

NOTA ALLA SENTENZA 15 OTTOBRE 2013 DELLA V SEZIONE PENALE
TRIBUNALE DI MILANO,
GIUDICE ESTENSORE: DOTT. GIUSEPPE CERNUTO.

In un caso di fecondazione assistita eterologa, nello specifico di maternità surrogata, il Tribunale di Milano ha escluso che possa configurarsi il delitto di alterazione di stato ex art. 567 co. 2 c.p. qualora il neonato venga dichiarato figlio della donna per conto della quale è stata portata avanti la gravidanza - invece che come figlio della partoriente o della donatrice dell'ovulo fecondato - se l'atto di nascita è stato formato validamente nel rispetto della legge del Paese in cui il bambino è nato (nel caso di specie, l'Ucraina).

La V sezione penale del Tribunale di Milano con sentenza del 15 ottobre 2013, depositata il 13 gennaio 2014, ha assolto una coppia imputata per il reato di alterazione di stato di cui all'art. 567 comma 2 c.p.

La sentenza affronta con estrema lucidità e coerenza uno di quei temi che eviterei definire con l'inflazionata dicitura “eticamente sensibili” ma che costituisce un vero e proprio *diritto civile*, afferente al piano dell'autodeterminazione nelle scelte procreative. La sentenza infatti non si limita ad enunciare i motivi di diritto in base ai quali il reato contestato non si configura, ma si spinge ad individuare temi correlati sulla base della giurisprudenza internazionale nonché sulla base della percezione sociale dei divieti in oggetto in una prospettiva laica e pluralista.

L'esaustività della sentenza probabilmente vanifica il senso di qualsiasi nota, ma nonostante tale consapevolezza riteniamo di commentarla brevemente sia con lo scopo di omaggiarla, sia con lo scopo di porre in luce alcuni aspetti “collaterali” di questa preziosa decisione.

Il fatto è noto, e non isolato: una coppia italiana, affetta da sterilità non superabile tramite tecniche di tipo omologo (le uniche ammesse, seppur con forti limiti, in Italia), decide di rivolgersi ad un centro di procreazione assistita ucraino per intraprendere un percorso di surrogazione di maternità. Il contratto di surrogazione, nonché lo svolgimento del rapporto, come risulta dalla sentenza in commento, sono stati totalmente conformi alla normativa ucraina in materia, sulla base degli artt. 123 e 129 del codice della famiglia, nonché di una serie di decreti ministeriali che regolano lo svolgimento e le modalità di tale procedura¹. La coppia, ammessa al programma presso la clinica Biotexcom di Kiev, ha generato un figlio previa formazione dell'embrione *in vitro* formato con gamete maschile del Sig. A.C, appartenente alla coppia, e gamete femminile proveniente da ovidonatrice individuata dalla clinica in un elenco di donne tutte volontarie e in buono stato di salute.

¹ Art. 11 del Decreto del Ministero della Giustizia n. 52/5 del 18.10.2005, artt. 5 e 7 del decreto del Ministero della Salute n. 771 del 23.12.2008.

La madre surrogata, in cui l'embrione è stato poi impiantato, presentava le stesse caratteristiche dell'ovodonatrice. Oltre al pagamento della clinica, la coppia ha provveduto a sostenere le spese per la gravidanza ammontanti a 30.000 euro.

Una volta nato il bambino, l'ufficiale di stato civile di Kiev formava l'atto di nascita indicando i coniugi come legittimi genitori. L'art. 139 comma 2 del codice di famiglia infatti considera tale procedura perfettamente lecita e non soggetta a contestazione. L'atto di nascita originale veniva tradotto in italiano e apostillato²: tramite tale procedura il documento risultava perfezionato, valido e completo sul piano internazionale.

Il documento però, necessitava di un ulteriore passaggio – fase dalla quale scaturisce il procedimento penale in oggetto – ovvero la trascrizione nell'ufficio anagrafico competente in Italia, tramite presentazione di apposito modello all'ambasciata italiana di Kiev. L'ambasciata italiana trasmetteva al comune di Milano l'atto di nascita per la trascrizione ed in quella stessa data comunicava i fatti 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 trascriveva l'atto di nascita come da documentazione prodotta a Kiev.

Su questo punto, ed in via preliminare, occorre evidenziare che nell'agosto 2011 il Ministero degli Esteri diffuse un documento destinato alle ambasciate italiane il quale forniva indicazioni precise sul comportamento che il funzionario consolare dovesse assumere in presenza di una sospetta maternità surrogata. Il documento afferma letteralmente che “in presenza di atti di nascita formalmente validi, il funzionario consolare sebbene a conoscenza del fatto che la nascita derivi da maternità surrogata, deve accettare gli atti e inoltrarli al Comune competente dando tuttavia nel contempo opportuna informazione delle particolari circostanze della nascita al Comune e alla procura della Repubblica”. È dunque prassi comune che il funzionario consolare accetti gli atti già perfezionati e li inoltri al competente comune per la trascrizione. Solo in un momento successivo, eventualmente, si darà inizio ad un accertamento dei fatti in sede penale, con riferimento al reato di alterazione di stato.

Il delitto di alterazione di stato contemplato dall'art. 567 c.p. si configura quando *“Chiunque, mediante la sostituzione di un neonato, ne altera lo stato civile è punito con la reclusione da tre a dieci anni. Si applica la reclusione da cinque a quindici anni a chiunque, nella formazione di un atto di nascita, altera lo stato civile di un neonato, mediante false certificazioni, false attestazioni o altre falsità”*.

Naturalmente l'ipotesi contestata alla coppia in questo procedimento è quella relativa al secondo comma, ovvero l'ipotesi c.d. documentale e non materiale dell'alterazione.

² Secondo la Convenzione dell'Aja 5.10.1961 l'apostille può essere apposta solo su atti completi. Dunque le allegazioni del PM in merito alla presunta incompletezza della formazione dell'atto di nascita in Ucraina e al suo perfezionamento in Italia non sono sostenibili.

Da un punto di vista strettamente oggettivo il reato si consuma nella formazione di un atto di nascita, ovvero nella fase relativa alle attestazioni sullo status del nato, che andranno a formare l'atto di nascita. Il fatto tipico dunque investe una fase ben determinata, non estendendo la punibilit  a fasi successive quali la trascrizione dell'atto.

L'art. 15 del DPR 396/2000 prevede chiaramente che le dichiarazioni di nascita effettuate da cittadini stranieri all'estero alle autorit  locali competenti, devono farsi secondo le norme stabilite dalla *legge del luogo*. E dunque la stessa normativa italiana a richiedere che si proceda secondo la *lex loci*, e nel caso di specie, l'unica possibilit  legittima secondo la legge ucraina, la quale conferisce validit  al contratto di surrogazione di maternit , era quella di attribuire la genitorialit  alla coppia italiana. Questo rappresenta dunque il motivo fondante della sentenza, che poi prosegue facendo leva sulla totale assenza di profili di tipicit  in una condotta come quella in commento: l'atto di nascita si   perfezionato a Kiev, luogo dove la pratica eterologa di surrogazione di maternit    consentita e disciplinata in modo da conferire automaticamente la genitorialit  alla coppia che per qualsiasi motivo decida di entrare in uno dei vari programmi possibili. Dunque non era configurabile il reato contestato: solo la falsit  espressa al momento della dichiarazione di nascita   idonea a determinare la perdita del vero stato civile del neonato, mentre le dichiarazioni mendaci rese successivamente possono al massimo integrare altri reati comunque non contestati alla coppia³.

Invero, a parere di chi scrive, nonostante ai fini di una esaustiva sentenza di assoluzione si condivida a pieno la scrupolosa analisi afferente al piano dell'assenza di tipicit  della condotta, da sola idonea ad escludere il reato, forse sarebbe bastato, anche per sancire una volta del tutto la portata del tenore della legge 40/2004, fare riferimento ad una disposizione della legge che regola proprio le situazioni derivanti dal ricorso a tecniche di procreazione eterologa. Invero, la surrogazione di maternit  altro non   che un'ipotesi di procreazione eterologa.

La disciplina della fecondazione di tipo eterologo si ricava dal combinato disposto dell'art. 4, comma 3, dell'art. 9, comma 1 e dell'art. 12, comma 1 della legge 40/2004.

Il divieto   sancito dall'art. 4, comma 3, per il quale “  vietato il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo”. Successivamente, il legislatore ha per  regolamentato lo status del nato in violazione del divieto ex art. 4, comma 3, prevedendo che molte coppie avrebbero

3 Sulla base della ricostruzione dei fatti la sentenza, dopo aver escluso la configurabilit  del reato di alterazione di stato, rileva come questi integrino al massimo il reato di cui all'art. 495 comma 1 c.p. ovvero le false dichiarazioni ad un pubblico ufficiale sulle qualit  personali destinate ad essere recpite in atti dello stato civile. Si tratta pero' di un reato comune commesso all'estero per il quale manca la condizione di procedibilit  della richiesta del Ministero della giustizia di cui all'art. 9 comma 3 c.p.p.

comunque fatto ricorso a tale pratica procreativa⁴. L'art. 9, comma 1 afferma che “*qualora si ricorra a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo (...) il coniuge o il convivente (...) non può esercitare l'azione di disconoscimento della paternità, (...) né l'impugnazione (...)*”, definendo incontrovertibilmente lo *status* del nato da tecniche eterologhe.

Per ciò che concerne i rapporti tra il divieto *de quo* e l'art. 567 c.p., l'articolo 9 della l. 40/2004 prevede dunque che qualora la coppia ricorra a tecniche di fecondazione eterologa, in violazione del divieto dell'art. 4, comma 3, il coniuge o il convivente il cui consenso è ricavabile da atti concludenti, non può esercitare l'azione di disconoscimento della paternità nei casi previsti dall'articolo 235 c. c., né l'impugnazione di cui all'art. 263 c. c.. Tale nuova disposizione definisce inammissibile, a priori, l'azione di disconoscimento precludendo, di fatto e di diritto, la possibilità che venga eliminata la falsità che costituisce il reato e rendendo irrealizzabile l'interesse che la norma penale (art. 567) intenderebbe tutelare, cioè il diritto alla verità dello *status* del nato. In base alla recente normativa si intende dunque offrire sicuramente una tutela massima al nato da una fecondazione di tipo eterologo. Tale normativa nello stesso tempo “liceizza” un caso di “alterazione di stato” rendendo dunque inoperante l'articolo codicistico in esame.

E' dunque la stessa legge sulla procreazione assistita, i cui limiti e le cui contraddizioni sono state fino ad oggi oggetto di numerosissime sentenze di merito e di legittimità, anche di provenienza internazionale, a regolare chiaramente il caso in cui si violi il divieto di procreazione eterologa. Il legislatore, nella consapevolezza che un divieto di tale portata sarebbe stato frequentemente disatteso, ha dunque deciso di definire lo *status* civile del nato da procreazione di tipo eterologa. Tale previsione svela tutta l'ipocrisia che si cela dietro i vari irragionevoli divieti imposti dalla legge 40/2004.

Ma pur tralasciando le ormai note critiche e denunce che in questi anni abbiamo con grande determinazione sostenuto, e' lapalissiano che laddove si escluda l'azione di disconoscimento della paternità e si presuma invece la genitorialità della coppia che si avvale di tecniche eterologhe, fra cui appunto, la surrogazione di maternità, l'alterazione di stato non possa neppure lontanamente paventarsi.

Nello specifico, la surrogazione di maternità – topograficamente disgiunta dal divieto di procreazione eterologa – ma concettualmente affine ad essa, e' un divieto contemplato dall'art. 12 comma 6. A differenza della procreazione eterologa “semplice” ovvero quella per la quale sono coinvolti solo gameti esterni alla coppia, la surrogazione di maternità non e' vietata *sic et simpliciter*, bensì ne e' vietata la *commercializzazione*. Vietare la commercializzazione della tecnica procreativa in questione

4 Per i dati relativi al fenomeno del turismo procreativo <http://www.osservatorioturismoprocreativo.it/>.

ha una portata sicuramente diversa rispetto al divieto assoluto di ricorrervi. Il maggior disvalore è infatti tradotto con il ricorso alla sanzione penale della reclusione da tre mesi a due anni e la multa da 600.000 ad un milione di euro.

Si ritiene, dunque, che in quanto tecnica eterologa, seppur dai profili più complessi, la surrogazione di maternità sia vietata al massimo in virtù dell'art. 4 comma 3 della legge 40, laddove appunto si fa generico riferimento alla procreazione eterologa, e che dunque possa eventualmente comminarsi la relativa sanzione amministrativa. Ne discende che come in tutti i casi procreazione eterologa, il ricorso alla maternità surrogata e dunque la procreazione di un figlio nato tramite la suddetta tecnica debba essere regolamentato tramite il citato art. 9 comma 1 della legge, con automatica esclusione di qualsiasi forma di *alterazione di stato*.

Nonostante sia stato spesso sottolineato che il bene oggetto di protezione della norma è ravvisabile nell' "abusata" dignità umana, meno chiaro risulta il danno effettivo che il ricorso alla maternità surrogata possa arrecare alla dignità umana, e in che misura tale bene possa essere leso, soprattutto allorquando manchi un corrispettivo economico, e tutto avvenga su una base puramente solidale.

Si ripropone dunque il dubbio relativo all'inflazionato utilizzo della dignità umana come bene tutelato e soprattutto in cosa consista la condotta lesiva sanzionata⁵.

La sentenza in commento ha il pregio di aver fornito un quadro chiaro ed esaustivo sulle varie motivazioni sia strettamente penalistiche (afferenti al piano della tipicità), sia ricavabili da un'interpretazione organica delle norme nazionali ed internazionali, per le quali il reato di alterazione di stato ex art. 567 c.p., in riferimento a casi di maternità surrogata effettuata in Paesi in cui tale tecnica è consentita, non sia configurabile.

In attesa della ormai prossima pronuncia della Corte Costituzionale⁶, investita sulla questione relativa alla legittimità del divieto di procreazione eterologa, dunque, tale precedente diventa prezioso per orientare la prassi giurisprudenziale.

5 Alcuni studi americani della *Surrogate Mothers, Inc.* rilevano che su circa duemila bambini nati negli S. Uniti, in meno dell'1% dei casi è nata una controversia. Il motivo di questa minima percentuale sta nel fatto che ogni potenziale madre surrogata è sottoposta ad un accurato esame. Steven Litz, avvocato e direttore dal 1984 della *Surrogate Mothers Inc.*, spiega che le condizioni minime iniziali delle aspiranti mamme surrogate sono tre: un'età compresa tra i 18 e i 35 anni, almeno un figlio e buone condizioni di salute. In seguito sono sottoposte a diversi controlli. Sono controllate le loro dichiarazioni, i referti medici delle precedenti gravidanze la fedina penale; infine sono sottoposte ad un esame psicologico completo, insieme all'eventuale marito. Secondo Litz, questa attenta selezione difficilmente offre sgradite sorprese.

6 L'udienza della Corte Costituzionale per la verifica di costituzionalità relativamente alle tecniche eterologhe è stata fissata per il giorno 8 aprile 2014.

Francesca Re

Dottore di Ricerca in Diritto Penale presso l'Università di Roma Tor Vergata