

Cass. pen. Sez. V, Sent. n. 13525 del 5.04.2016

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONE QUINTA PENALE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. NAPPI Aniello - Presidente -

Dott. DE BERARDINIS Silvan - rel. Consigliere -

Dott. MORELLI Francesca - Consigliere -

Dott. MICHELI Paolo - Consigliere -

Dott. DE MARZO Giusep - est. Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

PROCURATORE DELLA REPUBBLICA PRESSO IL TRIBUNALE DI NAPOLI;

nei confronti di:

E.F., N. IL (OMISSIS);

C.M., N. IL (OMISSIS);

avverso la sentenza n. 7635/2015 GIP TRIBUNALE di NAPOLI, del 17/07/2015;

visti gli atti, la sentenza e il ricorso;

udita in PUBBLICA UDIENZA del 10/03/2016 la relazione fatta dal Consigliere Dott. SILVANA DE BERARDINIS;

Udito il Procuratore Generale in persona del Dott. Luigi Birritteri che ha concluso per il rigetto del ricorso, con correzione della formula assolutoria relativamente al capo a, perciò il fatto non sussiste;

Udito il difensore Avv. Massimo Calì, che ha concluso per il rigetto del ricorso.

#### Svolgimento del processo

1. Con sentenza del 17/07/2015 il Giudice dell'udienza preliminare presso il Tribunale di Napoli ha assolto E.F. e C.M. dai reati di cui a: art. 110 cod. pen., L. n. 40 del 2004, art. 12, comma 6, (capo 1), artt. 110 e 495 cod. pen. (capo 2);

art. 110 c.p., art. 567 c.p., comma 2, (capo 3); artt. 110, 48 e 476 cod. pen. (capo 4).

Le contestazioni si inseriscono all'interno di una vicenda i cui contorni fattuali sono in larga parte incontrovertiti.

Il minore E.A. è nato a seguito di tecniche di maternità surrogata in Ucraina, come attestato nella dichiarazione del 03/09/2014, a firma della madre naturale, cittadina ucraina, la quale aveva acconsentito che i due odierni imputati fossero registrati come genitori; dalla "Informazione di relazione genetica dei genitori (padre e madre) con il feto" del 04/09/2014 risulta che, a seguito di diagnosi di infertilità, erano stati utilizzati, ai fini dell'impianto, ovuli non riconducibili a persona nota? e spermatozoi dell'imputato; a seguito della dichiarazione della madre surrogata, quale risultante dal certificato n. 359 del 02/09/2014, la nascita del minore era stata iscritta all'ufficio dello stato civile di Kiev e il certificato di nascita n. 301 del 04/09/2014 indica, alla stregua della normativa ucraina vigente, come genitori gli odierni imputati.

La sentenza impugnata, dopo avere dato atto della conformità della procedura seguita alla disciplina dello Stato in cui il minore, cittadino italiano in quanto figlio di padre italiano, era nato, ha assolto gli imputati: a) dal reato sub 1, perchè il fatto non costituisce reato, sostanzialmente rilevando che, nonostante il ridimensionamento della portata della decisione n. 162 del 2014 della Corte costituzionale, quale operato in sede di motivazione, comunque gli imputati non avevano alcuna volontà di commettere un illecito, come dimostrato dal fatto che si erano recati in una nazione ove la pratica di procreazione era lecita, con la conseguenza che era configurabile la causa scriminante dell'esercizio putativo del diritto; b) dai restanti reati perchè il fatto non sussiste, in quanto gli imputati, senza attestare alcunchè, si erano limitati a richiedere la trascrizione di un atto ufficiale redatto dai pubblici uffici di Kiev in conformità alla normativa vigente, talchè non era individuabile alcun atto falso o dolosamente creato sulla base di dichiarazioni non veritiere degli stessi.

2. Il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Napoli ha presentato ricorso per cassazione affidato ai seguenti motivi.

2.1. Con il primo motivo si lamenta violazione del L. n. 40 del 2004, art. 12, comma 6, rilevando che erroneamente la sentenza impugnata aveva, da un lato, sostenuto che la maternità surrogata costituisce una pratica di fecondazione eterologa, resa lecita dalla sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale, e, dall'altro, ritenuto sussistente la scriminante dell'esercizio putativo del diritto.

Aggiunge il ricorrente che il giudice di merito aveva omesso ogni considerazione, quanto al fatto che gli imputati avevano consapevolmente taciuto al funzionario consolare dell'Ambasciata italiana di Kiev di avere fatto ricorso alla tecnica di procreazione della maternità surrogata.

2.2. Con il secondo motivo si lamentano vizi motivazionali e violazione di legge, in relazione alla ritenuta insussistenza dei fatti di cui ai restanti capi di imputazione, sottolineando: a) che l'atto di nascita da esibire all'Ambasciata italiana era quello recante il n. 359 del 02/09/2014 e non il diverso atto redatto, in sostituzione del primo, il successivo 04/09/2014, nel quale compariva un'informazione falsa, ossia che la C. fosse la madre naturale del nato; b) che il giudice aveva trascurato di considerare che gli imputati, dinanzi al

funzionario consolare, che riveste la qualità di Ufficiale dello stato civile, avevano omesso di rispondere alle domande loro rivolte, quanto al ricorso alla maternità surrogata.

3. E' stata depositata memoria nell'interesse degli imputati.

#### Motivi della decisione

1. Va esaminata preliminarmente, per ragioni di ordine logico, la questione, prospettata nella memoria depositata nell'interesse degli imputati, che investe la legittimità della richiesta di cui all'art. 9 c.p., comma 2.

Essi rilevano che o si tratta di atto politico, con la conseguenza che deve essere sottoscritto dal Ministro o da altro soggetto politico da lui delegato e non può dirsi perfezionato, quando, come nella specie, sia firmato da un sottosegretario di Stato, senza alcuna indicazione di delega; o si tratta di atto amministrativo nullo, perchè privo di motivazione, ai sensi della L. n. 241 del 1990, art. 21-septies.

La doglianza è infondata.

La giurisprudenza consolidata di questa Corte esclude che la richiesta di procedimento abbia natura tipicamente politica e non amministrativa, posto che tale atto non concretizza un provvedimento emanato nell'esercizio di suprema direzione della cosa pubblica e delle attività di coordinamento e controllo delle manifestazioni in cui si esprime l'indirizzo politico, e che lo stesso, oltre a non risultare espressamente od implicitamente previsto come tale dalla Costituzione, non può rientrare, anche in ragione della sua irretrattabilità, nel *numerus clausus* degli atti politici desunto dal principio dell'indefettibilità della tutela giurisdizionale (Sez. 1, n. 19678 del 03/03/2003, Figini, Rv. 225745; Sez. 2, n. 1173 del 05/03/1999, D'Ambrosio, Rv. 212980).

Nella stessa prospettiva si è mossa anche la Corte Costituzionale, che, chiamata a sindacare la legittimità dell'art. 9 c.p., comma 2, e art. 11 c.p., comma 2, ha sottolineato che l'atto consegue ad una scelta, vincolata al perseguimento di fini, legislativamente determinati, di politica criminale (ord. 25/05/1989, n. 89).

Da tali premesse discende la sussistenza della facoltà di delegare il potere di firma persino al dirigente o ad altro funzionario dell'articolazione ministeriale competente in materia (oltre a Sez. n. 19678/2003 e 1173 del 1999 cit., v., sia pure con riguardo alla richiesta di cui all'art. 10, comma secondo, cod. pen., Sez. 1, n. 23332 del 13/02/2015, Aref, Rv. 263780).

Ciò posto, gli imputati contestano in termini del tutto generici i poteri di firma del sottosegretario di Stato e lamentano il carattere "assolutamente deficitario" della motivazione che sorregge la richiesta, senza neppure indicare, a fronte della amplissima discrezionalità attribuita alla P.A., quali profili argomentativi sarebbero stati trascurati.

2. Il primo motivo investe la ritenuta insussistenza del reato di cui alla L. n. 40 del 2004, art. 12, comma 6.

Il ricorso fondatamente rileva, nel caso di specie, l'inesattezza: a) della valorizzazione, da parte della sentenza impugnata, del solo dispositivo della sentenza della Corte costituzionale 10/06/2014, n. 162, laddove è costante il rilievo che, con riguardo alle sentenze dichiarative dell'illegittimità di una norma, è necessario riferirsi non solo al dispositivo ma anche alla motivazione in tutti i casi nei quali solo quest'ultima consenta di determinare con precisione, al fine di individuare l'oggetto della pronuncia, quali disposizioni debbano ritenersi caducate (v., ad es., Cass., sez. lav., 11/03/1995, n. 2487); b) del richiamo all'esercizio putativo del diritto da parte degli imputati, giacchè viene in questione un errore sul precetto penale ossia sulla anti giuridicità di un fatto corrispondente alla fattispecie astratta.

Tuttavia, si tratta di errori di diritto che, per le ragioni che si diranno, non assumono influenza decisiva sul dispositivo, con la conseguenza che il loro rilievo, a parte le specificazioni riportate, non comporta l'annullamento della sentenza, ai sensi dell'art. 619 c.p.p., comma 1.

Occorre, infatti, considerare che, al di là delle contrapposizioni dottrinali, è controversa anche presso la giurisprudenza la questione se, per punire secondo la legge italiana il reato commesso all'estero, sia necessario che si tratti di fatto previsto come reato anche nello stato in cui fu commesso (cosiddetta doppia incriminabilità).

Ed, infatti, in alcune decisioni si afferma che tale principio opera esclusivamente ai fini dell'estradizione, mentre, in tema di reati commessi all'estero e di rinnovamento del giudizio (artt. 7 c.p.p. e segg., art. 11 c.p.), la qualificazione delle fattispecie penali deve avvenire esclusivamente alla stregua della legge penale italiana, a nulla rilevando che l'ordinamento dello Stato nel cui territorio il fatto è stato commesso non preveda una persecuzione penale dello stesso fatto (Sez. 2, n. 2860 del 06/12/1991 - dep. 16/03/1992, Buquicchio, Rv. 189895); in altre si è ritenuto che, in tema di reati commessi all'estero, al di fuori dei casi tassativamente indicati all'art. 7 cod. pen., è condizione indispensabile per il perseguimento dei reati commessi all'estero dallo straniero che questi risultino punibili come illeciti penali, oltre che dalla legge penale italiana, anche dall'ordinamento del luogo dove sono stati consumati, ancorchè con nomen iuris e pene diversi (Sez. 1, n. 38401 del 17/09/2002, Minin, Rv. 222924).

In tale contesto, il problema in esame assume sicuro rilievo, ai fini della consapevolezza della penale perseguibilità della condotta (Corte cost., 24/03/1988, n. 364), in quanto l'errore investe la portata applicativa del menzionato art. 9.

La pronuncia appena citata, nel tracciare i parametri di individuazione della inevitabilità dell'errore, opera un significativo riferimento anzitutto ai criteri (c.d. oggettivi puri), secondo i quali l'errore sul precetto è inevitabile nei casi d'impossibilità di conoscenza della legge penale da parte d'ogni consociato, aggiungendo che tali casi attengono, per lo più, alla (oggettiva) mancanza di riconoscibilità della disposizione normativa (ad es. assoluta oscurità del testo legislativo) oppure alle incertezze di interpretazione giurisprudenziale.

Oggi, peraltro, tale valore assume rilievo anche alla luce della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e del principio di prevedibilità del significato della legge.

Come anche di recente ribadito dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo (Contrada c. Italia, 14/04/2015, 78, n. 66655/13), l'art. 7 della Convenzione non si limita a proibire l'applicazione retroattiva del diritto penale a svantaggio dell'imputato, ma sancisce anche, in maniera più generale, il principio della legalità dei delitti e delle pene - "nullum crimen, nulla poena sine lege" -, con la conseguenza che la legge deve definire chiaramente i reati e le pene che li reprimono.

L'indicata sentenza aggiunge che tale requisito è soddisfatto se la persona sottoposta a giudizio può sapere, a partire dal testo della disposizione pertinente, se necessario con l'assistenza dell'interpretazione che ne viene data dai tribunali e, se del caso, dopo aver avuto ricorso a consulenti illuminati, per quali atti e omissioni le viene attribuita una responsabilità penale e di quale pena è passibile per tali atti.

Ne discende, alla luce delle superiori considerazioni, per un verso, la superfluità di affrontare il tema posto dall'indicato contrasto giurisprudenziale e, per altro verso, l'infondatezza del motivo del ricorso.

3. Con il secondo motivo, il ricorrente lamenta erronea applicazione della legge penale e illogicità della motivazione, con riferimento ai contestati reati di cui all'art. 567 c.p., comma 2, artt. 495, 48 e 476 cod. pen..

Prendendo le mosse dalle critiche che investono l'applicazione dell'art. 567 c.p., comma 2, si osserva che, ai fini della configurabilità di tale delitto, è necessaria un'attività materiale di alterazione di stato che costituisca un quid pluris rispetto alla mera falsa dichiarazione e si caratterizzi per l'idoneità a creare una falsa attestazione, con attribuzione al figlio di una diversa discendenza, in conseguenza dell'indicazione di un genitore diverso da quello naturale (Sez. 6, n. 47136 del 17/09/2014, P, Rv. 260996).

Il ricorrente, pur citando tale sentenza a sostegno delle sue doglianze, trascura di considerare che, anche alla stregua di questa pronuncia, la condotta deve comportare un'alterazione destinata a riflettersi sulla formazione dell'atto di nascita, come infatti emerge, in modo evidente, da Sez. 6, n. 35806 del 05/05/2008, G., Rv.

241254, secondo cui il reato del quale si discute non è configurabile in relazione alle false dichiarazioni incidenti sullo stato civile di una persona, rese quando l'atto di nascita è già formato (la sentenza aggiunge che, in tale caso, la condotta può rientrare invece nella previsione dell'art. 495 c.p., comma 3, n. 1 ipotesi, nella specie, da escludere per le ragioni che si diranno).

E, tuttavia, alla stregua della incontrovertita ricostruzione dei fatti operata dalla sentenza impugnata, non è dato cogliere alcuna alterazione dello stato civile del minore nell'atto di nascita del quale si discute, che, al contrario, risulta perfettamente legittimo alla stregua della normativa nella quale doverosamente è stato redatto.

Ora, ai sensi del D.P.R. n. 396 del 2000, art. 15, le dichiarazioni di nascita relative a cittadini italiani (e tale è il minore, in quanto figlio di padre italiano: L. n. 91 del 1992, art. 1, comma 1, lett. a)) nati all'estero sono rese all'autorità consolare (comma 1) e devono farsi secondo le norme stabilite dalla legge del luogo alle autorità locali competenti, se ciò è imposto dalla legge stessa.

In questi casi, copia dell'atto è inviata senza indugio, a cura del dichiarante, all'autorità diplomatica o consolare (comma 2).

Il ricorrente insiste nel sostenere che gli imputati avrebbero dovuto esibire all'Ambasciata italiana di Kiev il certificato di nascita n. 359 del 02/09/2014 e non anche il successivo certificato n. 301 emesso in data 04/09/2014, a seguito dell'autorizzazione della madre naturale e dell'informazione di relazione genetica, nel quale gli imputati sono indicati come genitori del minore.

Si tratta, tuttavia, di un'affermazione che non ha alcun fondamento normativo, ma che soprattutto, ai fini che rilevano nel presente procedimento, non dimostra affatto l'esistenza di una falsificazione, giacché il secondo certificato, come si diceva (e senza bisogno di verificare, se, come sostengono gli imputati nella loro memoria, esso sarebbe in realtà l'unico atto dello stato civile ucraino, dal momento che il primo certificato sarebbe soltanto il certificato medico redatto dall'ospedale comunale), è stato redatto alla stregua della legge locale e in corrispondenza della situazione assunta come rilevante da quest'ultima.

Peraltro, in termini assolutamente assertivi, il ricorso deduce che il secondo certificato contiene un'informazione falsa, rappresentata dall'indicazione dell'imputata come madre naturale del minore.

In conseguenza dei superiori rilievi, non si espone a critica la sentenza impugnata, nella parte in cui ha escluso la sussistenza anche del reato di cui agli artt. 48 e 476 cod. pen., giacchè l'ufficiale di stato civile italiano non ha formato alcun atto falso, ma si è limitato a procedere alla trascrizione dell'atto, riguardante un cittadino italiano, formato all'estero.

La assenza di ogni ammissibile critica alle considerazioni della sentenza impugnata, quanto alla mancanza di dichiarazioni degli imputati relative ad una loro genitorialità naturale, vale, infine, a dimostrare anche l'infondatezza delle critiche articolate, in relazione al reato di cui all'art. 495 cod. pen., dal ricorrente.

Secondo quest'ultimo, infatti, la dichiarazione o falsa attestazione si sarebbe realizzata nel momento in cui gli imputati avrebbero ritenuto di non rispondere alla richiesta del funzionario consolare di chiarire se si fossero avvalsi della procedura di surrogazione di maternità, all'interno del territorio ucraino.

Al riguardo, si osserva, tuttavia, anche a voler prescindere dal fatto che non si tratta della condotta contestata (che ha per oggetto le dichiarazioni contenute nella richiesta di trascrizione dell'atto di nascita, a proposito delle quali la sentenza impugnata ha rilevato che l'atto di nascita era stato registrato sulla base di una mera richiesta e non di ulteriori attestazioni), che il reato di cui all'art. 495 cod. pen. presuppone una falsa dichiarazione che, anche nella condotta valorizzata nel ricorso per cassazione dal P.M., non risulta essere intervenuta.

3. In conclusione, il ricorso va rigettato.

P.Q.M.

Rigetta il ricorso. In caso di diffusione del presente provvedimento, si omettano le generalità e gli altri dati identificativi, a norma del D.Lgs. n. 196 del 2003, art. 52.

Così deciso in Roma, il 10 marzo 2016.

Depositato in Cancelleria il 5 aprile 2016