

Il GIP di Milano e la maternità surrogata in Italia

Trib. Milano, Ufficio Gip-Gup, sentenza 8 aprile 2014 (est. Gennaro Mastrangelo)

MATERNITÀ – DEFINIZIONE – RILEVANZA DEL LEGAME GENETICO, DEL PROGETTO DI GENITORIALITÀ – ATTRIBUZIONE DELLA MATERNITÀ – FATTO SOLO NATURALE – ESCLUSIONE – FATTO ISTITUZIONALE – SUSSISTE

Anche il diritto di famiglia, campo elettivo del concetto polisemico e forse solo descrittivo di status, è stato investito dalla dissociazione tra il dato naturale della procreazione e la contrattualizzazione delle forme di procreazione, quest'ultimo fenomeno variamente normato nei sistemi giuridici nazionali. Di fronte a questo stato di cose, la stessa definizione della maternità è ormai controversa. A fronte della maternità surrogata in dottrina si dà rilievo, alternativamente, alla gestazione, al legame genetico, al progetto di genitorialità, oppure si crea un criterio composito che attribuisce la maternità a colei che assume due tra le tre funzioni – volontà, apporto genetico, gravidanza – che costituiscono la maternità. Nel silenzio della legge sulla riconoscibilità in Italia di una maternità surrogata realizzata all'estero, essa è stata ammessa (App. Bari, sent. 13.2.2009, Fam. Min., 2009, p. 50) ed anche in altri paesi è avvenuto ciò, valorizzando l'interesse del minore (High Court of Justice, 9.12.2008, Law Report. Family Division, 2008, EWHC 3030). Può dunque dirsi, anche da un punto di vista comparatistico, che l'attribuzione della maternità e della paternità non è più un fatto naturale ma un "fatto istituzionale", dipendendo dalle scelte del Legislatore.

(Massime a cura di Giuseppe Buffone - Riproduzione riservata)

IL GIUDICE
dr. Gennaro Mastrangelo

Nel procedimento indicato in epigrafe, all'esito dell'udienza camerale del giorno 8.4.2014, con l'intervento del Signor Pubblico Ministero, dr. Cristian Barilli, ha pronunciato e pubblicato, mediante lettura del dispositivo e della contestuale motivazione, la seguente

SENTENZA

nella causa penale contro

A, nato in Milano il ...1965, residente ed elettivamente domiciliato *omissis*

B, nata in Milano il ...1959, residente ed elettivamente domiciliata in *omissis*

Difesi entrambi di fiducia dall'Avvocato ..

I M P U T A T I

Riproduzione riservata

Del reato p. e p. dagli artt. 110, 567 c.p. perché, in concorso tra loro, dopo aver fatto ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita mediante fecondazione di tipo eterologa e surrogazione richiedevano ed ottenevano la trascrizione dell'atto di nascita formato presso la Corporazione Municipale di Greater Mumbai (India) richieste personalmente presentate da A in data 25.1.2012 al Consolato Generale d'Italia in Mumbai ed in data 1.2.2012 all'Ufficio di Stato Civile del Comune di Milano, trascrizione effettuata in data 27.2.2012 – così alterando lo stato civile di C (n.2 gennaio 2012 in Mumbai), la maternità del quale veniva attribuita, contrariamente al vero, a B. In Mumbai (India) il 25.1. e il 1.2.2012

Persona offesa dal reato: C, nato il 2.1.2012 e residente in *omissis*, presso il curatore speciale Avvocato ... – Via .. – Milano

CONCLUSIONI

P.M.: chiede affermarsi la penale responsabilità di entrambi gli imputati in concorso, concesse le circostanze attenuanti generiche nella loro massima estensione, pena finale, già ridotta per il rito, anni 1 e mesi 8 di reclusione. Difesa: in principalità chiede l'assoluzione perché il fatto non sussiste; in subordine perché il fatto non costituisce reato stante la mancanza dell'elemento soggettivo; in ulteriore subordine, concesse le circostanze attenuanti generiche e la circostanza attenuante dell'aver agito per motivi di particolare valore morale e sociale, minimo della pena, sospensione condizionale della stessa e non menzione della condanna.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Gli imputati, a mezzo di procuratore speciale, all'udienza preliminare del 25.3.2014 chiedevano la celebrazione del rito abbreviato e, a questo ammessi, le parti concludevano come sopra. All'udienza del giorno 8.4.2014 le parti effettuavano brevi repliche. Il P.M. sottolineando in maniera critica come le pronunce richiamate dalla difesa fossero riferibili a casi di alterazione di stato commessa in Italia, laddove nel caso di specie la condotta è parzialmente avvenuta all'estero. L'Avv. Rongo stigmatizzava la perfezione dell'atto di nascita secondo la *lex loci* indiana, rilevando, inoltre, come la condotta tenuta da A presso l'Anagrafe del Comune di Milano fosse una richiesta di trascrizione di atto già formato all'estero e non una dichiarazione di nascita.

Con comunicazione del 25.1.2012 n. Prot. 211 il Consolato Generale d'Italia in Mumbai trasmetteva alla Procura della Repubblica in sede ed all'Anagrafe del Comune di Milano la richiesta di trascrizione dell'atto di nascita di C, n. in Mumbai il 2.1.2012, effettuata da A e B ai sensi degli artt. 15 e 17 DPR 396/2000. Precisava la missiva: «sebbene il relativo certificato di nascita [...] non menzioni la circostanza, si ritiene verosimilmente trattarsi di un caso di filiazione in via surrogata, di fatto consentita in India sia pure in un quadro di incertezza normativa. Al riguardo si fa presente che, come da allegata copia del passaporto della Signora B, la stessa risulta entrata in India il 30.12.2011 essendo il minore in oggetto qui nato il 2.1.2012»

La richiesta di trascrizione dell'atto di nascita effettuata presso il Consolato d'Italia è a firma di A e riporta come generalità dei genitori quelle proprie e di B.

Il certificato di nascita, rilasciato dal Governo del Maharashtra, del minore p.o. e con le generalità degli imputati quali genitori, indica la loro residenza in Italia, alla *omissis* ed il loro indirizzo al momento della nascita del bambino in

DR L H HIRANANDI Hospital Hill, SID, HIRANANDI GARDENS, POWAI, MUMBAI.

Della faccenda veniva investita la Procura della Repubblica presso il Tribunale per i Minorenni di Milano e l'Ufficiale dello Stato Civile del Comune di Milano sospendeva la trascrizione dell'atto di nascita del minore.

Il P.M. della Procura della Repubblica presso il Tribunale per i Minorenni in data 15.3.2012 sentiva gli imputati i quali riferivano che B nel 2003 aveva affrontato cure radioterapiche e chemioterapiche per patologia tumorale le quali ne avevano «compromesso la capacità riproduttiva, in particolare di produrre ovociti» per cui essi, conviventi, decidevano di recarsi in India per procedere a fecondazione eterologa con materiale genetico donato da A e donazione anonima dell'ovocita. Alla richiesta di precisare come fosse avvenuta la fecondazione ed all'interno di quale utero si fosse sviluppato il nascituro i due dichiaravano: «la fecondazione è stata extrauterina ma preferiamo non specificare come poi sia avvenuto il *transfer* e l'impianto dell'embrione dove l'ovulo si è sviluppato». Entrambi ribadivano di aver pedissequamente rispettato le leggi in vigore dello Stato ove il figlio era nato.

Veniva dunque aperto un ricorso per la dichiarazione dello stato di abbandono del minore siccome C risultava minore non riconosciuto da alcuno.

L'atto di nascita veniva successivamente trascritto in data 27.2.2012.

Gli imputati venivano sentiti dal Tribunale per i Minorenni, che ha dichiarato non luogo a provvedere sul ricorso per la adottabilità, ed in quella sede è emerso che il seme utilizzato è quello di A e che sono intervenute due donne anonime, l'una ha fornito l'ovulo da fecondare e l'altra ha portato avanti la gravidanza. Trattasi dunque di un caso di maternità surrogata c.d. totale. Entrambi i soggetti erano a piena conoscenza della illiceità della loro condotta in Italia – «*il nostro intento era comunque procedere con una tecnica che, sebbene non consentita nel nostro paese, non lo fosse in altro*», cfr. dichiarazioni B, p. 3, n. 1, sent. TM Milano del 3.8.2012).

Dalle comunicazioni rese dal Console Generale d'Italia in Mumbai risulta un'estrema incertezza giuridica circa la legittimità dei c.d. contratti di surrogazione, i quali sono tutt'al più tollerati dall'ordinamento d'origine, e la cui legittimità parrebbe fondarsi solo sulle linee guida stilate dall'Indian Medical Council, tanto che, al momento dei fatti, era pendente all'esame del Parlamento indiano un Surrogacy Bill.

Sentiti dal P.M. presso questo Tribunale in data 11.1.2013, essi riferivano di essersi rivolti alla pratica surrogatoria a causa della sterilità di B, di aver preso informazioni su *internet* e altri mezzi di informazione, di essersi consultati con due legali italiani esperti in materia, di essere a piena conoscenza dei divieti di cui alla L. 40/2004 e di alcuni provvedimenti giurisdizionali di archiviazione in casi simili, di aver seguito la legislazione indiana che, tra l'altro, impone l'indicazione dei soli genitori committenti negli atti relativi al minore. Con specifico riguardo alla domanda effettuata presso gli Uffici dell'Anagrafe di Milano, B dichiarava: «*non abbiamo mai dichiarato di essere i genitori biologici. Ribadisco che abbiamo chiesto solo la trascrizione di un atto formalmente valido [...] la richiesta è stata fatta di comune accordo*».

Gli imputati, il 25.1.2012, presentavano al Console d'Italia il certificato di nascita formato dalle competenti autorità indiane secondo la *lex loci* ed apostillato ai sensi della Convenzione dell'Aja del 5.10.1961, cui hanno aderito anche Italia ed India, ai fini della sua trascrizione nei competenti registri dello Stato Civile in Italia, nel caso di specie quello del Comune di Milano ed in data

1.2.2012 all'Ufficio di Stato Civile del Comune di Milano richiedevano detta trascrizione. Queste le due condotte contestate.

Occorre però soffermarsi, preliminarmente, sulla condotta tenuta da A e B al momento della redazione dell'atto di nascita e sulla legislazione indiana in materia per decidere in merito all'azione penale, anche in ragione delle considerazioni effettuate dalla difesa nella sua memoria depositata all'udienza del 25.3.2014.

L'art. 567 C.p. nel suo comma secondo, il primo essendo riferibile all'infante già iscritto nei registri dello stato civile, punisce chi alteri lo stato civile, a mezzo delle descritte falsità, «nella *formazione* dell'atto di nascita».

Sebbene tale formazione si avvenuta all'estero, è applicabile la legge penale italiana in base all'art. 9 C.p.

Il momento della formazione dell'atto di nascita è essenziale nella decisione giacché è a tale momento che si riferisce la disposizione incriminatrice. Come osserva la Cassazione in un caso concreto, seguendo un incontrastato orientamento di legittimità, l'elemento discriminante tra il reato di alterazione di stato e quello di false indicazioni sulle generalità risiede nella contestualità o meno alla redazione dell'originario atto di nascita delle dichiarazioni mendaci, ideologicamente false, sul rapporto di procreazione del neonato, siccome «soltanto la falsità espressa al momento della prima obbligatoria dichiarazione di nascita è, infatti, in grado di determinare la perdita del vero stato civile del neonato. La dichiarazione falsa resa in sede di formazione dell'atto di nascita altera lo stato del neonato, attribuendo al figlio riconosciuto una discendenza che non gli è propria secondo natura, l'interesse protetto dall'art. 567 c.p., comma 2, essendo integrato dall'interesse del neonato a non vedersi attribuire uno stato civile difforme da quello che gli spetta in virtù dei dati costitutivi reali», così, in motivazione, Sez. 6, n. 35806 del 5.5.2008, P.G. in proc. G. e altro, Rv. 241254; conforme a Cass. Sez. 6, 24.10.2002 n. 5356/03, Poletti, Rv. 223933.

Ovviamente, al momento di redazione della disposizione, il Legislatore storico non poteva che avere in mente la situazione scientifica e culturale dei suoi tempi, superata poi nel tempo senza alcun intervento di ammodernamento della fattispecie penale, nonostante i primi moniti in lontani precedenti giurisprudenziali (Trib. Roma, 30.4.1956, in *Foro it.*, 1956, I, 1212).

Secondo l'ordinamento italiano, è madre colei che ha partorito il figlio (arg. ex art. 269, comma 3, C.c.; Trib. Roma, 30.4.1956, cit. e Trib. Cremona, 17.2.1994, in *Foro it.*, 1994, I, 1576 sulla prevalenza del dato naturale su ogni altro). La stessa L. 40/2004, pur non disciplinando la maternità surrogata, all'art. 9, comma 2, stabilisce che «la madre del nato a seguito dell'applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita non può dichiarare la volontà di non essere nominata, ai sensi dell'articolo 30, comma 1, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396». Tale disposizione è funzionale ad evitare che la donna committente possa adottare, ex art. 44, c. 1, lettera b), L. 184/1983, il bambino frutto della c.d. genitorialità condivisa, con un meccanismo avallato dalla giurisprudenza minorile (come consentito da App. Salerno, Sez. minori, decreto 25.2.1992, *NGCC*, 1994, I, 177)

Con l'avanzamento della tecnologia si è assistito all'avveramento della profezia di quel giurista inglese che, nella seconda metà dell'800, delineando le linee evolutive del diritto, coniò la famosa espressione *from status to contract*. Anche il diritto di famiglia, campo elettivo del concetto polisemico e forse solo descrittivo di *status*, è stato investito dalla dissociazione tra il dato naturale della procreazione e la contrattualizzazione delle forme di

procreazione, quest'ultimo fenomeno variamente normato nei sistemi giuridici nazionali. Di fronte a questo stato di cose, la stessa definizione della maternità è ormai controversa. A fronte della maternità surrogata in dottrina si dà rilievo, alternativamente, alla gestazione, al legame genetico, al progetto di genitorialità, oppure si crea un criterio composito che attribuisce la maternità a colei che assume due tra le tre funzioni – volontà, apporto genetico, gravidanza – che costituiscono la maternità. In giurisprudenza si è dato maggiore rilievo al dato genetico, osservando che «la madre genetica svolge un ruolo insostituibile rispetto all'identità del nato mentre la madre gestante ha una funzione accessoria e come tale “intercambiabile” potendo [...] essere sostituita in un futuro che non pare lontano da dispositivi tecnologici» (Trib. Roma, ord. 17.2.2000, *Fam. Dir.*, 2000, p. 151 ss.)

Nel silenzio della legge sulla riconoscibilità in Italia di una maternità surrogata realizzata all'estero, essa è stata ammessa (App. Bari, sent. 13.2.2009, *Fam. Min.*, 2009, p. 50) ed anche in altri paesi è avvenuto ciò, valorizzando l'interesse del minore (High Court of Justice, 9.12.2008, *Law Report. Family Division*, 2008, EWHC 3030).

Può dunque dirsi, anche da un punto di vista comparatistico, che l'attribuzione della maternità e della paternità non è più un fatto naturale ma un “fatto istituzionale”, dipendendo dalle scelte del Legislatore.

Al momento della formazione dell'atto di nascita gli imputati, pur consapevoli, secondo l'ordinamento italiano, della contrarietà alla realtà materiale dello stato di filiazione *a latere matris*, hanno approfittato dello stato della “normazione” locale indiana, che, in assenza di un diritto puntuale, lasciava ampio spazio all'autonomia privata, senza escludere forme di sfruttamento delle condizioni socioeconomiche delle donne indiane. Le circostanze che gli atti siano stati apostillati, contrariamente all'assunto difensivo, non ne certifica la regolarità sostanziale giacché, come la legalizzazione, l'*apostille* consiste nella attestazione della qualifica legale del pubblico ufficiale, o funzionario, che ha sottoscritto l'atto, e l'autenticità del suo sigillo o timbro, ma non riguarda la validità o l'efficacia dell'atto in sé.

Occorre dunque fare riferimento all'ordinamento indiano che, da un punto di vista comparatistico, è da definirsi misto, siccome presenta caratteri di *civil law* e di *common law*.

La prima e fondamentale decisione fu resa dalla Supreme Court of India, *Baby Manji Yamada Petitioner Versus Union of India & Anr. Respondents*, (C) NO. 369 OF 2008 che, in sostanza, ammise la maternità surrogata. In quel caso si poneva la questione di chi fosse «the real mother whether it was anonymous egg donor or the surrogate mother». Il certificato di nascita fu rilasciato a nome del solo padre genetico. Successivamente il Regional Passport Office emise un «certificate of identity as part of a transit document and not the Passport. Certificate did not contain nationality, mother's name or religion of the baby».

Nel caso, più recente, risolto dalla High Court of Gujarat, Appeal No. 2151 of 2009, 11.11.2009, *Jan Balaz v Union of India*, doveva decidersi se un minore, nato in India con surrogazione totale da una madre indiana ed il cui padre biologico era straniero, potesse acquisire la cittadinanza di quel Paese. Stando alla ricostruzione effettuata dalla sentenza circa le questioni di diritto, per i punti che interessano:

l'accordo tra le parti può essere fatto senza alcun controllo pubblico – «*After full discussion with Dr. Nayanaben Patel of the Clinic, surrogate mother was made known about the method of treatment. She had also agreed to hand over the child to the petitioner and his wife on delivery. Further surrogate*

mother had also agreed that she would not take any responsibility about the well being of the child and the biological parents would have legal obligation to accept their child and that surrogate mother would deliver and the child would have all inheritance facts of a child of biological parents as per the prevailing law » - dunque secondo uno schema totalmente negoziale;

sull'atto di nascita il nome della madre era inizialmente quello della straniera infertile, moglie del padre biologico, ma fu successivamente sostituito con quello della madre biologica; secondo la Corte « *anonymous Indian woman, the egg donor, in our view, is not the natural mother. She has of course a right to privacy that forms part of right to life and liberty guaranteed under Article 21 of the Constitution of India*», quindi la madre genetica ha un diritto, costituzionalmente presidiato dalla Costituzione Indiana, di non essere indicata nel certificato di nascita del minore;

la legislazione indiana presenta, in effetti, aspetti controversi circa la maternità surrogata, come appare dalle memorie del *Regional Passport Officer* e da quanto scrivono i giudici: «*commercial surrogacy is never considered to be illegal in India (...) Law Commission of India in its 220th Report on Need for Legislation to regulate Assisted Reproductive Technology Clinics as well as rights and obligations of parents to a surrogacy has opined that surrogacy agreement will continue to be governed by contract among parties, which will contain all terms requiring consent of surrogate mother to bear the child, agreement of a husband and other family members for the same, medical procedures of artificial insemination, reimbursement of all reasonable expenses for carrying the child to full term, willingness to hand over a child to a commissioning parents etc*»;

sullo specifico punto delle indicazioni da apporre nell'atto di nascita, prosegue la Corte: «*Law Commission has also recommended that legislation itself should recognize a surrogate child to be the legitimate child of the commissioning parents without there being any need for adoption or even declaration of guardian. Further it was also suggested that birth certificate of surrogate child should contain names of the commissioning parents only and that the right to privacy of the donor as well as surrogate mother should be protected*».

L'*Indian Council of Medical Research (ICMR)* aveva dettato delle *guidelines* in materia e la *Law Commission of India* aveva stilato il *228th report on Assisted Reproductive Technology*, osservando come «*The birth certificate of the surrogate child should contain the name(s) of the commissioning parent(s) only*».

Dunque al momento della formazione dell'atto di nascita gli imputati osservarono la legislazione indiana.

Passando alle due condotte successive, evidenziate nel capo d'imputazione, la prima è quella avvenuta in Mumbai.

A il 25.1.2012 si presentava presso il Consolato Generale d'Italia in Mumbai e, ai sensi degli artt. 15 e 17 DPR 396/2000, richiedeva la trascrizione dell'atto di nascita del figlio nei registri del Comune di Milano, indicando quali generalità dei genitori quelle proprie e di B.

Tale condotta, non potendo integrare il reato di alterazione di stato per le considerazioni appena esposte, non integra nemmeno il reato di cui all'art. 495 C.p., ipotesi sussidiaria nella giurisprudenza che si è occupata di casi simili.

La richiesta di trasmissione dell'atto di nascita all'Anagrafe italiana per la sua successiva trascrizione, effettuata all'Autorità consolare, è prevista

obbligatoriamente dalla legge e non ha effetto alcuno sulle posizioni giuridiche coinvolte. Essa da un lato non vale ad immutare lo stato civile della p.o., in base a quanto già osservato in precedenza, dall'altro nemmeno costituisce una falsa attestazione o dichiarazione poiché con la suddetta richiesta A si è limitato a richiedere, per via mediata, la trascrizione di un atto, condotta che non comporta, di per sé, alcun effetto giuridicamente apprezzabile, dovendo poi la trascrizione essere effettuata dall'Ufficiale dello Stato Civile del Comune di Milano. Del resto A, nel richiedere la trasmissione dell'atto di nascita del figlio, non poteva che riportare i dati in esso contenuti, essendo la compilazione del modulo consolare per forza di cose collegata al documento di nascita di cui si chiedeva la trascrizione all'anagrafe milanese. Anche qualora tale ragionamento non fosse condivisibile, trattandosi di reato commesso all'estero e punito con pena edittale inferiore nel minimo ad anni tre, ai sensi dell'art. 9 C.p. sarebbe stata necessaria la richiesta del Ministro della Giustizia, che manca, difettando quindi una condizione di procedibilità. Il giorno 1.2.2012 entrambi gli imputati si presentavano presso l'ufficio di Stato Civile del Comune di Milano chiedendo la trascrizione dell'atto di nascita del figlio.

A, compilando il modulo agli atti, nel quale veniva reso edotto di quanto previsto dall'art. 76 DPR 445/2000, indicava se stesso quale padre e la B quale madre di C.

Discussa è la funzione della trascrizione e sul punto si è soffermata anche la difesa, ritenendo che la trascrizione non abbia effetti costitutivi dello *status filiationis*.

Secondo un'opinione dottrinale, essa avrebbe un effetto di documentazione e di notizia di quanto avvenuto davanti all'Autorità straniera. Secondo altra, con la trascrizione si acquisiscono dichiarazioni e atti negoziali ricevuti dall'Autorità straniera ai quali si riconosce la medesima forza probatoria che la legge annette a quelli ricevuti in Italia: è come se essi fossero fatti davanti all'Ufficiale di Stato civile italiano e solo nel momento della trascrizione produrrebbero gli effetti loro propri quindi, nel caso di specie, attribuirebbero lo *status* di figlio.

Sembra più corretto ritenere che la trascrizione abbia un effetto mera di pubblicità nei Registri di quanto già formatosi all'estero, essendo l'atto originario quello produttivo di effetti. In giurisprudenza si è infatti parlato, in relazione ad un atto di morte formato all'estero poi trascritto in Italia, di acquisto della «medesima efficacia probatoria degli atti dello stato civile formati in Italia» (Sez. 3, Sentenza n. 9687 del 03/05/2011, Rv. 617939); ancora la Suprema Corte ha affermato che «l'atto di nascita redatto da un'autorità straniera diviene operativo nel nostro ordinamento per effetto della sua trascrizione nei registri dello stato civile italiani, senza necessità di procedimento deliberativo», Sez. U, Sentenza n. 2186 del 28/03/1985, Rv. 440063, *Giust. Civ.*, 1986, 2, 523. Si veda anche Cass. civ. Sez. I, 09/03/1988, n. 2358, in motivazione («Le obbligazioni di natura patrimoniale aventi titolo nel rapporto di filiazione naturale sorto da un atto di riconoscimento (il quale [...] non abbisogna di un provvedimento giurisdizionale di delibazione per produrre i suoi effetti nei confronti del cittadino italiano che quel riconoscimento abbia effettuato all'estero), in quanto correlate per legge al riconosciuto rapporto di filiazione naturale e non già a un (non necessario) atto negoziale di assunzione delle obbligazioni stesse (che, anch'esso, non richiede, per ciò, un provvedimento giurisdizionale di delibazione), restano disciplinate dalla legge regolatrice del rapporto in tal modo costituito»). Del resto la dottrina specialistica, allorché discute della opponibilità ai terzi

dell'atto formato all'estero, proprio in considerazione della natura della pubblicità offerta dai registri dello stato civile, afferma che l'atto o il provvedimento sono opponibili non dal giorno della trasmissione da parte dell'autorità consolare, bensì da quello della loro trascrizione.

In base a questa ricostruzione non si può affermare che la richiesta di trascrizione effettuata all'Ufficiale di Stato Civile sia costitutiva dello *status* di C, con ciò che ne consegue in tema di configurabilità del reato contestato.

Resta da valutare la possibile sussumibilità della condotta nell'articolo 495 C.p. e della sua forma concorsuale.

Che entrambi gli imputati si siano presentati presso gli uffici dell'Anagrafe di Milano è pacifico (cfr. comunicazione dello Stato Civile di Milano, 8.2.2012, a firma di Anna C. Colombo, inviata alla Procura della Repubblica in sede). La citata funzionaria, nel verbale di sommarie informazioni rese al P.M. in data 19.10.2012, afferma che successivamente vi furono numerose telefonate, da parte di A e forse anche di B, per chiedere notizie sulla pratica. Del resto, considerando anche le dichiarazioni rese dall'imputata B al Tribunale per i Minorenni – «*il nostro intento era comunque procedere con una tecnica che, sebbene non consentita nel nostro paese, non lo fosse in altro*», cfr. sent. TM Milano del 3.8.2012, p. 3, n. 1) –, nonché quelle rese al P. M. precedente in data 11.1.2013 da B – «*la richiesta è stata fatta di comune accordo*» – è palese la compartecipazione di entrambi a tutte le fasi della maternità surrogata, della quale quella avvenuta a Milano altro non è che l'ovvio esito finale.

In via preliminare occorre sgombrare il campo da ogni considerazione circa l'interesse del minore, evocato sia dal Curatore speciale che dalla difesa, siccome tale profilo non attiene, in alcun modo, ai profili penalistici della vicenda, potendo trovare apprezzamento nelle procedure di adottabilità o nella trascrizione in Italia degli atti di nascita da maternità surrogata formati all'estero.

Tanto va fatto anche circa la prospettazione della difesa secondo la quale, siccome l'Ufficiale dello Stato civile avrebbe potuto rifiutare la trascrizione, la responsabilità penale degli imputati deriverebbe da un comportamento altrui, in violazione del principio costituzionale della natura personale della stessa. Tale argomentazione è, in sé illogica, poiché fraintende la natura e lo scopo del potere attribuito all'Ufficiale d'anagrafe dall'art. 18, DPR 396/2000, ed assolutamente contraddittoria con quanto sempre sostenuto dalla difesa, ovvero sia che lo *status* si è formato all'estero mediante la legislazione indiana. Ritenere quanto meglio specificato a pagina 10 della memoria del 25.3.2014, significa attribuire alla trascrizione una natura costitutiva che, in base alle premesse della stessa difesa, non le compete.

Contrariamente a quanto ritenuto circa la condotta tenuta presso il Consolato, laddove, per quanto già detto, più che dichiarazione vi fu solo un'attività materiale di riempimento di un modulo per la sua materiale trasmissione in Italia, all'Anagrafe A fu ammonito sulle conseguenze penali delle sue false o mendaci dichiarazioni e, nel dichiarare che C fosse figlio anche di B, commise il reato di cui all'art. 495, c. 2, n. 1), C.p.

Il documento prodotto agli atti, pur unico nella sua materialità, può essere logicamente scisso in due parti.

La prima attiene alla mera riproduzione nel modulo offerto dall'Anagrafe di Milano dei dati contenuti nell'atto di nascita estero. Ciò non può qualificarsi come dichiarazione, sia per il suo contenuto, sia perché essa è materialmente obbligata dovendo corrispondere a quanto contenuto nell'atto di cui si richiede la trascrizione.

La seconda parte attiene al momento dichiarativo vero e proprio, preceduto dall'ammonizione ex art. 76, DPR 445/2000.

Ed infatti, in tale momento, avvenuto in Italia e davanti all'Ufficiale di Stato Civile di Milano, essi non potevano ignorare, ed infatti non ignoravano per loro stessa ammissione, che il rapporto di filiazione dal lato materno fosse falso secondo l'ordinamento italiano, e ciò risulta, senza ombra di dubbio, dalle dichiarazioni di B, dalle loro ricerche su *internet* prima di determinarsi a scegliere l'India, dal grado di acculturazione di entrambi.

Tale attività decettiva era diretta a sottrarre al patrimonio conoscitivo dell'Ufficiale d'anagrafe un elemento potenzialmente valutabile ai fini del rifiuto della trascrizione, ai sensi dell'art. 18 DPR 396/2000, per contrarietà all'ordine pubblico. Ai fini della consumazione del reato non rileva né che, in concreto, non è ritenuto contrario all'ordine pubblico internazionale la trascrizione in Italia di un atto di nascita da maternità surrogata (come ritenuto da Tribunale Napoli, decreto 1.7.2011, App. Bari, sent. 13.2.2009, cit.), né che il falso fosse sostanzialmente inutile (Sez. 6, n. 7515 del 26/05/1998 - dep. 24/06/1998, Rotondo S, Rv. 211248). A seguito della modifica recata dalla L. 24.7.2008 n. 215 e dall'espunzione dall'art. 495 del riferimento all'atto pubblico, l'oggettività giuridica del reato si è spostata dalla tutela della pubblica fede alla tutela degli interessi della P.A., tra i quali quello al corretto accertamento della identità personale e dell'espletamento efficiente ed efficace dei propri compiti.

La loro condotta è stata accompagnata dalla volontà di rendere dichiarazioni false e ciò basta richiedendo la disposizione il dolo generico (Sez. 5, n. 41166 del 03/07/2008 - dep. 04/11/2008, Borri, Rv. 241593).

Resta da valutare se nella condotta dei correi fosse configurabile un errore scusabile, atteso che essi hanno più volte ribadito, anche a mezzo del loro procuratore, di essersi comportati secondo la legge dal momento che, secondo l'ordinamento indiano, il loro rapporto col figlio era validamente costituito. L'errore rilevante ai sensi dell'art. 47 C.p., che nella specifica ipotesi sarebbe quello su una legge diversa da quella penale, attributiva, secondo l'ordinamento italiano, della qualità di madre, è solo quello «sul fatto» e siccome tale disposizione è il "rovescio del dolo", la relativa causa di giustificazione «[...] è esclusa dalla sussistenza nell'agente del dubbio» (Sez. 2, n. 5975 del 09/11/2011 - dep. 15/02/2012, Lamia e altro, Rv. 252697), dubbio di certo mancante in entrambi i correi. Né può ritenersi sussistente una ignoranza inevitabile della legge penale, anche alla luce della sentenza della Corte Costituzionale del 24.3.1988 n. 364, in ipotesi ingenerata dalle allegate pronunce e dalle notizie reperite dagli imputati prima di determinarsi alla surrogazione.

Così provati i fatti, tenuto conto dei criteri di cui all'art. 133 C.p., vista la incensuratezza di entrambi e le loro condizioni personali, tenuto conto della condotta tenuta nella procedura presso il Tribunale per i Minorenni, inizialmente reticente, e della successiva collaborazione, appare equa una pena contenuta nel minimo edittale, pari ad anni 2 di reclusione.

Non si ritengono sussistenti gli elementi per concedere l'attenuante di pena di cui all'art. 62, comma primo, n. 1, C.p.

Essa è stata interpretata dalla giurisprudenza di legittimità in maniera talmente restrittiva da renderla di rarissima applicazione, ma il principio di conservazione dei valori giuridici, riconosciuto più volte dalla Corte Costituzionale (cfr. ex multis, sent. n. 368 del 9.7.1992), deve condurre a

preferire «l'interpretazione che, senza inciampi logico-formali o insensatezze assiologiche, lascia 'viventi' e non solo 'vigenti'» le disposizioni (Cass., Sez. IV penale, sent. 13903/2014, ud. 28.2.2014, Est. Dovere, in motivazione). Né un allontanamento da questa prospettiva comporta il rischio di soggettivismo giudiziario o di negazione delle scelte di penalizzazione del Legislatore siccome, trattandosi di attenuante soggettiva, essa non rimette in gioco il significato delle norme in concreto violate, bensì, in aderenza a quanto osservato giustamente dalla dottrina, si presta a far entrare nella fissità del diritto positivo gli aspetti più contraddittori, imprevedibili e talvolta drammatici che la storia di ciascun reato può presentare.

Ora, se è pur vero che il desiderio di genitorialità è pregevole e la famiglia, intesa in senso lato, è oggetto di specifica tutela costituzionale, tanto non vale allorché tale desiderio sia soddisfatto ad ogni costo, anche a probabile discapito del nascituro. La legislazione nazionale, dalla Costituzione alle legge sulle adozioni, nazionali ed internazionali, dedica grandissima attenzione a che il desiderio di genitorialità non urti contro i diritti del minore – essendo quella del suo superiore interesse una clausola estremamente, vaga ai confini della dubbia costituzionalità – e non travalichi il dato materiale, cioè le condizioni per mezzo delle quali due soggetti possano *naturalmente* generare. È sì vero che tali cautele sono apprestate anche in considerazione della specificità del minore adottando, il quale ha avuto un'esperienza di vita negativa ed ha costruito un attaccamento che deve poi rescindere per crearne un altro, ma tali principi possono essere applicati anche nel caso, come quello di specie, in cui tali elementi specifici manchino.

Il padre di C ha ora 48 anni e la madre, paziente oncologica, 54 anni, ed il loro progetto genitoriale non appare meditato, in relazione alle soggettive esperienze di vita (si vedano le pertinenti dichiarazioni riportate in nota nella sentenza del Tribunale per i Minorenni). L'attenuante in parola, «postula che, nell'intenzione dell'agente, l'azione delittuosa sia preordinata ad eliminare una situazione effettivamente esistente, ritenuta immorale o antisociale», Sez. 5, n. 31635 del 24/06/2008 - dep. 29/07/2008, Beolchi, Rv. 241180. Nella vicenda di specie questo elemento difetta completamente, essendo la condotta tenuta finalizzata a realizzare un proprio desiderio, senza considerazione alcuna della "socialità" dell'azione intrapresa. A prescindere da ogni valutazione etica, ovviamente preclusa in questa sede, il dibattito intorno all'applicazione delle scoperte tecnologiche in materia di filiazione, è assolutamente aperto nell'opinione pubblica, nelle scienze e nella bioetica e le possibilità offerte dalla scienza in questa materia sono talmente vaste da potersi immaginare esiti tali da far obliterare qualunque considerazione dei diritti del nascituro, il quale potrebbe divenire strumento per la soddisfazione del desiderio di genitorialità della madre malata terminale, del padre psicotico, della coppia i cui figli sono stati dichiarati in stato di adottabilità e che intendano procrearne altri eludendo il controllo del TM, di genitori assai in là negli anni, dei cugini primi, ecc. Tali condotte metterebbero, come hanno messo, il diritto con le "spalle al muro", nella penosa scelta di tutelare il minore e di non privarlo dei suoi genitori "tecnologici". Tutte le decisioni riportate hanno deciso di dare ingresso alle pratiche riproduttive proprio in virtù della tutela del minore, terzo inconsapevole di un contratto al quale è rimasto estraneo (Supreme Court of India, *Baby Manji Yamada Petitioner Versus Union of India & Anr. Respondents*, (C) NO. 369 OF 2008; High Court of Justice, 9.12.2008, *Law Report. Family Division*, 2008, EWHC 3030; App. Salerno, Sez. minori, decreto 25.2.1992, *NGCC*, 1994, I, 177)

Anche le circostanze attenuanti innominate non possono essere riconosciute atteso che, a parte la incensuratezza, di per sé sola insufficiente, non si ravvisano altri elementi specifici da valutare positivamente a favore dei prevenuti, né la scelta del rito è tale, trattandosi di mero esercizio di un diritto processuale.

La pena, ridotta per il rito, va determinata in anni 1 e mesi 4 di reclusione. Stante la mancanza di precedenti penali degli imputati può essere loro concessa la sospensione condizionale della pena e la non menzione della condanna, in assenza di elementi di segno contrario (Sez. 4, n. 2773 del 27/11/2012 - dep. 18/01/2013, Colo', Rv. 254969)

P. Q. M.

Visti gli artt. 438 ss C.P.P, 163 e 175 C.p

DICHIARA

A e B, nata a Milano il 24.3.1959, colpevoli del reato di cui agli artt. 110 e 495, c. 2, C.p., così qualificati i fatti occorsi in Milano in data 1.1.2012 e, applicata la diminuyente per il rito,

CONDANNA

Ciascuno alla pena di anni 1, mesi 4 di reclusione.

ORDINA

La sospensione della pena inflitta alle condizioni di legge e la non menzione della condanna.

CONDANNA

Gli imputati al pagamento delle spese processuali.
Milano, 8 Aprile 2014