivi rispettivamente ed ulteriormente richiamata) solo la falsità espressa al momento della prima obbligatoria dichiarazione di nascita è in grado di determinare la perdita del vero stato civile del neonato, mentre le dichiarazioni mendaci rese in epoca successiva possono eventualmente integrare il meno grave reato di falsa attestazione o dichiarazione su qualità personali ex art. 495 comma 2 n. 1 cod. pen., per ciò solo il reato di alterazione di stato risulta, nella specie, inconfigurabile.

Non hanno pregio, sul punto, le allegazioni del pubblico ministero in merito all'asserita incompletezza della formazione dell'atto di nascita in Ucraina ed al suo perfezionamento in Italia, da parte dell'ufficiale di stato civile del comune di Milano.

L'insostenibilità logica dell'incompletezza di un atto compiutamente formato all'estero in tutti i suoi elementi costitutivi e ritualmente sottoscritto dalla pubblica autorità del luogo di nascita del bambino; la conseguente legalizzazione mediante apposizione in calce dell'apostille, nelle forme richieste dalla Convenzione dell'Aja del 5.10.1961, impossibile qualora l'atto fosse stato incompleto e significativa, allo stesso tempo, della sua attitudine a divenire efficace anche nel nostro ordinamento; l'intero sistema normativo di diritto interno inerente il recepimento degli atti di stato civile formati all'estero ed, in particolare, il tenore letterale dell'art. 17 del d.P.R. 3.11.2000 n. 396 che ne prevede la "trascrizione" (non la rinnovazione o la formazione ex novo); l'art. 15 del medesimo d.P.R., secondo cui le dichiarazioni di nascita effettuate da cittadini italiani all'estero "devono farsi secondo le norme stabilite dalla legge del luogo alle autorità locali competenti" rendono evidente che l'atto di nascita di G. C. è stato ritualmente, completamente e validamente formato dall'ufficiale di stato civile di Kiev, in conformità alla legge italiana che rinvia a quella ucraina e senza che sia intervenuta alcuna alterazione dello *status* così attribuito al neonato in seno all'unica famiglia che gli doveva essere riferita.

Ma vi è di più: il rinvio alla *lex loci* operato dall'ordinamento interno funge da norma cardine del sistema, e impronta la disciplina degli atti dello stato civile formati all'estero in maniera conforme alla scelta – condivisa a livello internazionale – di individuarne la legge regolatrice in quella dell'ordinamento ove l'evento rilevante è avvenuto. È dunque la stessa legge italiana ad imporre ai cittadini italiani all'estero di effettuare le dichiarazioni di nascita all'ufficiale di stato civile straniero e secondo la legge del luogo ove l'evento è avvenuto: esattamente quel che A. C. e S. B. hanno fatto. Pertanto: non solo non ricorre alcuna alterazione di stato, in difetto della stessa materialità della condotta; e non solo sarebbe stato inesigibile e non sanzionabile sul piano penale l'obbligo di tenere, in territorio estero, una condotta contraria alle leggi di quello Stato. È stata la stessa norma di diritto interno a richiedere ai coniugi C. di accettare, nell'atto di nascita del figlio partorito in Ucraina da madre surrogata, l'indicazione di entrambi quali genitori, in base alla *lex loci* che vietava in particolare a S. B. – dopo la sottoscrizione del contratto di maternità surrogata – di sfuggire alla responsabilità genitoriale conseguente.

4. In questo quadro anche il richiamo all'ordine pubblico, formulato a sostegno della richiesta di condanna nel presupposto che l'atto di nascita con indicazione dell'imputata quale madre vi si ponga in contrasto insanabile, in violazione dei divieti di surrogazione di maternità e di fecondazione eterologa stabiliti in Italia dal combinato disposto degli artt. 4 comma 3 e 12 commi 1 e 6 della l. n. 40/2004, non vale ad integrare la ricorrenza di un'alterazione di stato.

In primo luogo, si tratta già astrattamente di un limite che non attiene al momento genetico della formazione dell'atto di nascita, l'unico in cui il delitto ex art. 567 cpv. cod. pen. può essere consumato,

ma quello successivo dell'eventuale recepimento degli effetti di un atto pubblico formato all'estero: la formulazione letterale dell'art. 18 del d.P.R. 3.11.2000 n. 396 chiarisce, senza possibilità di equivoco, che non è la creazione (disciplinata unicamente dalla *lex loci*) ma la successiva trascrizione dell'atto perfezionatosi nell'ordinamento straniero a potere essere inibita per tali ragioni.

L'eventuale contrarietà all'ordine pubblico si riverbera dunque non sulla completezza, validità ed autenticità dell'atto proveniente dall'autorità straniera ma sul suo recepimento: di conseguenza, seppur sussistente non avrebbe potuto rifluire nella consumazione di un'alterazione di stato, che al momento genetico della formazione dell'atto fa riferimento, e si sarebbe limitata ad inibirne l'efficacia in Italia; così come non alla formulazione della norma straniera (di cui gli imputati, all'atto di denunciare la nascita del figlio, dovevano in ogni caso fare applicazione, in ossequio alla *lex loci* ed in forza del rinvio mobile disposto dall'art. 15 del d.P.R. 3.11.2000 n. 396) ma agli effetti conseguenti, cioè alla concreta applicazione nel sistema di diritto interno, va riferito lo scrutinio di compatibilità.

L'art. 17 d.P.R. n. 396/2000 traccia, al proposito, un procedimento d'ufficio che non dipende dall'impulso di parte e prescrive all'autorità diplomatica o consolare di trasmettere all'ufficiale di stato civile gli atti formati all'estero rilevanti per la posizione dei cittadini italiani.

I coniugi C., compilando il modulo per l'individuazione dell'ufficio competente per territorio a ricevere la nota consolare di richiesta di trascrizione (quello del comune di residenza di almeno uno dei genitori del neonato) e sottoscrivendolo in qualità di genitori hanno tenuto quindi una condotta non solo priva di efficienza deterministica nella definizione dello status del figlio, già stabilito dall'autorità ucraina, ma sostanzialmente irrilevante anche ai fini della decisione di trascrivere o meno l'atto nei registri dello stato civile italiano, previa verifica della sua compatibilità con l'ordine pubblico; e si sono limitati a coadiuvare l'autorità diplomatica nell'individuazione dell'ufficio destinatario della trasmissione dell'atto di nascita, cui xxxx per il sol fatto della nascita di G xxxx il procedimento avrebbe comunque fatto capo, anche su indicazione di un terzo o, in mancanza, d'ufficio.

L'ufficiale di stato civile di Milano, cui spettava la scelta di registrare o meno l'atto, pur avendo ricevuto dall'autorità consolare l'informativa che segnalava la sospetta maternità surrogata ha deciso, infine, di procedere egualmente alla trascrizione.

Ha così assunto efficacia, anche in Italia, l'atto di nascita dell'autorità ucraina che riferisce al bambino la famiglia formata dagli imputati, comprensivo dell'attribuzione a S. B. della qualità di madre.

La valutazione di non contrarietà all'ordine pubblico degli effetti della trascrizione, implicita in questa determinazione, è conforme alla giurisprudenza di legittimità (cfr. Cass. civ., sez. III, sentenza 22.8.2013 n. 19405, Rv n. 628070) secondo cui, ai fini del diritto internazionale privato, l'ordine pubblico che impedisce l'ingresso nell'ordinamento interno degli effetti di una norma straniera che vi contrasti si identifica con l'ordine pubblico internazionale, da intendersi come complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico fondati su esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo comuni ai diversi ordinamenti nazionali.

In tale accezione, è escluso che il divieto di diventare madre ricorrendo alla fecondazione eterologa possa rientrare tra i principi fondanti dell'ordine pubblico internazionale: a tacer d'altro, per la circostanza che questa forma di procreazione assistita è praticata e consentita dalla maggior parte dei Paesi che

aderiscono all'Unione Europea (criterio adottato, tra l'altro, da Cass. civ., SS. UU., 5.7.2011 n. 14650, Rv n. 618434 per stabilire la compatibilità con l'ordine pubblico della norma inglese che ammette l'acquisto di un bene in conseguenza di un patto commissorio, in violazione del divieto contemplato dall'art 2744 c.c.) e di quelli che hanno sottoscritto la Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali firmata a Roma il 4.11.1950, di cui l'Italia è uno dei promotori.

La *Grande Chambre* della Corte europea dei diritti dell'uomo, decidendo il 3 novembre 2011 in grado di appello il caso S. H. e altri c. Austria in tema di fecondazione eterologa, ha anzi ribadito che il diritto di una coppia di concepire un figlio mediante le tecniche di procreazione assistita rientra nella sfera di applicazione dell'art. 8 della Convenzione, in quanto chiara espressione del diritto di libera determinazione nella vita privata e familiare; ha dato atto del progressivo allargamento del novero dei Paesi europei che consentono la donazione dei gameti per la fecondazione in vitro; ed ha messo in evidenza l'evoluzione particolarmente rapida nel campo della procreazione artificiale, destinata a riflettersi in un dinamismo normativo in cui non solo è escluso che il divieto stabilito dall'ordinamento italiano costituisca un principio di ordine pubblico, ma è eventualmente prospettabile che sia tale divieto, per contro, a violare la convenzione EDU.

Significativamente, l'1 aprile 2010 la Corte dei diritti dell'Uomo aveva infatti ritenuto in primo grado che il divieto di ricorrere alla fecondazione eterologa con ovodonazione, opposto ad una coppia austriaca, fosse in contrasto con gli articoli 8 e 14 della Convenzione; e la decisione d'appello, nel deciderne viceversa la compatibilità, ha preso le mosse dall'opportunità di ancorare la decisione al progresso della scienza medica ed al consenso sociale esistenti all'epoca in cui le restrizioni erano state poste (ottobre 1999), valorizzando allo stesso tempo la possibilità per gli interessati di concretizzare il proprio progetto familiare all'estero e senza incorrere in alcuna sanzione.

Alla luce dell'evoluzione delle legislazioni europee, delle norme convenzionali che sanciscono il diritto di una coppia di concepire un figlio facendo uso della procreazione assistita, della giurisprudenza della Corte EDU che richiama le possibilità aperte dalle nuove tecniche mediche e la conseguente evoluzione del consenso sociale, da riferire (come affermato dal Tribunale di Milano, I sez. civ., con l'ordinanza dell'8 aprile 2013 che ha investito la Corte Costituzionale della questione di legittimità costituzionale del divieto stabilito dall'art. 4 comma 3 della l. n. 40/2004) "all'emergere ed al consolidarsi di sensibilità collettive comuni ad ogni settore sociale, funzionali all'espansione del riconoscimento, del sostegno e della tutela dei diritti fondamentali dei cittadini"; ed alla luce delle cognizioni scientifiche e culturali acquisite, attualmente, a livello internazionale, con l'Italia rimasta una dei pochi Paesi europei (insieme a Lituania e Turchia) a vietare completamente la donazione di gameti e la fecondazione assistita eterologa, la contrarietà all'ordine pubblico internazionale degli effetti dell'indicazione dell'imputata quale madre di G. C. e gli ipotetici riflessi nella consumazione del reato vanno, dunque, esclusi.

5. La pluralità e consistenza degli argomenti che escludono un'alterazione di stato conducono quasi ad una valutazione di superfluità dell'esame degli elementi che, quand'anche il riferimento dell'art. 18 del d.P.R. 3.11.2000 n. 396 fosse all'ordine pubblico interno, renderebbero egualmente improbabile sia che gli effetti dell'atto di nascita formato all'estero vi si pongano in contrasto, sia le conseguenze astrattamente configurabili in punto di consumazione del reato.

Fermo restando che il riferimento, nel caso di specie, resta l'ordine pubblico internazionale, salvo addivenire ad un'interpretazione che cancella di fatto le diversità tra i sistemi giuridici e rende le regole di

diritto internazionale privato sostanzialmente inutili (argomento fatto proprio da Cass., sez. lavoro, sentenza 4.5.2007 n. 10215, Rv n. 597250), va infatti rilevato che il concetto di genitorialità incentrato sull'assunzione di responsabilità, su cui la determinazione dello *status filiationis* da parte dell'autorità ucraina si fonda, è patrimonio anche del nostro ordinamento.

Pur vietando la fecondazione eterologa, è la stessa legge n. 40/2004 a impedire, all'art. 9 comma 1, l'esercizio dell'azione di disconoscimento di paternità a chi, nonostante la preclusione normativa, abbia prestato egualmente il consenso a praticare questa tecnica procreativa; ed a stabilire al comma 3, al pari dell'art. 5 comma 2 del decreto n. 771/2008 del Ministero della Salute ucraino, che il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può fare valere nei suoi confronti alcun diritto o essere titolare di obblighi. Anche l'ordinamento interno, nel disciplinare gli effetti della fecondazione eterologa, valorizza dunque il principio di responsabilità procreativa e ne fa applicazione in luogo di quello di discendenza genetica: il coniuge che abbia dato l'assenso (anche per fatti concludenti) alla nascita di un bambino tramite fecondazione eterologa con l'utilizzo di gameti maschili estranei alla coppia non può esercitare l'azione di disconoscimento, per avere assunto la responsabilità di questo figlio, e ne diviene genitore nonostante lo stato civile del neonato venga così determinato in maniera estranea alla sua discendenza genetica; così come il donatore di gameti, che quella responsabilità non ha assunto, non può divenire genitore pur essendolo geneticamente.

Né si tratta di affermazioni isolate.

Il principio della responsabilità procreativa, posto prioritariamente a tutela dell'interesse del bambino, fonda le norme del codice civile che pongono limiti all'azione di disconoscimento della paternità (cfr. artt. 235 e 244 c.c.), esperibile solo a determinate condizioni e soggetta a decadenza, determinando in questi casi la preminenza del principio di autoresponsabilità su quello di derivazione biologica quale criterio di attribuzione della paternità; costituisce la ratio dell'art. 250 ult. Comma c.c., che non consente il riconoscimento del neonato da parte di soggetti che non abbiano compiuto i 16 anni, considerando che, pur avendo avuto la capacità di procreare, non abbiano la capacità e la consapevolezza necessarie ad assumere la responsabilità genitoriale; fonda l'art. 30 comma 1 d.P.R. n. 396/2000, che riconosce alla partoriente il diritto a non essere riconosciuta come madre e ne rispetta la decisione di non volersi assumere la responsabilità del neonato, cui verrebbe attribuito altrimenti un genitore che non intende assumersi quel ruolo: integrando, così, una determinazione a tutela del bambino del tutto equivalente a quella azionata dalla donna che ha partorito G. C., che ha rinunciato ad essere madre non solo con la dichiarazione notarile resa dopo la nascita e recepita dall'ufficiale di stato civile quale condizione necessaria per riconoscere l'imputata quale madre legale, ma anche all'atto dell'accettazione della funzione di gestante, effettuata con la precisa consapevolezza che secondo la legge ucraina non avrebbe acquisito alcuna responsabilità genitoriale.

Non sorprendono dunque e sono coerenti con il sistema di diritto interno quegli arresti giurisprudenziali secondo cui (la citazione seguente è tratta da Trib. Napoli, 1.7.2012) "la trascrizione dei certificati di nascita dei bambini nati con la fecondazione eterologa non è in contrasto con l'ordine pubblico ideale poiché, nel nostro ordinamento, il principio guida è quello della responsabilità procreativa finalizzato a proteggere il valore della tutela della prole, principio che è assicurato sia dalla procreazione naturale che da quella medicalmente assistita ove sorretta dal consenso del padre sociale. Pertanto l'ingresso della norma straniera, ovvero dei suoi effetti, non mette in crisi uno dei principi cardine dell'ordinamento ben



potendo coesistere ed armonizzarsi il divieto di ricorrere a tecniche di fecondazione eterologa in Italia con il riconoscimento del rapporto di filiazione tra il padre sociale e il nato a seguito di fecondazione eterologa .. anche perché questo è solo questo è l'effetto prodotto e non certo la legittimazione tout court della fecondazione eterologa". Il principio di diritto fondato sulla responsabilità procreativa, riferito nel caso di specie ad una paternità surrogata, resta il medesimo anche in rapporto ai casi di surrogazione di maternità.

D'altronde, se la legge ucraina avesse consentito di indicare nell'atto di nascita di G.C. solo il padre, la cui ascendenza biologica è incontrovertibile (situazione che non si è determinata non per effetto della scelta discrezionale degli imputati ma in conformità alla *lex loci*, al cui rispetto A. C. e S. B. erano vincolati, come precisato, anche dall'art. 15 del d.P.R. 3.11.2000 n. 396) la signora B., in quanto coniuge, avrebbe potuto adottare il bambino ai sensi dell'art. 44 della l. n. 184/1983 e si sarebbero determinati, sempre in virtù del principio di responsabilità genitoriale, gli stessi effetti concreti che sono conseguiti alla registrazione in Italia dell'atto formato dall'ufficiale di stato civile ucraino.

Ne discende che al coniuge privo di legame genetico con il bambino nato a seguito di maternità surrogata, qualora l'atto pubblico legalmente formato all'estero ne indichi la qualità di genitore di diritto, tale *status* può essere riconosciuto e registrato negli atti di stato civile italiani senza determinare un contrasto con l'ordine pubblico interno: come precisato già da Trib. per i minorenni di Taranto 7.6.2012, rigettando la richiesta del pm di aprire, in un caso analogo, la procedura di adottabilità.

Al netto di alcuni precedenti giurisprudenziali solo apparenti, che riguardano in realtà fattispecie diverse da quella che ci occupa (ad es. Trib. per i minorenni di Brescia 14.8.2012, che concerne la situazione non assimilabile dell'effettuazione in Ucraina della maternità surrogata in violazione della legge locale, data la nascita di un bambino non legato geneticamente né al padre né alla madre, cui la stessa *lex loci* impedisce che possa conseguire la formazione dell'atto di nascita con indicazione degli "*intending parents*"; e Trib. per i minorenni di Torino XXXX 16.8.2011, riferito ad un caso completamente diverso di ovodonazione senza maternità surrogata, avvenuto in Italia); e senza che occorra entrare nel merito delle tuttora pendenti questioni di legittimità costituzionale degli articoli 4 comma 3, 9 commi 1 e 3 e 12 comma 1 della l. n. 40/2004, avanzate dai Tribunali di Milano, Catania e Firenze per contrasto con gli articoli 2, 3, 29, 31, 32 commi 1 e 2 e 117 Cost., anche lo scrutinio di compatibilità con l'ordine pubblico interno non apporterebbe, quindi, elementi a sostegno della ricorrenza di un'alterazione di stato.

6. Restano sullo sfondo, e non possono orientare la valutazione tecnico giuridica in merito alla sussistenza della fattispecie contestata, le valutazioni ed i confronti, anche accesi, in merito ai delicati problemi bioetici sollecitati dall'evoluzione delle tecniche mediche di procreazione assistita: il cui riverbero ha inciso, verosimilmente, sulla scelta della pubblica accusa di riferire agli imputati l'attenuante di avere agito per motivi di particolare valore morale e sociale.

Nel merito, l'ampio dibattito culturale e dottrinale si accompagna all'attesa per la decisione della Consulta in merito alla compatibilità costituzionale dei divieti che costituiscono il cardine della l. n. 40/2004; e al richiamo della CEDU al legislatore nazionale perché conosca ed utilizzi i progressi della scienza medica ed il consenso della società, prevedendo norme che rispettino e rispecchino il divenire dei valori in gioco, secondo una prospettiva dinamica.

Le sfide e gli orizzonti aperti dalle tecniche di procreazione assistita quali nuove forme di riproduzione umana sono numerosissimi.

La necessità di fornire risposte giuridiche adeguate allo sviluppo scientifico, che mediante l'unione di gameti rende ormai virtualmente possibile qualsiasi forma di fecondazione artificiale, si rapporta alla difficoltà di elaborare soluzioni conformi ai valori che l'ordinamento si è dato; e tutto ciò in un mondo interconnesso, in cui i limiti di qualsiasi legge nazionale sono sempre più evidenti. Una fragilità di cui, a ben vedere, ha cognizione già il legislatore che ha approvato la l. n. 40/2004, data la scelta di affiancare al divieto di fecondazione eterologa la regolamentazione (cfr. art. 9) delle situazioni giuridiche che alla sua violazione o elusione fanno capo.

La conseguente probabilità che la disomogeneità delle soluzioni fornite dai diversi ordinamenti solleciti l'espansione di una sorta di turismo riproduttivo; e che, attraverso il rinvio mobile alla *lex loci* disposto dall'art. 15 del d.P.R. n. 396/2000, si aprano prospettive che rendono il divieto ancora più debole, legittimando i cittadini italiani a generare all'estero figli eterologhi, purché nel rispetto delle leggi del luogo, discendono di conseguenza.

Lo scenario, già complesso, è reso ancor più intricato dall'entità dei valori in gioco e dalla molteplicità degli approcci possibili.

Le interpretazioni che, alla stregua della l. n. 40/2004, pongono la fecondazione assistita in un ambito medico e la vedono come una terapia dell'infertilità, afferente all'art. 32 Cost. ed al diritto alla salute di chi la pratica, risultano così difficilmente conciliabili con quelle che, valorizzando l'obiettivo sottostante di avere figli, pongono maggiormente l'accento sulla natura di nuova modalità di costituzione della famiglia, tutelata dall'art. 29 Cost..

Ciascuna visuale rinvia ad un insieme di problematiche.

La declinazione sempre più estesa del diritto alla salute, inteso anche come diritto delle coppie infertili di ricorrere alla migliore tecnica medico scientifica per superare la propria patologia, si collega così alla denuncia del possibile carattere discriminatorio dei divieti previsti dalla l. n. 40/2004, sotto il profilo del diverso trattamento riservato alle coppie infertili in condizione di produrre gameti fecondati artificialmente rispetto a quelle che non ne sono in grado; accompagna le spinte alla piena realizzazione della vita privata e familiare, confluenti nel diritto di autodeterminarsi in ordine al loro sviluppo; prospetta il problema delle antinomie, in merito a questi profili, tra il diritto interno e la Convenzione EDU e condiziona il confronto tra regole italiane ed internazionali, che nei divieti posti dalla l. n. 40/2004 trova un punto di tensione evidente.

Le nuove forme di procreazione comportano, se possibile, contrapposizioni ancor più radicali nel raffronto tra il concetto di famiglia fondato e regolato dal diritto naturale e quello che ne accentua il carattere di istituto fondato sul libero accordo dei contraenti, per cui lo stato di figlio deriva dal consenso espresso dai genitori alla venuta al mondo di un nuovo nato e l'atto di volontà sottostante alla nascita di un figlio biologico è assimilabile a quello richiesto per avere un figlio eterologo. Questa dinamica è incalzata dal progresso delle tecniche che consentono di dissociare la filiazione dalla sua dimensione biologica e mettono in discussione la concezione della famiglia come "società naturale", ampliando la forbice tra genitorialità legale e maternità o paternità naturali: divengono infatti possibili nuovi equilibri tra il concetto naturale e quello legale di genitorialità, e l'espansione del principio di responsabilità procreativa imprime nuovo slancio alla giuridizzazione in senso contrattualistico della famiglia e del rapporto di filiazione.

Si compone così uno scenario irto di rischi e ricco di opportunità, in cui convergono tra l'altro la fissazione dei confini della libertà di coscienza come diritto all'autodeterminazione; la valutazione del rapporto tra i divieti della l. n. 40/2004 ed i postulati della laicità dello Stato; le possibilità aperte in favore delle coppie omosessuali; l'esigenza di definire i rapporti della procreazione assistita con l'istituto dell'adozione; l'inquadramento e la tutela dei diritti del figlio eterologo, a partire da quello di conoscere le proprie origini biologiche; la necessità di fronteggiare il pericolo di sfruttamento delle donne, specie quelle economicamente svantaggiate; l'eventualità che si pervenga ad atti di disposizione dei gameti umani alla stregua di una merce o che attraverso le tecniche di fecondazione eterologa si possa giungere a forme di selezione eugenetica.

In tale contesto, il Tribunale ritiene essenziale conservare l'equilibrio tra le funzioni reciproche delle Corti, della legge e della libera scienza.

La possibilità che, nei casi di specie, qualora non vi sia la consumazione di un'alterazione di stato il meccanismo previsto dall'art. 15 del d.P.R. n. 396/2000 segni la via di una sostanziale elusione dei divieti di fecondazione eterologa e di maternità surrogata non può essere affrontata superando i limiti segnati dai principi di legalità e tassatività della fattispecie incriminatrice; né, alla luce degli assetti normativi attuali che consentono la registrazione degli atti di nascita dei figli eterologhi formati all'estero, giustificare un'interpretazione *in malam partem* di tipo analogico e trascendere in un'interpolazione creativa della fattispecie, sul presupposto della ritenuta insostenibilità degli effetti che altrimenti ne conseguono.

7. In definitiva, e per le ragioni che precedono: la di per sé dirimente formazione dell'atto di nascita di G.C. in Ucraina, nei termini previsti dall'art. 15 del d.P.R. n. 396/2000 e nel rispetto integrale della *lex loci*; il perfezionamento di tale atto all'estero; la conformità all'ordine pubblico internazionale degli effetti conseguenti al suo recepimento e la mancanza di contrasto con l'ordine pubblico interno, di cui sono sintomo la stessa decisione dell'ufficiale di stato civile di Milano di trascrivere l'atto; e la carenza radicale degli elementi costitutivi del reato convergono nel dimostrare che l'alterazione di stato descritta all'imputazione non sussiste, in mancanza dello stesso evento tipico consistente nella dichiarazione che altera lo stato di nascita.

Questa conclusione, limitatamente al presupposto logico del perfezionamento dell'atto all'estero, sembra addirittura riflessa dalla scelta accusatoria di non esercitare l'azione penale nei confronti dei funzionari dell'ambasciata italiana a Kiev, che hanno trasmesso il documento per la trascrizione pur rappresentandosi che vi era indicata una madre surrogata, e dell'ufficiale di stato civile di Milano, che ha proceduto alla registrazione dopo essere stato parimenti informato della surrogazione di maternità.

Qualora lo stato giuridico del neonato si fosse definito solo all'esito della trascrizione negli atti dello stato civile italiano e, come sostenuto all'imputazione, ne fosse intervenuta l'alterazione si sarebbe potuta prospettare, infatti, l'ipotesi di un concorso nella consumazione del reato del personale diplomatico e del funzionario dell'anagrafe di Milano, consapevoli di procedere al cospetto di una maternità surrogata. Il che, evidentemente, non è: come supposto dallo stesso pubblico ministero nei confronti di questi attori del procedimento di registrazione, sia pure non traendone le conseguenze anche nei confronti degli imputati: in primo luogo per l'insussistenza di qualsiasi alterazione; ma anche perché il personale consolare e l'ufficiale di stato civile italiano sono intervenuti all'esito del perfezionamento dell'atto di nascita, all'estero, in tutti i suoi elementi.

Ciò non esclude che la condotta di A. C. e S. B., nella parte in cui è stata diretta non solo ad accompagnare la procedura di trascrizione ma anche a simulare nei confronti dell'autorità consolare una gravidanza naturale, conservi rilevanza penale sotto il profilo dell'immutazione del vero in ordine a qualità personali così effettuata, innanzi ad un pubblico ufficiale e nell'ambito di un procedimento destinato a riverberarsi in un atto pubblico, ovvero nella registrazione in Italia da parte dell'ufficiale di stato civile.

In questi termini la prospettazione del pubblico ministero che riferisce al comportamento dei coniugi C. un profilo di offensività, non condivisibile nelle conclusioni in merito alla qualificazione giuridica alla stregua di un'alterazione di stato, merita invece di essere seguita.

Al proposito, gli elementi istruttori hanno chiarito che la domanda relativa a come sia stato possibile per S. B. viaggiare in aereo dall'Italia a Kiev in stato interessante e a pochi giorni dal parto, cui A. C., in accordo con la moglie, ha risposto falsamente, non ha costituito un *pour parler* o un'iniziativa estemporanea del funzionario della cancelleria consolare, ma era parte di una procedura appositamente seguita per individuare i casi di turismo riproduttivo e di maternità surrogata che, secondo fonti dell'ambasciata, si nascondono dietro le 38 nascite di cittadini italiani registrate in Ucraina nel 2010.

L'autorità consolare nei cui confronti la dichiarazione era rivolta svolge all'estero le funzioni di ufficiale di stato civile: anche a prescindere dalla natura del procedimento, destinato a concludersi con la registrazione nei repertori dello stato civile nazionale, l'elemento oggettivo del reato costituito dalla qualifica del soggetto cui la dichiarazione è stata indirizzata risulta, dunque, integrato.

L'informazione richiesta era inoltre destinata a consentire all'ufficiale di stato civile italiano di assumere le proprie determinazioni e di trascrivere o meno l'atto con cognizione del carattere, surrogato o biologico, della maternità retrostante; gli imputati ne erano consapevoli e la volontà espressa dalla risposta di A. C. era evidentemente quella di incidere, attraverso la falsa allegazione, sull'esito di questo procedimento, tanto da assumere parallelamente anche la decisione di disfarsi, prima di passare la frontiera italiana, di tutta la documentazione che avrebbe potuto ricondurre alla maternità surrogata. La condotta decettiva, materialmente posta in essere dal solo imputato con riferimento al colloquio negli uffici consolari in occasione della presentazione della richiesta ex art. 17 d.P.R. n. 396/2000, cui la signora B. non era presente, è stata realizzata infine con il concorso e la piena condivisione della moglie. L'imputata, infatti, non solo ha sottoscritto questo modulo per la trascrizione a Milano dell'atto di nascita, al cui inoltro le parole di A. C. erano accessorie, ma ha sempre manifestato il proposito di simulare una gravidanza naturale e lo ha tradotto in una serie di comportamenti concludenti, in cui quello che costituisce reato si inserisce: sia precedentemente, in Italia, indossando una pancia posticcia negli ultimi mesi precedenti al parto della madre surrogata; sia successivamente, all'aeroporto di Kiev, distruggendo insieme al marito i documenti inerenti alla procreazione medicalmente assistita; e quindi nuovamente in Italia, mantenendo in accordo con il marito la simulazione di maternità naturale nei rapporti sociali, ivi compresi tutti quelli muniti di evidenza pubblica (ad esempio, nei confronti del pediatra del bambino), salvo che nei confronti di una ristrettissima cerchia privata di persone.

Si tratta, con riferimento ad ambedue gli imputati, di elementi inequivoci di riscontro della volontà concorde di indurre in errore e simulare il carattere naturale dello *status filiationis* di G., pure nei confronti della pubblica autorità, ampiamente confermati – qualora ve ne fosse stato bisogno – dalle intercettazioni telefoniche.

Il fatto presenta dunque tutti gli elementi costitutivi del delitto di false dichiarazioni ad un pubblico

ufficiale su qualità personali destinate ad essere recepite in atti dello stato civile, contemplato dall'art. 495 cpv. n. 1 cod. pen.; né rileva, ai fini della consumazione del reato, che il falso fosse sostanzialmente inutile, non abbia ingannato il personale diplomatico e non abbia inciso in maniera determinante sulla decisione dell'ufficiale di stato civile di Milano.

Si tratta però di un reato comune commesso all'estero, punito con pena minima inferiore ai tre anni ed in ordine al quale manca la condizione di procedibilità della richiesta del Ministro della giustizia, contemplata dall'art. 9 comma 3 cod. pen..

L'attribuzione al fatto di una definizione giuridica diversa da quella enunciata all'imputazione determina quindi, necessariamente, la declaratoria di improcedibilità riportata in dispositivo.

P. Q. M.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

IL TRIBUNALE DI MILANO – QUINTA SEZIONE PENALE

Visti gli artt. 521, 529 cpp

dichiara

non doversi procedere nei confronti di A. C. e S. B. perché, qualificato il reato

loro ascritto ai sensi dell'art. 495 cod. pen., lo stesso è improcedibile ai sensi dell'art. 9

cod. pen.

Motivazione entro novanta giorni.

Milano, 15.10.2013

IL GIUDICE ESTENSORE

IL PRESIDENTE

GIUSEPPE CERNUTO