



05198-21

REPUBBLICA ITALIANA
In nome del Popolo Italiano
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
TERZA SEZIONE PENALE

Composta da

Grazia Lapalorcia - Presidente -
Angelo Matteo Socci
Stefano Corbetta
Emanuela Gai - Relatore -
Ubalda Macrì

Sent. n. 1503
UP - 28/10/2020
R.G.N. 22436/2020

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso proposto da

Procuratore della Repubblica del Tribunale di Pesaro
nel procedimento penale nei confronti di

- 1. _____ nato in Algeria il _____
- 2. _____, nata a _____

avverso la sentenza del 11/02/2020 del Tribunale di Pesaro

visti gli atti, il provvedimento impugnato e il ricorso;
udita la relazione svolta dal consigliere Emanuela Gai;
udito il Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore generale Roberta Barberini, che ha concluso chiedendo l'annullamento con rinvio della sentenza,
udito per gli imputati l'avv. _____ che ha concluso chiedendo il rigetto del ricorso del pubblico ministero.

RITENUTO IN FATTO

1. Il Procuratore della Repubblica del Tribunale di Pesaro ricorre per l'annullamento della sentenza del Tribunale di Pesaro, ai sensi degli artt. 442, 529 cod.proc.pen., che ha dichiarato non doversi procedere, nei confronti di _____, perché l'azione penale non doveva essere iniziata in mancanza di richiesta del Ministero della giustizia, ritenuto il reato a loro ascritto commesso all'estero.

In caso di diffusione del presente provvedimento omettere la generalità e gli altri dati identificativi, a norma dell'art. 52 d.lgs. 198/03 in quanto:
 disposto di ufficio
 a richiesta di parte
 imposto dalla legge

CANCELLIERE ESPERTO
Luana Mariani

1.1 sono imputati del reato di cui agli artt. 110 cod.pen. e 12 comma 6 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, perché, previo concerto tra loro e con altre persone, mediante l'ausilio di strutture sanitarie all'estero, di notaio e di funzionario pubblico, previo accordo con una cittadina ucraina, la quale accettava l'impianto dell'embrione e portava a termine la gravidanza da cui nascevano due gemelli, e con dichiarazione con cui si attribuiva la maternità a realizzavano una condotta di maternità surrogata di tipo eterologo. Fatto commesso in e in Ucraina con competenza determinata ai sensi dell'art. 6 comma 2 cod.pen.

Muovendo dai delineati presupposti di fatto come accertati sulla base degli atti – segnatamente una gestazione su committenza realizzata in Ucraina, ove, previo contatto e appuntamento, i due imputati si erano recati e, previo accordo con una cittadina ucraina, formalizzato con contratto nel quale la stessa accettava di portare a termine la gestazione, frutto di una ovodonazione e di fecondazione di tipo eterologo con gameti del che si concludeva con la nascita, in Kiev, di due gemelli e con la registrazione degli atti di nascita presso l'ufficio di stato civile del comune di Kiev dei minori, quali figli dei genitori e secondo la disciplina straniera, e con la successiva richiesta di trascrizione dell'atto nei registri dello stato civile del comune di – il Giudice ha ritenuto che la consumazione del reato fosse da collocarsi in Kiev, presso la clinica ove gli imputati si erano recati e dove avevano concluso il contratto di maternità surrogata, ritenendo che i contatti iniziali con la clinica volti alla conoscenza delle modalità attraverso le quali si sarebbe potuto conseguire la surrogazione di maternità, erano da ritenersi al di fuori della fattispecie tipica, la cui condotta è imperniata sul concetto di "realizza", mentre i fatti successivi, tra cui la trascrizione Italia dell'atto di nascita, costituivano condotta susseguente al reato già commesso all'estero e, stante l'assenza della richiesta del Ministero della giustizia, prevista dall'art. 9 comma 2 cod.pen., l'azione penale non poteva essere iniziata.

2. A sostegno dell'impugnazione, il ricorrente Pubblico Ministero deduce, con un unico e articolato motivo, la violazione di cui all'art. 606 comma 1 lett. b) cod.proc.pen., in relazione all'erronea applicazione dell'art. 12 comma 6 della legge 19 febbraio 2004, n. 40.

Argomenta il ricorrente l'erronea applicazione della legge penale, segnatamente dell'art. 12 comma 6 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, con riferimento al momento iniziale della condotta e soprattutto al contenuto della

condotta tipica, che si snoda attraverso un articolato *iter*, dal momento dell'iniziativa di coloro che ricorrono alla surrogazione della maternità all'estero e termina con la nascita al termine della gestazione e la registrazione prima e la trascrizione poi dell'atto di nascita nei registri dello stato civile italiano.

Il Giudice avrebbe erroneamente escluso dal perimetro della condotta del reato la domanda del paziente che costituisce parte indissolubile del contratto, che precede la sua sottoscrizione, costituendo parte dello stesso, il pagamento rateale per stadi progressivi tra cui il pagamento proveniente dalla provvista su conti italiani dei genitori committenti, la reiterata espressione di volontà da parte dei genitori committenti dalla quale dipende la prosecuzione del contratto di maternità surrogata. Il reato si sarebbe consumato in Ucraina, a seguito di condotta iniziata in Italia e proseguita in parte in Italia. Da tale errore sarebbe derivata l'erronea applicazione dell'art. 9 comma 2 cod.pen. e la conseguente pronuncia di non doversi procedere.

Laddove questa Corte di legittimità ritenesse priva di tassatività la norma incriminatrice di cui all'art. 12 comma 6 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, dalla cui insufficienza sarebbe conseguita l'interpretazione della condotta tipica fatta propria dal Giudice, chiede che venga sollevata questione di legittimità costituzionale.

3. Il Procuratore generale ha concluso chiedendo l'annullamento con rinvio della sentenza.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Il ricorso del Pubblico ministero non è fondato.

2. Il ricorrente deduce l'errata applicazione dell'art. 12 comma 6 della legge n. 40 del 2004 nell'interpretazione della fattispecie incriminatrice del Tribunale di Pesaro.

Occorre muovere dall'esegesi dell'art. 12 comma 6 della legge n. 40 del 2004, (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), e, in tale ambito, viene in rilievo l'apparato sanzionatorio penale contenuto nell'art. 12 comma 6, che punisce: «6. Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità, è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro».

La volontà legislativa, che sottendeva e permeava la prima disciplina organica in questa materia, di circoscrivere fortemente l'ambito della procreazione medicalmente assistita, si completava con la previsione di un sistema sanzionatorio amministrativo e penale diretto a sanzionare la mercificazione della

procreazione medesima. Come è noto, la legge n. 40 del 2004 è stata oggetto di ripetuti interventi da parte del Giudice delle leggi tra cui la sentenza n. 162 del 2014, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3, della legge 19 febbraio 2004, n. 40, nella parte in cui stabilisce, per la coppia di cui all'art. 5, comma 1, della medesima legge, il divieto del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, qualora sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili.

Anche all'esito di tale pronuncia, il ricorso a pratiche di surrogazione della maternità continua ad essere vietato e sanzionato nel nostro ordinamento, a differenza di altri Paesi in cui, come in Ucraina, tale pratica è consentita.

Quanto al profilo della disciplina sanzionatoria, all'esito della pronuncia che ha eliminato il divieto di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, la stessa Corte costituzionale ha chiarito, per quanto qui di rilievo, che "le norme di divieto e sanzione non censurate (le quali conservano validità ed efficacia), preordinate a garantire l'osservanza delle disposizioni in materia di requisiti soggettivi, modalità di espressione del consenso e documentazione medica necessaria ai fini della diagnosi della patologia e della praticabilità della tecnica, nonché a garantire il rispetto delle prescrizioni concernenti le modalità di svolgimento della PMA ed a vietare la commercializzazione di gameti ed embrioni e la surrogazione di maternità (art. 12, commi da 2 a 10, della legge n. 40 del 2004) sono applicabili direttamente (e non in via d'interpretazione estensiva) a quella di tipo eterologo, così come lo sono le ulteriori norme, nelle parti non incise da pronunce di questa Corte" (Corte costituzionale n. 162 del 2014).

Nessun dubbio residua sulla persistente illiceità del ricorso alla maternità surrogata. La stessa Corte costituzionale, nel rigettare una questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte d'appello di Milano, ha colto l'occasione per definire la maternità surrogata quale pratica «che offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane» (sent. n. 272/2017, par. 4.2).

Sotto il versante sovranazionale il parere consultivo pronunciato il 10 aprile 2019 dalla Grande Chambre della Corte Edu, su richiesta della Corte di cassazione francese, in occasione della prima applicazione del Protocollo n. 16 allegato alla Cedu 7, riconosce che rientra nel margine di apprezzamento di ogni Stato adottare politiche che scoraggino i propri cittadini dal ricorrere, recandosi all'estero, a pratiche procreative proibite nel proprio territorio, pur evidenziando l'incompatibilità con l'art. 8 Cedu di divieti assoluti di riconoscimento dello *status filiationis* derivante dagli effetti del suo mancato riconoscimento nei confronti di bambini nati a seguito di ricorso alla maternità surrogata.

3. Fermo, dunque, il divieto, sanzionato penalmente, del ricorso alla maternità surrogata, il pubblico ministero sostiene che il giudice avrebbe errato nell'applicazione della legge penale sostanziale in relazione all'individuazione della fattispecie tipica.

L'art. 12 comma 6 cit., punisce "Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità".

Nel caso in esame, viene in rilievo la condotta di chi "realizza" il cui significato etimologico di "portare a compimento", "attuare" "avverare" già individua e seleziona quali condotte rilevino dal punto di vista penale.

Se il compimento della gestazione per conto di altri, che si conclude con la nascita, individua il momento di consumazione del reato, il tema è quello di stabilire il perimetro delle condotte antecedenti alla nascita che integrano la condotta di "realizza", non venendo in rilievo, nel caso in esame, secondo la stessa imputazione elevata agli imputati, le condotte di "organizza o pubblicizza".

Nel tracciare il perimetro della condotta incriminata, ai fini della tipicità della norma penale incriminatrice, si deve avere riguardo al contenuto etimologico della condotta di "realizza" che, accanto a quelle di "organizza" e "pubblicizza", costituiscono le condotte tipiche del reato di cui all'art. 12 comma 6 cit.

La decisione impugnata si è posta in questa linea interpretativa ed ha circoscritto la rilevanza penale delle condotte, antecedenti alla nascita, a quelle eziologicamente ad essa collegata e funzionali allo scopo, così da circoscrivere e da delimitare il contenuto della fattispecie tipica entro limiti di riconoscibilità della fattispecie e prevedibilità delle conseguenze.

Ciò in quanto la norma penale deve essere sufficientemente chiara per essere prevedibile il comportamento che è fonte di responsabilità penale.

Prevedibilità del significato della legge che oggi assume rilievo anche alla luce della giurisprudenza sovranazionale, nell'interpretazione della Convenzione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, all'art. 7, come chiarito nella pronuncia del noto caso *Contrata c/Italia* secondo cui l'agente deve conoscere, a partire dal testo della legge e dell'interpretazione che ne viene data dai tribunali, per quali atti od omissioni gli viene attribuita la responsabilità penale.

4. In fatto, sentenza impugnata ha ritenuto che il reato contestato si fosse consumato integralmente all'estero sulla base dei seguenti elementi.

In territorio ucraino, dove gli imputati si erano recati, venne vagliata la possibilità di ricorrere alla maternità surrogata secondo la disciplina dello Stato; sempre nella clinica ucraina previamente individuata, gli imputati furono visitati, e lì venne commissionato l'intervento, sottoscritto il contratto, adempiuto lo stesso con il prelievo dei gameti e l'impianto degli stessi nella madre di parto, previa

individuazione della donatrice, e lì si svolse tutta la gestazione fino al parto. Sempre in Ucraina, secondo le leggi di quel Paese, l'atto di nascita dei gemelli venne registrato presso l'ufficio di stato civile di Kiev (cfr. pag. 8). Mentre non assumevano rilievo, sempre secondo la sentenza impugnata, i contatti iniziali avuti dagli indagati con la clinica ucraina per conoscere le modalità attraverso le quali era possibile tale pratica, contatti prodromici a verificarne la praticabilità in quel Paese, contatti che non raggiungevano la soglia di rilevanza penale perché non ancora dimostrativi della decisione di ricorrere a tale pratica che, si rammenta, è disciplinata dalla legislazione straniera e dalla necessaria verifica di fattibilità avvenuta in quel Paese dopo gli accertamenti medici. L'accordo e la sottoscrizione del contratto si erano perfezionati in Ucraina, dove si erano concluse le pratiche volte alla maternità surrogata e dove essa si era realizzata, con la nascita dei gemelli, figli degli imputati secondo la legge straniera. La trascrizione dell'atto di nascita che, comunque, non integra il reato di cui all'art. 567 comma 2 cod.pen. (Sez. 6, n. 48696 del 11/10/2016, Rv. 272242 - 01; Sez. 6, n. 8060 del 11/11/2015, Rv. 266167 - 01; Sez. 5, n. 13525 del 10/03/2016, Rv. 266672 - 01), è stata ritenuta condotta susseguente al già commesso reato.

5. La decisione impugnata, tenuto conto del perimetro della contestazione come descritta nel capo di imputazione, misurandosi con queste, ha così selezionato le condotte integranti la fattispecie di "realizza" nei termini sopra indicati, ancorati ai dati di fatto e in rapporto alla contestazione elevata (cfr. pag. 7 della sentenza impugnata), escludendo le condotte non direttamente e inequivocabilmente funzionali a realizzare la maternità surrogata che si perfeziona, secondo la sentenza impugnata, con la nascita a gestazione terminata, ovvero con l'evento della condotta di "realizza", così da circoscrivere e delimitare il contenuto della fattispecie tipica entro limiti di riconoscibilità della fattispecie e prevedibilità delle conseguenze penali della condotta. Poiché la condotta si era integralmente consumata in territorio straniero, in assenza di richiesta del Ministero della Giustizia, il reato commesso dai cittadini italiani all'estero non era procedibile ai sensi dell'art. 9 comma 2 cod.pen., non essendo avvenuta in Italia anche solo una parte dell'azione ai sensi dell'art. 6 comma 2 cod.pen.

6. Alla stregua della ricostruzione operata dal giudice del merito (cfr. par. 5 *supra*) ancorata alla contestazione mossa agli imputati, come descritta nel capo di imputazione, il ricorrente sollecita, senza allegare un travisamento probatorio per omissione, una verifica fattuale degli atti, che non può avere ingresso in questa sede, diretta alla individuazione di un segmento della condotta che sarebbe stata commessa in Italia, segmento di condotta neppure contestata, dal punto di vista fattuale, nel capo di imputazione.

A tale riguardo, esclusa ogni valutazione di elementi di fatto non contestati nel capo di imputazione quale condotta di realizzazione di pratiche di maternità

surrogata, residua unicamente il profilo della rilevanza penale dei contatti via *e-mail*, nell'ottobre 2015, con la clinica ucraina propedeutici all'incontro *in loco* con tutto il corredo documentale medico al fine di valutare la situazione e le possibili soluzioni, condotta che il giudice ha motivatamente escluso dal perimetro della fattispecie.

Affinché sia applicabile la legge italiana, ai sensi dell'art. 6 cod.pen., occorre, infatti, che l'azione o l'omissione si sia realizzata, in tutto o in parte, in territorio italiano nel senso che è necessario che la parte di condotta commessa in Italia sia comunque significativa e collegabile in modo chiaro e univoco alla parte restante realizzata in territorio estero, ma tale connotazione non può essere riconosciuta ad un generico proposito, privo di concretezza e specificità, di commettere all'estero fatti delittuosi, anche se poi ivi integralmente realizzati (Sez. 6, n. 56953 del 21/09/2017, P.M. in proc. Guerini, Rv. 272220 - 01; Sez. 3, n. 35165 del 02/03/2017, Sorace, Rv. 270686 - 01).

7. Infine, va dichiarata manifestamente infondata la prospettata questione di legittimità costituzionale della norma incriminatrice per difetto di tassatività nella interpretazione fatta propria dal Tribunale di Pesaro che, attraverso la selezione delle condotte di rilevanza penale in quelle funzionalmente e inequivocabilmente dirette alla gestazione per conto di altri, è, contrariamente a quanto ritiene il ricorrente, orientata ad aumentare la tipicità della norma penale incriminatrice.

In ogni caso, da tempo la giurisprudenza costituzionale richiede al giudice *a quo* la verifica della praticabilità dell'interpretazione adeguatrice (tra le tante vedi sent. n. 356 del 1996; n. 350/1997, n. 133-115-190 del 2000; n. 270 del 2011, 184 del 2012, n. 10 del 2013, decisione con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato la "manifesta inammissibilità" della questione che non aveva percorso la via dell'interpretazione adeguatrice) e ciò in quanto "le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali, ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali" (tra le più recenti sent. n. 21-46 del 2013; 42 e 83 del 2017; n. 77 del 2018) secondo "gli ordinari strumenti ermeneutici" (sent. n. 191 del 2018).

Il Tribunale di Pesaro, con il ricorso agli ordinari strumenti ermeneutici, è pervenuto ad un'interpretazione della norma incriminatrice dell'art. 12 comma 6 della legge n. 40 del 2004, che non viola il principio di tassatività e legalità.

Ritiene, pertanto, il Collegio che non vi sia spazio per richiedere un intervento della Corte costituzionale sulla norma penale incriminatrice della maternità surrogata per difetto di tipicità.

L'interpretazione del Tribunale di Pesaro appare corretta in diritto e, conseguentemente, corretta la decisione di improcedibilità per essere il reato commesso all'estero, in assenza di richiesta del Ministro della Giustizia.

8. Sulla scorta delle esposte ragioni il ricorso del pubblico ministero va rigettato.

P.Q.M.

Rigetta il ricorso.

Così deciso il 28/10/2020

Il Consigliere estensore

Emanuela Gai

Il Presidente

Grazia Lapalorcia

In caso di diffusione del presente provvedimento omettere le generalità e gli altri dati identificativi, a norma dell'art. 52 d.lgs 196/03 in quanto imposto dalla legge.

