

COMMENTI ESAME 2018 - PARERE DI DIRITTO PENALE

Parere n.1

Tizio e Caia, sposati da circa, e residenti in Italia, si recano all'estero per fare ricorso alla fecondazione eterologa e portare a termine una gravidanza con surrogazione di maternità (consentita dalla legge in vigore in loco). In particolare, la tecnica cui ricorrono i coniugi prevede la formazione di un embrione in vitro con metà del patrimonio genetico del padre e l'altra metà proveniente da una donna ovodonatrice. L'embrione così generato viene impiantato nell'utero di una terza donna, maggiorenne e volontaria, che porta a termine la gravidanza.

Per effetto del ricorso alle menzionate procedure, i due divengono - secondo la legge straniera - genitori di Sempronio.

Al fine di ottenere la trascrizione in Italia dell'atto di nascita formato dall'ufficiale di Stato civile straniero, i coniugi compilano e presentano all'ambasciata i documenti necessari ai sensi di legge, dichiarando, in particolare che Caia è madre di Sempronio.

L'ufficiale di Stato civile del comune di residenza dei coniugi registra l'atto di nascita attribuendo al neonato lo stato di figlio di Tizio e Caia. Successivamente, però, i predetti ricevono una comunicazione da parte della locale Procura della Repubblica. Preoccupati per le possibili conseguenze penali delle proprie azioni, si rivolgono al proprio legale di fiducia per un consulto.

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

Commento

La traccia, richiedendo in premessa la trattazione della punibilità in Italia del reato commesso all'estero - così rimandando al contenuto dell'art. 9 c.p. - senza esigere alcun altro lavoro di rendicontazione in termini evolutivi, mostra di puntare direttamente all'analisi della questione strettamente penalistica derivante dalle circostanze proposte riservando un ruolo di circostanza giuridica alle vicende normative e giurisprudenziali che hanno riguardato la legittimità della fecondazione eterologa nel nostro ordinamento.

L'incipit al parere attraverso l'analisi complessiva del suddetto art. 9 c.p. doveva giungere a metterne in evidenza il primo comma che dispone: "Il cittadino, che, fuori dei casi indicati nei due articoli precedenti, commette in territorio estero un delitto per il quale la legge italiana stabilisce la pena di morte o l'ergastolo, o la reclusione non inferiore nel minimo a tre anni, è punito secondo la legge medesima, sempre che si trovi nel territorio dello Stato".

Quanto sopra perché la fattispecie di reato fondante la possibile accusa nei confronti dei due coniugi è rinvenibile nell'art. 567 c.p. secondo comma che è punito con la reclusione da tre a dieci anni nel caso di alterazione dello stato civile di un neonato "mediante false certificazioni, false attestazioni o altre falsità".

Il combinato disposto delle due norme penali consente l'azione penale nei confronti dei coniugi nel momento in cui questi siano rientrati nel territorio dello Stato, senza alcuna ulteriore attività di soggetto terzo come, invece, previsto al secondo comma dell'art. 9 c.p.

Venendo al merito della questione proposta essa presenta un supporto circostanziale giuridico riguardante la fecondazione eterologa che richiede in questa sede un breve excursus cui, a tenore della traccia, si ripete, pareva non essere tenuto il candidato.

Nel nostro ordinamento tale modalità di raggiungimento della maternità era vietata dalla legge 19 febbraio 2004 n. 40, ma dopo alcuni anni si è giunti alla sentenza n. 162 del 2014 della Corte Costituzionale, che anche per la spinta avutasi in conseguenza dell'intervento della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, ha reso legittima la fecondazione eterologa nel nostro paese.

In ragione dell'intervento della Consulta, oggi la normativa nazionale considera figlio di una coppia tanto il neonato generato con almeno l'uno o l'altro dei gameti (ovociti o spermatozoi) provenienti da uno dei due componenti della coppia, quanto il neonato generato con entrambi i gameti donati da terze persone. Nell'uno e nell'altro caso, a condizione che l'embrione fecondato in vitro sia poi impiantato nell'utero della donna che partorerà il neonato, in quanto la vigente disciplina in materia riconosce la veste di "madre" unicamente a colei che porti avanti la gravidanza e partorisca il neonato.

Per converso l'art. 12, comma 6, della L. 40/2004 continua a ritenere vietata la surrogazione di maternità (c.d. utero in affitto), tecnica che invece è stata utilizzata nel caso proposto dalla traccia in quanto ammessa dalla legge dello Stato che ha ospitato i due coniugi.

E' importante rilevare anche che secondo il DPR 3 novembre 2000 n. 369 l'atto di nascita del cittadino italiano nato all'estero, formato dall'autorità competente del Paese ove sia avvenuta la nascita, deve essere presentato presso l'autorità diplomatica o consolare italiana ai fini dell'inoltro all'ufficiale di stato civile in Italia per la successiva registrazione. In questo modo si può escludere che vi sia stata una qualche mancanza di natura procedurale da parte dei coniugi.

Terminato il breve excursus si può finalmente affrontare la questione strettamente penale analizzando gli elementi che caratterizzano il reato di cui all'art. 567 c.p. 2° comma, che punisce chiunque, nella formazione di un atto di nascita, alteri lo stato civile di un neonato mediante false certificazioni, false attestazioni o altre falsità. L'incriminazione è volta a proteggere l'interesse giuridico facente capo al minore alla verità dell'attestazione ufficiale della propria ascendenza.

Naturalmente l'ambito di tutela della figura di reato è cambiato nel tempo per cui oggi il bene giuridico tutelato è costituito dal diritto del minore a vedersi riconosciuta la filiazione secondo un concetto di discendenza non più solo biologica, ma basata sempre più sul legame giuridico-sociale. Viene, quindi, riconosciuta completa dignità anche ad un legame di genitorialità in assenza di una relazione genetica, conseguenza del ricorso alle tecniche di fecondazione artificiale (omologa o eterologa) secondo la disciplina fissata dalla citata L. n. 40, come modificata dal Giudice costituzionale con la sentenza n. 162 del 2014. In buona sostanza il nostro ordinamento riconosce dunque, in parallelo al concetto di genitorialità biologica, anche un concetto di genitorialità legale.

Sempre in tema di individuazione dei beni tutelati dalla norma va richiamato anche un risvolto inerente l'ordine pubblico che si trae dall'art. 65, L. 31 maggio 1995, n. 218 che regola l'efficacia e la trascrivibilità in Italia degli atti stranieri in materia di filiazione e ne subordina l'iscrizione alla non contrarietà appunto all'ordine pubblico, oltre che al rispetto dei diritti essenziali della difesa. Per altro verso, va ricordato che anche la L. n. 40, art. 12, fa espresso

divieto di surrogazione di maternità e tale divieto è certamente di ordine pubblico, come suggerisce già la previsione della sanzione penale, di regola posta appunto a presidio di beni giuridici fondamentali.

Il delitto di alterazione di stato richiede il dolo generico e cioè la coscienza e volontà di rendere una dichiarazione non rispondente alla realtà con specifico riguardo allo "stato civile di un neonato".

Da un punto di vista meramente oggettivo invece si fattispecie si realizza ogni volta in cui un soggetto, al fine di formare un atto di nascita, alteri lo stato civile di un neonato mediante false certificazioni, false attestazioni o altre falsità.

Detto questo nel caso suggerito dalla traccia l'indagine sulla eventuale alterazione dello stato civile di un neonato nonché sulla falsificazione delle certificazioni e attestazioni di cui all'art. 567 c.p. ove il certificato di nascita sia stato formato in uno stato estero, deve essere svolta alla luce della previsione della legge del luogo e non della normativa italiana. Pertanto, al fine di ritenere configurabile il delitto di alterazione di stato, la condotta deve comportare un'alterazione destinata a riflettersi sulla formazione dell'atto di nascita; ne discende che il reato di cui all'art. 567 c.p. non è configurabile in relazione alle false dichiarazioni incidenti sullo stato civile di un minore nato da una procedura estera di maternità surrogata, rese quando l'atto di nascita è già stato formato dall'autorità amministrativa estera nel pieno rispetto della normativa ivi vigente.

Va aggiunto che una condotta come quella proposta dalle circostanze di traccia è completamente esente da qualsiasi violazione del bene giuridico tutelato dalla norma inteso in entrambe le accezioni sopra evidenziate: anzi, al contrario, la lesione della condizione familiare del minore nonché dell'ordine pubblico e dei principi generali dell'ordinamento deriverebbe certamente dalla perdita e quindi, dal venir meno della condizione giuridica di madre all'interno di un contesto familiare in cui è inserito il minore.

A questa conclusione conduce anche Cass. 13525/2016 che ha affermato il seguente principio: "Non integra il reato di alterazione di stato la circostanza che all'estero (nella specie, in Ucraina) una coppia italiana abbia reso all'autorità consolare dichiarazione di nascita di un bimbo ivi nato, e di cui risultano essere i genitori alla stregua dell'atto di nascita, redatto conformemente alla legge locale, e quindi trascritto in Italia, pur se solo l'uomo è il padre anche biologico, in quanto la nascita è avvenuta a mezzo di maternità surrogata, con l'utilizzo di gameti femminili estranei alla coppia (la corte ha anche escluso – pure confermando la sentenza di merito – il reato di cui all'art. 495 c.p., presupponente una falsa dichiarazione, nella specie non intervenuta"

Il certificato di nascita del figlio formato all'estero che Tizio e Caia hanno consegnato, nel pieno rispetto delle procedure, all'autorità consolare per la successiva trascrizione nei registri di stato civile ai sensi di quanto impone il citato Decreto n. 396 del 2000, non integra una "falsa" certificazione o attestazione, là dove risulta, di contro, legittimo secondo la legge del paese dove è venuto alla luce il nascituro. Esso non costituisce il frutto un'attività decettiva né può ritenersi comunque ideologicamente falso, in quanto risulta essere stato validamente formato nel rispetto della legge del Paese di nascita del bambino. Ciò che conta infatti è che lo stato estero ammettesse la maternità surrogata eterologa, situazione che appunto ricorre nel caso di specie, di tal che, ai fini del rilascio del certificato di nascita in tale Paese, i due imputati non avevano bisogno di porre in essere alcun artificio o raggiro.

Ne discende che il certificato di nascita non può ritenersi ideologicamente falso così già escludendosi la materialità del reato oggetto di contestazione (per i medesimi motivi va anche esclusa la possibile riqualificazione ai sensi dell'art. 495 c.p.). Inoltre in nessun modo il

contegno di Tizio e Caia ha violato i beni giuridici tutelati dalla norma e tanto meno pare sussistere l'elemento soggettivo, potendosi sostenere che i coniugi abbiano agito senza consapevolezza di commettere un'alterazione di stato, nella convinzione che il certificato di nascita del loro figlio rilasciato dallo stato estero e presentato successivamente all'ambasciata per l'inoltro in Italia fosse del tutto regolare.

Si può, perciò, concludere che i sigg. Tizio e Caia potranno con successo fare fronte alla presumibile contestazione del reato di cui all'art. 567 c.p. mossa dalla locale Procura della Repubblica.

Parere n.2

(La traccia affronta un caso giuridico trattato al corso Ius&Law 2018 nell'incontro n. 22)

Tizia, insegnante di lingua inglese è sorella gemella di Caia, laureata in Giurisprudenza e funzionario amministrativo comunale, nonché aspirante alla carriera diplomatica.

Caia, dovendo sostenere le prove del concorso di accesso alla carriera diplomatica e non avendo adeguate conoscenze della lingua inglese, convince la sorella a sostituirla nella relativa prova di esame, promettendole di darle i preziosi orecchini di diamanti ricevuti in eredità dalla comune nonna. Tizia, pertanto, prende parte all'esame e consegna l'elaborato scritto, esibendo il documento di identità della sorella nonché firmando la richiesta di attestato di presenza necessario a far giustificare l'assenza da lavoro di Caia. In quelle stesse ore, Caia, però, viene coinvolta in un sinistro stradale mentre si trova alla guida della propria autovettura: i vigili urbani intervenuti redigono verbale dell'accaduto ed elevano a Caia una sanzione amministrativa.

Tizia, riscontrato il superamento del concorso da parte di Caia nonché temendo di essere scoperta in considerazione di quanto risultante dal citato verbale dei vigili urbani, si rivolge al proprio legale per un consulto. Il candidato, assunto le vesti del legale di Tizia rediga motivato parere illustrando quali possano essere le conseguenze penali della condotta della propria assistita.

Commento

La traccia richiede di affrontare la relazione che intercorre tra la fattispecie di sostituzione di persona (art. 494 c.p.) e quelle di falsa attestazione a pubblico ufficiale (art. 495 c.p.) e truffa aggravata (art. 640 c.p. comma 2). Tali condotte sono state poste in essere da Tizia, la quale ha agito in base ad un previo accordo con Caia, la quale sarà chiamata a rispondere degli eventuali reati in concorso con la sorella.

Il primo profilo attiene, in particolare, alla relazione tra il reato di sostituzione di persona e quello – più grave – di falsa attestazione a pubblico ufficiale, fattispecie che la traccia richiama laddove sottolinea come Tizia, oltre ad essersi presentata alla prova del concorso al posto della sorella, utilizzando la sua carta d'identità, abbia poi consegnato l'elaborato e successivamente firmato la richiesta dell'attestato di presenza per giustificare l'assenza dal

lavoro della sorella (non vi è dubbio che la sua dichiarazione fosse destinata, infatti, ad essere riversata in un atto pubblico).

L'art. 494 c.p., che punisce con la pena fino ad un anno di reclusione – tra gli altri - chi «induca taluno in errore, sostituendo illegittimamente la propria all'altrui persona al fine di procurare a sé o ad altri un vantaggio o di recare ad altri un danno» – contiene infatti una clausola di riserva espressa, la quale fa salvi i casi in cui “il fatto non costituisca un altro delitto contro la fede pubblica”.

Con tale clausola il legislatore ha inteso escludere l'applicazione di tale fattispecie laddove il medesimo fatto integri al contempo una fattispecie posta a presidio, evidentemente, del medesimo bene giuridico, e ciò a prescindere dalla relazione strutturale tra le due fattispecie astratte.

In altre parole, tale inciso, da un lato, conferisce alla fattispecie in esame carattere sussidiario e, dall'altro, va inteso come un'eccezione ai principi del concorso formale di reati.

Tuttavia la fattispecie di cui all'art. 494 c.p. può ritenersi assorbita in altra figura criminosa qualora ci si trovi in presenza di un unico fatto, con ciò intendendosi una medesima condotta naturalistica cui sia conseguito – allo stesso modo – uno medesimo evento. Quando si è, invece, in presenza di una pluralità di fatti, e quindi di azioni diverse e separate, si avrà concorso materiale di reati.

Dal punto di vista del rapporto con l'art. 495 c.p., l'assorbimento nel più grave reato potrà verificarsi dunque solo allorché l'induzione in errore, al fine di vantaggio o di danno, è commessa mediante l'attribuzione di una falsa identità nella dichiarazione resa al pubblico ufficiale. Qualora invece il reo ponga in essere una pluralità di condotte fattuali, alcune delle quali ulteriori rispetto alla mera falsa dichiarazione circa la propria qualità, le due fattispecie potranno concorrere (sul punto si veda Cass. Pen. n. 6597/2013).

Nel caso di specie, ciò potrà in effetti accadere poiché, nell'ambito di un medesimo disegno criminoso, Tizia non solo ha utilizzato la carta di identità della sorella Caia al fine di trarre in inganno la commissione di concorso, bensì, una volta esaurita quest'ultima condotta, ella ha anche dichiarato falsamente la propria identità con lo scopo di ottenere l'attestazione di presenza così da giustificare l'assenza dal lavoro della sorella.

Dunque, entrambe risponderanno in concorso sia del reato di cui all'art. 494 c.p. che del reato previsto dall'articolo successivo.

Vi è però da aggiungere che Tizia e Caia, anche questa volta in concorso, potrebbero essere chiamate a rispondere anche del delitto di truffa, avendo indotto in errore la commissione procurandosi un indubbio profitto: l'art. 640 c.p. punisce la condotta di chiunque, con artifici o raggiri, inducendo taluno in errore, procuri a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno. La pena è aumentata, ai sensi dell'art. 640, comma 2, n. 1 c.p., se il fatto è commesso, *inter alia*, al danno dello Stato o di un altro ente pubblico.

Nel caso in esame la condotta di Tizia, consistita nel prendere parte all'esame, nel redigere e consegnare l'elaborato scritto, nell'esibire il documento di identità della sorella nonché nel firmare la richiesta di attestato di presenza necessario a far giustificare l'assenza da lavoro di Caia, potrebbe integrare gli estremi del delitto di truffa.

Gli artifici e/o i raggiri predisposti da Tizia avrebbero in effetti determinato l'induzione in errore della commissione; si ravvisa, d'altra parte, anche il nesso causale tra la condotta “truffaldina” dell'agente e l'errore della vittima, posto che Tizia riesce a sostenere la prova d'esame senza essere “scoperta”.

Pare essersi realizzato anche l'elemento dell'ingiusto profitto che può, invero, non essere necessariamente del truffatore bensì anche di un terzo (nel caso di specie, il profitto è sia di Tizia che della sorella Caia).

Infine, si ravvisa in capo al soggetto agente l'elemento psicologico del dolo generico consistente nella coscienza e volontà di indurre, con artifici e raggiri, la commissione d'esame. Si precisa, però, che a Tizia potrebbe esser contestato il delitto di truffa, eventualmente aggravato ai sensi del comma II dell'art. 640 c.p., soltanto qualora fosse dimostrato che l'Ente pubblico abbia subito un danno che, si badi bene, deve essere di natura necessariamente patrimoniale e che potrebbe sostanziarsi con tale qualità solo nel momento in cui Tizia cominciasse ad eseguire le prestazioni e ad essere retribuita o qualora si dovesse procedere ad un rifacimento del concorso con indubbie e conseguenti spese.

Di tali circostanze non vi è la benché minima notizia in traccia e, quindi, allo stato questo elemento della condotta è del tutto insussistente essendo impedita ogni concreta indagine sulla effettiva configurabilità del delitto.

Se, restando nel campo delle ipotesi e facendo seguito alle ultime considerazioni, si volesse inserire la figura della truffa nel quadro complessivo della vicenda che ha visto protagoniste le gemelle, si può affermare che essa finirebbe per concorrere formalmente con gli altri reati presentando indiscusse differenze con gli stessi a livello di elementi costitutivi.