



QUADERNI DI DIRITTO MERCATO TECNOLOGIA



Numero 1
Anno II
Gennaio/Marzo 2012

CON CONTRIBUTI DI:

Carlo Casini, Riccardo Chieppa, Marcello M. Fracanzani, Alberto M. Gambino, Mario Ganau, Francesco Graziadei, Fiona Macmillan, Salvatore Mancuso, Maximiliano Marzetti, Davide Mula, Gilberto Nava, Massimo Passaro, Lara Prisco, Andrea Stazi, Ferdinando Tozzi, Valerio Mosca.

SOMMARIO

Diritto Mercato Tecnologia
www.dimt.it
ISSN (Online edition): 2239-7442

SOMMARIO

SOMMARIO

SAGGI

Cultura, industria e proprietà intellettuale

"Bottle-next" in ICT: access to IPR, interoperability and competition. Do we need more regulation?

di Francesco Graziadei

pag. 8

Il caso Goria - Retwittare notizia di agenzia di stampa

di Ferdinando Tozzi

pag. 16

Mercato, concorrenza e regolazione

Rinvio pregiudiziale del TAR Lazio alla Corte di Giustizia per i contributi ad AGCOM: spunti di riflessione sul sistema di finanziamento alle autorità indipendenti

di Gilberto Nava e Valerio Mosca

pag. 26

Osservatorio di Diritto Comparato

Antagonismo o Complementariedad? Una breve aproximacion a la compleja y poco estudiada relacion entre Propiedad Intelectual y Derecho de la Competencia

di Maximiliano Marzetti

pag. 46

COMMENTI

Pratiche commerciali e tutela dei consumatori

Disciplina a tutela dei consumatori e dei minori per le applicazioni cd. in-app.

di Davide Mula
pag. 57

Bioteχνologie, ogm e vita

Una possibilità di sviluppo per le “vite” sospese
di Alberto M. Gambino
pag. 63

Osservazioni tra diritto e bioetica sulla disciplina dei trapianti di organi e cellule da viventi
di Massimo Passaro, Lara Prisco, Mario Ganau
pag. 65

CONVEGNI

Convegno
La fecondazione eterologa tra Costituzione italiana e
Convenzione europea dei diritti dell'uomo
Università Europea di Roma
2 aprile 2012

La coerenza del divieto di P.M.A. eterologa in rapporto all'istituto dell'adozione e al diritto a conoscere le proprie origini
di Carlo Casini
pag. 68

Fecondazione eterologa e corte europea CEDU: quali effetti vincolanti nel contrasto di interpretazione tra due decisioni ed altri profili processuali di costituzionalità
di Riccardo Chieppa
pag. 72

Osservazioni in margine alla procreazione assistita mediante inseminazione eterologa
di Marcello M. Fracanzani
pag. 97

Riflessioni biomediche sulla fecondazione eterologa e sulla maternità surrogata

di Salvatore Mancuso

pag. 101

A proposito delle questioni di legittimità costituzionale del divieto di procreazione eterologa

di Filippo Vari

pag. 107

Tavola Rotonda

Nuovi servizi e contenuti digitali tra semplificazione amministrativa, diffusione della conoscenza e diritti individuali

Università Europea di Roma

9 marzo 2012

Resoconto

di Redazione Diritto Mercato Tecnologia

pag. 126

Workshop

Innovazione, concorrenza, benefici per i consumatori nella proprietà intellettuale: “emersione di “altri” modelli normativi e stakeholders

LUISS Guido Carli

9 marzo 2012

Quali modelli di copyright per favorire la diffusione della cultura?

di Fiona Macmillan

pag. 129

Proprietà intellettuale e tutela dei consumatori: verso un nuovo framework?

di Andrea Stazi

pag. 134

COMITATO SCIENTIFICO

- Prof. Guido Alpa
- Prof. Vincenzo Di Cataldo
- Prof.ssa Giusella Finocchiaro
- Prof. Giorgio Florida
- Prof. Gianpiero Gamaleri
- Prof. Alberto M. Gambino
- Prof. Gustavo Ghidini
- Prof. Andrea Guaccero
- Prof. Mario Libertini
- Prof. Francesco Macario
- Prof. Roberto Mastroianni
- Prof. Giorgio Meo
- Prof. Cesare Mirabelli
- Prof. Enrico Moscati
- Prof. Alberto Musso
- Prof. Luca Nivarra
- Prof. Gustavo Olivieri
- Prof. Cristoforo Osti
- Prof. Roberto Pardolesi
- Prof.ssa Giuliana Scognamiglio
- Prof. Giuseppe Sena
- Prof. Salvatore Sica
- Prof. Vincenzo Zeno-Zencovich
- Prof. Andrea Zoppini

REDAZIONE

- Andrea Stazi (Coordinatore di Redazione)
- Davide Mula (Vice - Coordinatore di Redazione)
- Emanuela Arezzo (Curatrice degli aggiornamenti dell'ordinamento giuridico degli Stati Uniti d'America)
- Enrico Bonadio (Curatore degli aggiornamenti dell'ordinamento giuridico del Regno Unito)
- Linda Briceño Moraia (Curatrice degli aggiornamenti dell'ordinamento giuridico della Spagna)
- Maximiliano Marzetti (Curatore degli aggiornamenti dell'area geografica del Sud America)
- Tobias Malte Mueller (Curatore degli aggiornamenti dell'ordinamento giuridico della Germania)
- Francesca Nicolini (Curatrice degli aggiornamenti dell'ordinamento giuridico comunitario)
- Federica Togo (Curatrice degli aggiornamenti dell'ordinamento giuridico della Germania)
- Sveva Bernardini, Università Europea di Roma
- Oreste Calliano, Università degli studi di Torino

- Virgilio D'Antonio, Università degli studi di Salerno
- Massimiliano Dona, Università Europea di Roma
- Philipp Fabbio, Università degli studi di Reggio Calabria
- Valeria Falce, Università Europea di Roma
- Marilena Filippelli, IMT Institute for Advanced Studies
- Francesco Graziadei, Università LUISS Guido Carli
- Elena Maggio, Università Europea di Roma
- Federico Mastrolilli, Università Europea di Roma
- Andrea Nuzzi, Università Europea di Roma
- Giovanni Nuzzi, Università Europea di Roma
- Maria Cecilia Paglietti, Università degli studi Roma Tre
- Eugenio Prosperetti, Università degli studi di Roma La Sapienza
- Ana Ramalho, Università di Amsterdam
- Andrea Renda, Università LUISS Guido Carli
- Annarita Ricci, Università degli studi di Bologna
- Giovanni Maria Riccio, Università degli studi di Salerno
- Eleonora Sbarbaro, Università LUISS Guido Carli
- Cristina Schepisi, Università degli studi di Napoli Parthenope
- Benedetta Sirgiovanni, Università degli studi di Roma Tor Vergata
- Giorgio Spedicato, Università degli studi di Bologna
- Claudia Stazi, Università degli studi Roma Tre
- Francesco Vizzone, Università Europea di Roma

Collaboratori

- Roberto Alma
- Gianni Capuzzi
- Angelo Castaldo
- Giuseppe Cassano
- Iacopo Pietro Cimino
- Michele Contartese
- Massimo Di Prima
- Lifang Dong
- Nicoletta Falcone
- Raffaele Giarda
- Lucio Lanucara
- Antonio Liguori
- Lucia Marchi
- Raffaele Marino
- Giuseppe Mastrantonio
- Marianna Moglia
- Gilberto Nava
- Valeria Panzironi
- Cinzia Pistolesi
- Augusto Preta
- Maria Francesca Quattrone
- Silvia Renzi

- Claudia Roggero
- Serena Rossi
- Marco Scialdone

- Guido Scorza
- Paola Solito
- Ferdinando Tozzi

“Bottle-next” in ICT: access to IPR, interoperability and competition. Do we need more regulation?

di
Francesco Graziadei

1. Market development and innovation in the ICT and in the broadband and multiplatform distribution of contents and services requires the maintenance of healthy competitive dynamics in the market that assure innovation and consumer wellbeing without proposing (or re-proposing) forms of vertical integration that can end up foreclosing subsequent innovation or creating walled gardens that bring with them lock-in effects and higher switching costs for customers who wish to pass to a competitor.

Those practices may harm access by users and service providers to a wide range of contents as well as access by content service providers to end users. And those effects are ever more risky and likely precisely because of the fact that the entire world of access to and the distribution of contents is converging towards a system marked by potential strong network effects and the further fact that aspects of vertical integration and market power leverage not only can become commonplace (like Microsoft’s complaint against Google before the European Commission would seem to bear out) but can also produce ever greater effects.

In fact, if it is true that innovation in industry proceeds at dizzying speed and thus makes any market position ephemeral and contestable (as is demonstrated by the rapid success of today’s leading search engine over its predecessor Yahoo!), it is also true that these competitive dynamics and distortive effects on the market, be they just temporary, shape not only the prices and quality of products but the very quality of life and fundamental goods such as culture, information and in the final analysis social participation itself.

2. The set of remedies that jurists can rely on to combat those risks would seem to offer two avenues.

2.1. The availability of contents and information on a multiplatform broadband distribution system may be helped by some legislative-regulatory solutions.

2.1.1. This is the case, for example, of a rule contained in the Audiovisual and Radiophonic Media Services Law (article 5.1.f). However, the latter operates only when the licensor is is a broadcaster or a supplier of audiovisual media services and does not constitute a veritable ‘must offer’ but rather a restriction on freedom of contract in negotiations so as to avoid excessive prices or discriminatory practices.

It is also the case generally of the recent detailed rules on the centralised selling of sports rights which lays down a detailed set of rules for the sale of exclusive rights aimed at avoiding distortion and promoting competition among distribution platforms and set out specific ‘must offer’ rules for rights to sports events guaranteed to emerging platforms by Legislative Decree No. 9 of 9 January 2008 (see, especially article 14) on a non exclusive basis.

2.1.2. Furthermore one must bear in mind that access to content signifies and will signify ever more often interoperability between services and that such frequently passes through interoperability between software. Indicative of this would appear to be one of the charges levelled by Microsoft against Google in the proceedings before the European Commission relating to discrimination in terms of interoperability between You Tube and Microsoft Windows Phone systems unlike what is by contrast guaranteed to Android and Apple systems.

Interoperability (and possible anti-competitive practices in connection therewith) will also be a crucial aspect of “being in the cloud” because the customer of a cloud computing service provider can be locked in by a lack of interoperability with competitor’s services, together with the bundling of many services (including, for instance, search tools). Interoperability can also jeopardise the transfer of data from one system to another, given that the knowledge of companies may be developed to deal with a specific cloud system, etc. There will also be rising significant switching costs to pass from a system to a competitor’s one.

Therefore, some already significant legislative indications must be borne in mind.

2.2. It is well known that computer software has been brought within the scope of copyright through Directive 91/250/CEE, of 14 May 1991, as amended by Directive 2009/24/CE of 23 April 2009, transposed into Italian law by article 2.8 and 64-bis to 64-quarter of the Copyright Law. The specificness of the phenomenon and what is essentially copyright technology gave rise to a need to introduce some correctives to the exclusive rights granted to the author since copyright law was ontologically devoid of them (dealing with creative works whose substitutability – not by type but by single work – is generally high) unlike the patent paradigm, where access for innovation purposes is guaranteed by the combination of publication of the description and license for derivative inventions.

In that way access to a work (so called *reverse engineering*) is envisaged solely for interoperability purposes. Access must concern solely the parts of the program that are necessary for interoperability (so-called ‘interface’, although on this point there is a difference of opinion between those who advocate that such an assessment is one for the owner of the software and those who argue that it must be the decompiler who decides what interface

is necessary for the interoperability of the programs). Finally, access must not be used to create programs that are substantially similar in their expression.

Interoperability is a cardinal principle (and the subject of numerous provisions) of the framework of electronic communications EU Directives in both the original ones of 2002 and even more so in the 2009 amendments. A set of rules for dominant and non dominant operators.

2.2.1 The second avenue would seem to be competition law as, for example, in the European Commission's decision in the *News Corp - Telepiù* merger case (COMP/M.2876 of 2 April 2003).

In this case the issue was to avoid the anticompetitive effects of the market position on the demand side (essentially a monopsony).

2.2.2 But what happens when it is the right holders themselves (such as a movie producer but also a software house) who impede or condition access to content and in general IPR in an anticompetitive manner? Specifically, when the possible exclusionary abuse is based on the exercise of an intellectual property right that by its very nature envisages a monopolistic power to exclude competitors.

It is necessary to refer to piecemeal developments over the years in the sensitive area of the relationship between intellectual property and competition. It is well known that this is rather delicate systematic legal ground where two needs that *prima facie* appear (or initially appeared) to be polar opposites and irreconcilable meet (or clash): the promotion of creativity and innovation through granting a monopoly (more or less long and whose precise length depends on whether patents or copyright is involved) over the creation or promoting following innovation by open IPR to competitors.

In drawing the line between what is lawful and unlawful initial Community caselaw centred on a "natural" use (exercise) of the right that had to correspond to its "essential function" (in this sense see not only ECJ judgments of 5 October 1988 in case C-238/87, *Volvo*, and case C-53/87, *Renault*, but also the famous CFI judgment in case T-69/89, *RTE - Magill*). But the ECJ's judgment in *Magill* (6 April 1995, joined cases C-241/91 and C-242/91) represents a significant step forward because in a certain sense it enunciated, let's say, "the principle of competitive compatibility of the management of an intellectual property right".

As is known, in identifying the point of equilibrium between 'propulsive' exclusivity and 'restrictive' exclusivity, recourse is made to a rather pressing tool from the antitrust sphere, the essential facility doctrine.

As we know from this doctrine and the antitrust cases which utilized it abuots fysical facility a) the facility must be an indispensable instrument for access to the market (same, downstream?); b) the facility must not be duplicable from a reasonable standpoint (or objective?); c) a refusal must

damage the market; d) the facility must be technically accessible; e) there must be no justification for refusal (technical, commercial and efficiency).

Utilising this tool in *Magill* the ECJ concluded that the exclusionary exercise (refusal to deal) of an intellectual property right may constitute an abuse of dominant position when that right is an essential facility and (note the use of “and” and not “or”, as the European Commission had attempted to argue in *IMS-Health*) when a series of exceptional circumstances occur.

Therefore, the asset that the intellectual property rights concern (in *Magill*, weekly listings of television programmes) must be essential to operate on the downstream market and the refusal to grant access is unlawful if

i) there is no justification for it;

ii) there is an exclusion of all downstream competition;

iii) it prevents the appearance of a new product for which there is a potential demand.

In subsequent caselaw, regarding precisely access to Microsoft computer programs and specifically access for interoperability purposes to the codes of Microsoft client pc operating systems so as to enable the development of work group server applications, the CFI confirmed all of the *Magill* evaluation and requirements.

In particular, through the so-called ‘incentive balance test’, a fundamental check is carried out on the intersection between intellectual property rights and competition law. What best fosters innovation, protection of the exclusionary right of the incumbent or subsequent innovation through access to that right? In the 2007 *Microsoft* case the challenge was facilitated by the fact that it was not an actual case of refusal to deal but in reality an interruption of supply meaning that the effects of subsequent innovation could be more easily seen or predicted in a less discretionary manner.

Despite the fact that the conceptual scheme of two distinct markets (in *IMS-Health* reference is also made to the “hypothetical” market) and the leverage effect between the two in order to constitute an abuse is reiterated in the judgments cited above, that scheme is nonetheless a debateable assumption. As the patent system demonstrates, the competing interest of opening up the patent to third parties to enable them to make a derivative invention does not presuppose that the derivative invention must relate to a new product that can be placed in a different relevant market. The pro-openness effect of these competing interests of the patent system is by contrast typically horizontal.

As the above mentioned antitrust cases shows, access to IPR is more arguable when involves technology copyright (as the competition law be, for instance, the extended arm of that, clearly pro- competitive, access rules for interoperability of the law of copyrighted software). In this case the technological aspect of copyrighted work involved makes more easy to introduce an evaluation to the essentiality of the copyrighted work and of

the incentive to innovation of the disclosure duty. It is more difficult to pass through the EFD when involved typical copyrightable works (like movies or sports events). As seen, here the possibility of substitution may be higher. In this case the exact delimitation of relevant market and the quantity of the IPR hold by the undertaking on the supply side could be crucial.

3. If those are the tools, let us see how they could work through some examples.

3.1. Let's take the case of the lawsuit in the US courts against Apple. Two markets involved: upstream, online music download, and downstream, hardware. A vertical integrated operator, Apple, who jeopardises interoperability between devices so that consumers buying music from the i-tunes store are unable to play it on devices other than the Apple's own ones (i-pod, i-phone and i-pad). It is a classic case of leveraging from an upstream market (music library) to a downstream market (devices to play that music).

But how can competition law deal with this case? Does Apple enjoy market power somewhere? It seems that it is not actually the case. Neither upstream (where the market appears to be spread among different operators: the i-tunes online music catalogue holds around 20 million tracks, Google's catalogue holds around 13 million tracks and Amazon's one around 17 million, etc.) nor downstream (for devices since Apple's world of user technologies is just one of many).

Access obligations to competitors can take the shape of access to the technology to manage contents. So competitors can enter the music market through being able to run their content on Apple's devices (something very similar to access to dominant CAS system for competing pay TV platform providers) or enter the device market through a guarantee that their customers can also play i-tunes music on the devices (something, again, very similar to access obligations on CAS intellectual property rights for manufacturers of pay TV decoders). But even then in such cases, access to copyrightable technologies such as software and/or technologies protected by intellectual property rights would – as we have seen – need to go through a test of essentiality of such technology and an evaluation of the negative effects on competition and innovation.

3.2. A few words about search engines.

I will not talk about the usage by search engines of copyrighted works, giving users free access to such contents (as has been discussed both in relation to Google News and Google Books), whether that usage competes with the use granted to right holders by copyright law, whether it could be deemed as fair use and to what extent broad agreement with right holders to pay them royalties can affect competition by giving the search engine enormous power on the supply side, which, even if not actually wielded by

selling users the copyrighted works, could nonetheless be used to strengthen the market position of the search engine.

I will focus on the antitrust case brought by Microsoft before the European Commission and on the alleged six main anticompetitive practices engaged in by Google that Microsoft has complained about.

First of all has to be stressed that, obviously, an anticompetitive practice to be relevant under article 102 of the TFEU must be engaged in by a dominant undertaking. Which means that one has to first pinpoint a relevant market where that undertaking is actually dominant.

This seems to be a first issue.

Among the above mentioned six Microsoft complaints, one of them, already cited, affects competitors' access to Google content (i.e. YouTube) by hindering in an anticompetitive and discriminatory way interoperability among contents and competitor's mobile devices. Moreover, it seems that Microsoft's Bing search engine cannot display accurate search results for YouTube contents. In addition, competitors ability to search orphan works is also said to be controlled.

The others practices affect the online advertising market.

i) Prohibiting its client advertisers from using the data in an interoperable way so that they can advertise also using different search engines. This has the effect of increasing switching costs for advertisers from one platform to another, creating a typical lock-in effect (a quite dangerous practice because given the "essentiality" of Google most advertisers will choose to use only that service and because from the other side of the market, the ad platform will have few advertisers to offer to its publishers who will be few too, harming access to content for that platform).

ii) Exclusive agreements with websites to host Google's search tool (I will return to this point later).

iii) Finally, using the sophisticated, efficient and fascinating ADWord system (online advertisement space auctions) to discriminate against competitors lowering their ranking in the general search and manipulating the ranking of "sponsored links" (by means of using some factors like quality score involved in the ranking process of advertisements. In this case, considering that the ADWord system is based on two parameters that interact with each other, the bid and the quality score, to determine the cost per click (the price of the ad) and that with a lower quality score an advertiser could maintain the same position with a higher bid, in a certain way it appears something very similar to a practice of increasing rivals' costs (in managing an integrated infrastructure, the ADWord system, offered to competitors, if deemed such, against payment of commission) [1].

The relevant market in question is that of the provision of online advertising space on a national scale. This is to be distinguished from advertising on other media (on this point see the Communications

Authority (AGCOM) [2], the Competition Authority (AGCM) and the European Commission) [3]. The characteristics of the product (possibility of targeting, profiling and reporting on users) and the pricing terms (possibility to pay for effective contact, whether in the form of cost per click or cost per thousand impressions depending on the type of ad) make substitutability on the demand side with other tools very difficult.

The Italian Communications Authority would seem to have considered the internet advertising market as a two-sided platform, in line with what is the case for other information means, where an undertaking that operates on the internet offers contents or services to end users free of charge so as to gain visibility (contacts), which it can then sell to advertisers. On the supply side (the publishers) there would be content providers, portals, social networks, electronic communications operators (but not in their capacity as access providers) browsers and search engines.

With regard to Google's market position both the European Commission and the Competition Authority identify not only the above mentioned provision of online advertising space market but also the intermediation in online advertising market, which is of Community dimensions. In the *Google News* proceedings, the Competition Authority maintains that "Google appears to have a dominant position in both the provision of online advertising space market and in that for intermediation in online advertising".

There was some debate as to whether the provision of online advertising space market should be further segmented into search and non-search ads (the Italian Authority seems to have signalled a necessity to examine the point more closely) [4].

As regard web searches reference is made to online search services in which Google is said to be "by far the main operator" [5].

Included in the anticompetitive behaviour complained of by Microsoft, again related to the online advertising market, are exclusive agreements with websites to host a search tool which prevent competing search engines from accessing the market (as it seems, in a typical *United Brands* philosophy). It should be considered that this behaviour can build significant barriers to competitors to enter the search advertisement market and may affect substitutability for publishers between search and non-search advertisements.

But the fundamental point (that which gives rise to greatest concern) would appear to be the success of the search engine and the repercussions that it can have in other sectors that the search engine starts to move into in accordance with a progressive form of vertical integration (ranging from the contents of YouTube, Google Music, Google TV, Google+ social network, Google Chrome browser, operating systems for Android devices and the devices themselves through the agreement with Samsung for Android smart phones and tablets).

In fact, it seems that most, even if not all, of Google's alleged anticompetitive practices (if Microsoft's claims are upheld by the European Commission) seem to have a specific target: a competing search engine that could harm Google's supremacy.

The European Commission and the Italian Competition Authority acknowledge Google's leading role in search services (more than 90% of searches in Europe use Google's services). But some argue that it does not mean that Google is dominant somewhere (which, as mentioned before, is the starting point for any abuse). And this is simply because search services are not technically a market due to the fact that they are given to users for free.

So, it seems that from an antitrust point of view (one of the two avenues available to grant access to contents as mentioned above) what we have is either a two-sided online advertising market where search services give power from "the side" of (search) advertisement or, as someone argue, a search engine - on a stand-alone basis - as an infrastructure useful to access contents, information, advertisement, services and everything else on the web and that can be delivered by the web. Also if not considered as a market (something similar to the ECJ in *IMS* about the brick system).

The target of Google's anticompetitive practices, as alleged by Microsoft, would confirm somehow that search technologies are crucial for the future of the online environment just as broadcasting infrastructure was in the past. Because it is the way to attract users in the web and manage to deliver anything that they need. So it seems also that access and interoperability and management of web search services will be a crucial task in the future for either competition law or regulation, whichever one of them will be best able to tackle the issue.

4. It seems finally that if we wish to avoid the above described effects, also because they affect consumer welfare in a wider sense, involving access to contents and information so as to create (and specially preserve) an open playing field for newcomer's innovation, then we are very close to the dilemma of the first step of the liberalisations in telecommunications infrastructure and services.

Is it competition law enough? Or do we need an *ex ante* regulation. Are the requirements of the access to content statute drawn by competition law (dominant position, leverage effects, essential facility, premium contents etc.) still good instruments to face new problems of a wide, multiplatform, distribution of contents ?

In the case of telecommunication, as we know, there was a relevant aspect influencing such evaluation: the openness of the market was not a day zero. Big players were already in the market. So *ex ante* access obligations were imposed on dominant operators. Even if at the beginning, since the 2002 review, the ONP framework considered a 25% market share as

significant market power so that, for instance, some obligations applied also to new entrant mobile operators.

But the philosophy of telecommunications regulation was also (and still is) that competition law enforcement could only get to the anticompetitive practices when it was already too late. So it seems that in a market where the speed of innovation is very high on the one hand and where innovation is always harming market positions on the other hand, that long antitrust cases produce their effects when the possible foreclosure has already taken place. Which in a market with strong network effects could be decisive.

Notes:

[1] The same practices for ranking in general searches will affect the order in which the sponsored links are shown by the operation of the click to rate parameter as a component of the quality score.

[2] Above all the Authority analysed the market (as a submarket of the integrated communications system - SIC) of electronic publishing on the Internet. Indeed, it highlighted that that goods classification was a legislative imposition because it would be more correct to analyse an internet market and specifically the one for the provision of online advertising space. See Resolution No. 555/10/CONS.

[3] See European Commission, *Google/DoubleClick*, COMP/M.4731; AGCM, *FIEG/Google* proceedings A420, Decision No. 21959 of 22 December 2010; AGCOM, Resolution No. 555/10/CONS.

[4] It would seem in fact that the key role of the search engine, as well as the system for indexing and targeting ads based on research, are properties that make this system difficult to substitute with the other one mentioned. The Communications Authority seems to have expressed itself in this way. The European Commission in *Google/DoubleClick* concluded for the absence of two distinct markets while during the proceedings it was stressed that “search and non-search ads from an advertiser’s perspective have different effects and serve different purposes”: “for search ads the targeting is based on the user’s precisely revealed interests (via the search query) for non-search ads targeting is connected with less precise definition”. In fact, the Commission maintains that from a demand-side perspective and from a technical point of view, the differences between the different types of ads seem to be diminishing and from a supply-side perspective there is no substitutability but simply complementarity because a publisher can pass from one system to another simply by adding a search tool bar on its own web page, which does not mean that it loses space to allocate to a non-search ad because the search-generated advertising space appears not on the same web page but in a search page generated by the search query entered by the user on the publisher’s webpage.

[5] AGCM, *FIEG/Google*.

Il caso “Goria”: Retwittare notizie di agenzia di stampa.

**di
Ferdinando Tozzi**

Sommario: 1 - Nuove tecnologie e diritto di autore, una “vecchia” storia. 2 - Retwittare tra diritto di autore e tutela della concorrenza. 3 - Una ipotesi di rinnovata analisi dei requisiti di cui all’art. 101 LDA.

1. Nuove tecnologie e diritto di autore, una “vecchia” storia

Nella vicenda de quo [1], due paiono essere i principi di diritto d’autore in (apparente) antinomia: il libero accesso alla cultura ed all’informazione (costituzionalmente garantito), secondo quanto statuito in particolare dall’art. 65 LDA [2] e la tutela, specifica, delle informazioni giornalistiche (qualificate dal carattere dell’attualità stretta) di cui all’art. 101 LDA. Anche se va chiarito che, tali norme vanno lette in combinato e che pertanto l’art. 101 è solo in apparente contrasto con il 65 LDA: quest’ultimo è una eccezione al diritto di autore [3] e si riferisce non tanto alla “grezza” notizia di estrema attualità fornita da una agenzia specialistica quanto ad un articolo di giornale, contenente la notizia. Inoltre, esplicitamente, il legislatore pone un limite a detta eccezione (già di per se non passibile di interpretazione estensiva) laddove precisa che la riproduzione è libera a condizione che non sia stata riservata.

Il caso di cui in oggetto pone, nuovamente, all’attenzione di tutti la problematica dell’applicabilità della legge sul diritto di autore come attualmente vigente in Italia.

Si sostiene [4] che, con l’avvento delle nuove tecnologie, detta normativa sarebbe ormai datata; invero così non è, almeno per quanto attiene ai suoi principi fondanti, non foss’altro che essi permettono, per la loro “elasticità”, interpretazioni evolutive che tengano conto del mutato contesto digitale (basti considerare, a mo’ di esempio, che l’art. 1 LDA tutela le opere dell’ingegno di carattere creativo “*qualunque ne sia il modo o la forma di espressione*”, dunque anche i c.d. u.g.c. e comunque quelle frutto della rete).

Altrettanto certa è però l’esigenza di un adeguamento del “sistema” del diritto di autore alle forti spinte tecnologiche. La, ovvia, chiave di volta consiste nel rinvenire la corretta modalità applicativa della norma al caso concreto nel rispetto dei principi esistenti [5].

Si ripropone il c.d. dilemma digitale: bisogna comprendere cosa è lecito nel nuovo ambiente digitale, quali i confini tra pirateria on line e utilizzazione

consentita, quali siano i contenuti legittimi e quale sia invece un attività vietata.

Ciascuno deve sapere, essere informato, sui suoi diritti nell'on line, altrimenti il rischio è che se tutto è vietato tutto nella pratica diviene permesso! Infatti, proprio da una situazione di indeterminatezza sulla consistenza del divieto deriva il fenomeno della c.d. "pirateria altruistica" che è ben diversa dalla c.d. pirateria commerciale, essendo mossa dalla volontà dei privati di diffondere e scambiare opere on line non a scopo di lucro ma per informazione e studio.

In tale contesto le eccezioni e limitazioni rivestono un ruolo primario in quanto sono strumento di demarcazione tra il lecito e l'illecito, essenziale "valvola di sfogo" del sistema del diritto di autore ed elemento portante per un mercato equilibrato e simmetrico. Al momento però il sistema non è equilibrato, infatti non vi è simmetria tra le eccezioni per l'uso di opere sull' on line e off line. La ragione è legata al fatto che gli artt. 65 e ss LDA presuppongono vincoli impliciti di carattere materiale, mentre la convergenza tra informatica e *t/c* consente la riproduzione digitale delle opere ed il loro trasferimento a costi sempre decrescenti ed in maniera capillare.

Certo è che, in un mondo globale di comunicazione interattiva, è fin troppo semplice cadere nell'inganno di ritenere i beni intellettuali liberamente disponibili solo perché il più delle volte non hanno una loro consistenza materiale. Al contrario, la tutela dell'opera intellettuale ed il riconoscimento (morale e patrimoniale) delle attività intellettuali sono valori irrinunciabili (anche Costituzionalmente garantiti [6]): utilizzare abusivamente un'opera dell'ingegno o appropriarsene equivale a utilizzare abusivamente un qualsivoglia bene di proprietà altrui [7].

Proprio in questa necessità di contemperamento tra le, apparentemente, opposte esigenze di accesso alla cultura ed all'informazione e di remunerazione e tutela, consiste la "sfida" portata dalle nuove tecnologie al sistema del diritto di autore (e l'episodio in commento ne è una significativa rappresentazione).

2. Retwittare tra diritto di autore e tutela della concorrenza

Per "retwittaggio", brutto neologismo imposto dalla "società della rete", deve intendersi l'immissione in rete di messaggi, immagini, scritti etc. già immessi da altri.

A tal fine va anzitutto chiarito che, in generale ed a prescindere dunque dal caso di specie, due possono essere le prospettive, eventualmente combinabili, di approccio (e di tutela) relativamente ad episodi di retwittaggio: se un soggetto riprende la forma di una notizia così come è, o

con una elaborazione ai sensi dell'art. 4 LDA, sarà applicabile la LDA, in uno con la disciplina sulla concorrenza sleale, quale ipotesi di plagio [8]. Laddove invece, oggetto di retwittaggio dovesse essere unicamente la notizia in quanto tale – ai nostri fini assimilabile, per quanto si dirà *infra*, all'idea – non dovrebbe potersi applicare la disciplina sottesa alla LDA ma unicamente quella anticoncorrenziale. Infatti, come noto, il diritto d'autore non tutela le idee in quanto tali ma il modo in cui sono espresse, la loro forma [9]. In merito a quest'ultimo concetto si usa distinguere tra una forma interna e una forma esterna, la prima è il modo personale dell'autore di raggruppare, sviluppare e intrecciare idee; la seconda (forma esterna) indica l'elemento di un'opera immediatamente percepibile ai sensi ed esteriorizzato in uno dei mezzi espressivi, esemplificativamente elencati all'art. 2 della LDA quali la cinematografia, la fotografia, la musica, i programmi per elaboratore, eccetera. La forma dell'opera deve essere tenuta distinta da quella del supporto materiale su cui essa trova esteriorizzazione. Il diritto d'autore tutela, infatti, solo la forma non il suo supporto (carta, pellicola, file); salvo casi specifici come quelli in cui la forma di un'opera coincide con quella del supporto (si pensi alle creazioni della pittura, della scultura e dell'architettura) [10].

Pertanto, poiché presupposto necessario per poter configurare il plagio, ed in generale per applicare la LDA, è che ci si trovi innanzi ad un'opera dell'ingegno (che dunque presenti gli elementi ed i requisiti che la rendano tutelabile ai sensi della LDA medesima) [11], prima ancora di verificare se retwittare informazioni possa costituire violazione della LDA, bisogna verificare se l'oggetto del retwittaggio abbia o meno i requisiti per beneficiare della protezione richiesta dalla LDA e ciò sia sotto il profilo della compiutezza espressiva, sia sotto il profilo della novità.

Conseguentemente, se oggetto di retwittaggio è “solo” l'informazione ma non la forma, nemmeno elaborata, con cui è espressa dall'originario titolare dell'informazione medesima, dovrebbe essere applicabile unicamente la disciplina a tutela della concorrenza [12]. Al contrario, se oggetto di retwittaggio è, anche, la forma espressiva dell'informazione, di certo si rientrerà nell'alveo disciplinare della LDA.

Peraltro - volendo accedere ad una visione del diritto di autore orientata alla tutela degli investimenti imprenditoriali (a discapito dei “classici” requisiti per aversi opera dell'ingegno, *ut supra* menzionati) [13] - si potrebbe sostenere che la disciplina di cui all'art. 101 LDA possa essere applicata anche al mero retwittaggio di notizie (contenuto) e non della loro forma (contenente), laddove si possa dimostrare che la notizia (vero “bene” [14] oggetto dell'attività imprenditoriale) sia stata sottratta a chi invoca tutela e non sia invece stata reperita *aliunde*.

Infatti, come anticipato, l'art. 101 LDA è volto a tutelare, oltre che i diritti precisi dell'autore, i diritti degli imprenditori ed i loro investimenti (così

come già accade, palesemente, per la tutela dei programmi per elaboratore e per le banche dati).

Esso ha pertanto una duplice colorazione che lo pone sulla linea di confine tra diritto di autore e diritto della concorrenza; ciò rileva soprattutto in merito ai menzionati presupposti di applicabilità della LDA potendosi ipotizzare che, nel caso di specie, questi siano quantomeno affievoliti e che, conseguentemente, l'art. 101 LDA si applichi in ogni caso in cui i diritti di titolarità su di una informazione siano violati.

La condotta prevista da tale norma è cioè da considerarsi una particolare forma di concorrenza sleale ai danni delle agenzie giornalistiche e di informazione e dunque l'art. 101 LDA è, anche, in un rapporto di *species a genus* con l'art. 2598 n. 3 c.c., quale atto contrario ai principi di correttezza professionale e quale atto di concorrenza parassitaria.

Tant'è che in giurisprudenza si ritiene che l'art. 101 della legge sul diritto d'autore "prevede una particolare forma di concorrenza sleale ai danni di agenzie giornalistiche o di informazioni ovvero di giornali o altri periodici" [15] consistente nella pubblicazione o riproduzione sistematica, a scopo di lucro, di informazioni o notizie il cui sfruttamento spetti ad altri (nella specie, la Suprema Corte ha confermato, ritenendola immune da vizi logici e giuridici, la decisione di merito che ha affermato l'illiceità della sistematica pubblicazione, in una rassegna stampa diffusa in via telematica, di articoli tratti da pubblicazioni periodiche altrui per i quali l'editore aveva formulato espressa riserva ai sensi dell'art. 65 LDA). Rientra in tale forma di sfruttamento la rassegna stampa distribuita a scopo di lucro che riproduca gli articoli di una rivista il cui editore se ne sia riservato lo sfruttamento e la utilizzazione. Essa, infatti, realizza una vendita del prodotto offerto al mercato dall'editore dell'opera riprodotta, in tutto o in parte, con caratteristiche parassitarie.

Per quanto attiene gli atti contrari ai principi di correttezza professionale la Cassazione civile reputa "corretta e non presenta vizi di logica nè errori di diritto (e, quindi, è insindacabile in sede di ricorso per Cassazione) la considerazione del giudice di merito secondo cui apportare piccole e facili variazioni ad un testo copiato radicalmente non possa porre al riparo l'autore del plagio dalla responsabilità in cui si incorre per aver consapevolmente fatto proprio il grosso del lavoro altrui" [16].

In merito all'inquadramento della disciplina di cui al citato art. 101 LDA, la medesima Corte statuisce che "tra la norma di cui all'art. 2598 c.c. (atti di concorrenza sleale) e quella di cui all'art. 101 legge sul diritto d'autore (divieto di taluni atti di concorrenza sleale) intercorre un rapporto di specialità; infatti, mentre l'art. 2598 c.c. delinea tutte le possibili specie di concorrenza sleale e in particolare al n. 3, quelle realizzate "con mezzi non conformi ai principi della correttezza professionale", l'art. 101 della legge sul diritto d'autore prevede una particolare forma di concorrenza sleale ai danni di agenzie giornalistiche o di informazioni ovvero di giornali o altri

periodici, consistente nella indebita riproduzione di informazioni e notizie fatta "con impiego di atti contrari agli usi onesti in materia giornalistica" espressione questa che costituisce una specificazione di quei "mezzi non conformi ai principi di correttezza professionale" ai quali si richiama più genericamente l'art. 2598 c.c. In siffatta ipotesi, l'aver invocato l'attore l'art. 2598 c.c. e l'aver il giudice accolto la domanda richiamando in motivazione anche l'art. 101 della legge sul diritto d'autore, non costituisce extrapetizione".

3. Una ipotesi di rinnovata analisi dei requisiti di cui all'art. 101 LDA

L'art. 101 LDA tenta dunque di realizzare un bilanciamento tra il garantire il diritto della collettività a riprodurre un'opera dell'ingegno e accedere alla cultura ed all'informazione ed il diritto dell'autore a vedersi remunerata la propria attività e riconosciuta la propria paternità.

Alla luce di tutto quanto fin qui dedotto, ed a prescindere dai requisiti di applicabilità della norma come analizzati nel precedente paragrafo, può allora significarsi che l'art. 101 LDA, secondo una consolidata interpretazione, letto in combinato con le eccezioni e limitazioni di cui alla LDA, permette di retwittare informazioni purché siano trascorse 16 ore dalla loro immissione da parte dell'originario titolare e purché ciò avvenga con modi non contrari agli usi onesti in materia giornalistica, in particolare con una riproduzione sistematica (diremmo parassitaria) ed a fini di lucro. Il retwittare notizie, rispettato il requisito temporale ed economico [17], potrebbe dunque essere considerato effettivamente un libero esercizio di un diritto costituzionalmente garantito all'accesso alla cultura e dunque all'informazione.

Al contempo, però, non può ignorarsi la possibilità di una interpretazione restrittiva, secondo la quale potrebbe sostenersi che retwittare informazioni di un'agenzia di stampa potrebbe rientrare nel divieto di cui alla lettera a) dell'art. 101 n. 2 LDA, non per l'eventuale mancato rispetto del termine delle 16 ore, ma perché in contrasto con il seguente requisito "[...] e, comunque, prima della loro pubblicazione in un giornale o altro periodico che ne abbia ricevuto la facoltà da parte dell'agenzia [...]"; dandosi rilievo al termine "comunque" che sembra porre tale ulteriore presupposto quale condicio autonoma e concorrente di liceità.

Tale requisito, sostanzialmente ignorato dai giuristi, ad avviso di chi scrive parrebbe cioè significare che tre e non due sono i presupposti di liceità posti dall'art. 101 n. 2 LDA (validi anche per il retwittare una notizia): i) il già citato termine delle 16 ore; ii) la non concorrenza legata alla "riproduzione sistematica" come indicata al punto b) del medesimo articolo; e che, iii) un giornale o altro periodico, avendone avuto facoltà da

parte dell'agenzia, abbia potuto già pubblicare la notizia, a prescindere dal rispetto dei, noti, punti subb i) ed ii).

Tale ultimo requisito potrebbe così essere inteso a salvaguardia dell'oggetto di compravendita con cui le agenzie di stampa svolgono la propria attività imprenditoriale, vendendo notizie a giornali o periodici, e conseguentemente potrebbe significare che retwittare una notizia senza rispettare anche tale presupposto costituirebbe - comunque [18] - un illecito (non coperto né dall'art. 65 né, certamente, dall'art. 70 LDA e fra l'altro, anche per contrasto con il c.d. *three step test* di cui all'art. 71 nonies LDA).

Note:

[1] Si tratta di un giornalista, Fabrizio Goria, del giornale on line *Linkiesta* che si è visto "diffidare" dalla celeberrima agenzia stampa Thomson Reuters dal re-twittare (cioè immettere in rete attraverso il sito "twitter", noto social network) alcuni lanci dell'agenzia Thomson Reuters diffusi sui canali a pagamento dell'agenzia, cui il Goria è regolarmente abbonato.

[2] Con "LDA" si intende fare riferimento alla L. 22 aprile 1941, n. 633, Protezione del diritto di autore e di altri diritti connessi al suo esercizio, in G.U. n. 166 del 16 luglio 1941.

[3] Si fa riferimento al Capo V, artt. 65 e ss. LDA.

[4] Vedasi in merito a tale vicenda l'articolo de *Il Sole 24 Ore, Twitter, il caso Reuters-Goria scoperchia il fronte del diritto su Internet*, in www.ilsole24ore.com, di Chiara Albanese del 21 Febbraio 2012.

[5] Interessante riportare il considerando n. 25 della Direttiva UE 2001/29, che statuisce: «Dovrebbe avviarsi all'incertezza giuridica relativa alla natura e al grado di protezione degli atti di trasmissione su richiesta, su rete, di opere protette dal diritto d'autore e di materiali protetti dai diritti connessi, prevedendo una protezione armonizzata a livello comunitario. Dovrebbe essere chiarito che tutti i titolari riconosciuti dalla direttiva hanno il diritto esclusivo di rendere accessibili al pubblico le opere protette dal diritto d'autore e i materiali protetti da altri diritti mediante trasmissioni interattive su richiesta ("*on demand*"). Tali trasmissioni sono caratterizzate dal fatto che i componenti del pubblico possono accedervi dal luogo e nel momento da essi individualmente scelto».

[6] In particolare, la produzione e la pubblicazione di opere dell'ingegno rappresentano manifestazioni dello sviluppo della persona umana tutelate dall'art.3 della Costituzione; il diritto di autore rappresenta poi una concretizzazione del principio di libertà di pensiero tutelata ai sensi degli artt. 21 e 33 della Carta Costituzionale; è inoltre normativa posta a tutela della diffusione e dello sviluppo della cultura secondo il dettato dell'art. 9

della Costituzione (nonchè dell'art. 128 del Trattato CE) oltre a rispondere alle esigenze dedotte agli artt. 41 e 35 della Carta Costituzionale.

[7] Denis Olivennes, *La gratuità è un furto. Quando la pirateria uccide la cultura*, Libri Scheiwiller - 24 ORE Cultura, 2007.

[8] *Plagio* in senso stretto è usurpazione di paternità. La *contraffazione* si concretizza nell'ipotesi di non consentita riproduzione non accompagnata dall'usurpazione della paternità. Nel caso, invece, di *plagio/contraffazione* si ha sia l'usurpazione di paternità che la riproduzione non consentita dell'opera.

[9] *Ex multis*, vedasi da ultimo T Milano, 2 Maggio 2011, in *Il Diritto di Autore*, n. 3 - 2011, p.408, Giuffrè. Per essere protetta un'opera deve avere una forma espressiva nonché un certo grado di creatività; seppure, per giurisprudenza praticamente unanime, tale creatività non deve essere necessariamente qualificata, essendo ben sufficiente un livello basso di creatività (vedasi, Piola Caselli, *Codice del diritto di Autore*, 179 o Cass. Civ. 2004 n. 5089).

[10] Oggetto del diritto d'autore è dunque un bene immateriale, distinto dal possesso (o anche dalla proprietà) del mero supporto (cartaceo, fisico, meccanico, magnetico, digitale) sul quale l'opera è fruibile, che, in quanto tale è di proprietà di chi lo acquista (avendone pagato il corrispettivo). Perciò il proprietario del supporto non ha alcuna titolarità a disporre dei diritti di autore, potendo soltanto esercitare le facoltà come consentite dal titolare e secondo la legge.

[11] Posto che il carattere creativo e la novità dell'opera sono elementi costitutivi del diritto d'autore sull'opera dell'ingegno, vedasi *ex multis*: Cass. Civ. 23 novembre 2005 n. 24594 in *Giust. civ. Mass.* 2005, 11, *Giust. civ.* 2006, 12, 2763. "In forza degli art. 4 e 18 della legge n. 633 del 1941 sul diritto d'autore, l'elaborazione di opere dell'ingegno preesistenti, quale la riduzione teatrale di opera letteraria (nell'ipotesi, di due racconti di Cechov), è autonomamente protetta, a condizione che abbia carattere di creatività rispetto all'opera originaria, dovendo possedere un grado, sia pure minimo, di originalità ed individualità idonee a differenziarla da questa, secondo un apprezzamento di fatto - insindacabile in sede di legittimità, se congruamente e correttamente motivato - rimesso al giudice del merito, al quale compete, altresì, in caso di contestazione, la verifica dell'esistenza di un testo compiuto dell'opera derivata (nella specie, copione teatrale risultato autonomo e preesistente rispetto agli interventi di regia, di interpretazione e di allestimento scenico finalizzati alla rappresentazione dello stesso)" ed ancora "i riferimenti all'opera originaria sono elemento caratterizzante dell'opera derivata e la loro presenza in altra opera, pur se derivata dalla medesima opera originaria, possono essere rivelatori di un plagio, se inseriti in un contesto globale che non consente di riconoscere, nell'opera derivata successiva, originalità e carattere creativo" secondo Cassazione

civile sez. I, 10 marzo 1994 n. 2345 in Giust. civ. Mass. 1994, 289 (s.m.), Corriere giuridico 1994, 862 (nota di: Giacobbe), Foro it. 1994, I,2415 (nota di: Mastrorilli).

[12] Sebbene potrebbe sostenersi che l'art. 101, quale species del genus di cui all'art. 2598 c.c., sarebbe applicabile anche in mancanza di un'opera dell'ingegno; sul punto vedasi il § 3 della presente nota.

[13] Si fa riferimento al fenomeno c.d. della commercializzazione del diritto di autore; sintomatico di tale fenomeno è, ad esempio, l'inserimento nella LDA degli artt. 64 bis e seguenti a tutela dei programmi per elaboratore, garantendo protezione sia alla forma letteraria comprensibile all'uomo, cosiddetta "sorgente", che a quella prettamente digitale "codice oggetto". La tutela, che prescinde dalla forma in cui il software è espresso, è però stata estesa anche al materiale preparatorio che è alla base del programma, non alle idee ed ai principi; pertanto, contrariamente ai principi del diritto di autore, sono tutelati i contenuti più che la loro forma espressiva. D'altronde è la stessa Direttiva UE 91/250 a testimoniare di tale fenomeno laddove testualmente deduce che "i programmi per elaboratore hanno un ruolo sempre più importante in una vasta gamma di industrie" e che "per creare programmi per elaboratore è necessario investire considerevoli risorse umane, tecniche e finanziarie, mentre è possibile copiarli a un costo minimo rispetto a quello necessario per produrli autonomamente", perciò tali programmi devono ricevere protezione, in quanto si devono tutelare gli investimenti di risorse umane ed economiche alla base del software, a prescindere da qualsivoglia forma espressiva".

[14] Si parla sempre più spesso di *knowledge based economy*; il mercato è considerato un sistema simmetrico di informazioni (Ermanno Bocchini, *Introduzione al diritto commerciale nella new economy*, Padova: CEDAM, 2001, p. 13 e seg.)

[15] Cassazione civile, 20 settembre 2006 n. 20410, in Riv. dir. ind. 2008, 1, II, 3 e in Dir. autore 2007, 3, 493. Secondo la medesima Corte, con riferimento anche ai rapporti con l'art. 65 LDA, "In tema di diritto d'autore, ai sensi rispettivamente degli art. 7 e 38 l. 22 aprile 1941 n. 633, per le opere collettive - nelle quali sono ricomprese riviste e giornali - mentre il diritto morale di autore spetta a chi dirige ed organizza l'opera complessiva, il diritto di utilizzazione economica spetta, salvo patto contrario, all'editore, che, assumendo il rischio della pubblicazione, ha diritto alla percezione del relativo risultato economico. Tale diritto si estende a tutta l'opera, includendone - ai fini della protezione della esclusività dello sfruttamento - ciascuna delle parti. Ne consegue, con riguardo alla domanda di inibitoria della riproduzione in una rassegna stampa pubblicata da una società a scopo di lucro, e trasmessa in via telematica ai propri clienti, di taluni degli articoli pubblicati in una rivista - ipotesi in relazione alla quale la eccezione al diritto d'autore prevista dall'art. 65 della predetta legge n. 633 del 1941, (nel testo anteriore alle

modifiche introdotte dal d.lg. 9 aprile 2003 n. 68, applicabile nella specie "ratione temporis"), che consente la libera riproducibilità degli articoli di attualità in altre forme di pubblicazione, non trova applicazione ove (come nella specie) il titolare dei diritti di sfruttamento si sia riservata la riproduzione o la utilizzazione di detti articoli - la legittimazione dell'editore della rivista ad agire per la tutela del suo diritto esclusivo, senza necessità di fornire la prova del suo acquisto sullo stesso, che fa parte originariamente del suo patrimonio.". Peraltro, sempre secondo la medesima pronuncia "Il rifiuto anche sistematico dell'editore di concedere licenze per la riproduzione in rassegne stampa di articoli pubblicati nelle proprie riviste non può mai costituire abuso di diritto, e tantomeno violazione dell'art. 41 Cost., in quanto la legge non subordina ad alcun presupposto la legittimità di tale rifiuto, essendo l'editore titolare, al riguardo, del diritto esclusivo di utilizzazione economica dell'opera collettiva".

[16] Cassazione civile sez. I, 10 maggio 1993 n. 5346 in Dir. autore 1994, 70 con nota di M. Fabiani, *Sui limiti di protezione delle notizie e informazioni di stampa* (nella specie, si erano soppressi, da una pubblicazione di quotazioni e valutazioni del mercato dell'usato delle autovetture, alcuni dati o questi erano stati sostituiti con una loro media statistica). Interessante pure O. Carosone, *Canzoni, pubblicità e plagio* (nota a sent. Trib. Milano 6 novembre 1995, Soc. Warner Chappel Music it. e altro c. Soc. Rete Italia e altro), in Dir. autore 1997, II, 232 e, mi sia consentito, F. Tozzi, *Plagio e presupposti di tutela di opera letteraria* (nota a Trib. Napoli 3 giugno 2010), in Dir. autore 2010 fasc. 4, 398.

[17] Come ci dice l'articolo de *Il Sole 24 Ore* citato e come pare abbia "ammesso" la stessa agenzia Reuters.

[18] A questo punto, si dovrebbe prescindere dalla sussistenza di un'opera dell'ingegno, volendosi tutelare l'informazione in quanto tale, attraverso la prospettata doppia lettura dell'art. 101 LDA.

Rinvio pregiudiziale del TAR Lazio alla Corte di Giustizia per i contributi ad AGCOM: spunti di riflessione sul sistema di finanziamento alle autorità indipendenti

di

Gilberto Nava e Valerio Mosca

Sommario: 1. Introduzione; 2. Inquadramento normativo della contribuzione obbligatoria all'AGCOM; 2.1 Normativa nazionale; 2.2 Normativa comunitaria e recepimento nel Codice delle Comunicazioni; 3. Il contenuto delle ordinanze del TAR: il possibile contrasto tra la disciplina nazionale ed il quadro normativo UE; 4. Brevi riflessioni in materia di finanziamento delle autorità amministrative indipendenti a carico delle imprese.

Quesito posto alla Corte di Giustizia: Mentre la legislazione italiana appare orientata a coprire con il ricorso ai contributi dei privati operatori del settore regolamentato tutti i costi dell'Autorità appunto non coperti dal finanziamento statale, sia pure con un meccanismo che in quanto ancorato ai ricavi delle vendite e delle prestazioni consente di differenziare il sacrificio imposto a ciascun operatore sulla base della propria capacità economica, nella prospettiva del legislatore comunitario l'imposizione di diritti amministrativi agli operatori appare giustificata esclusivamente sulla base dei costi effettivamente sopportati dalle autorità nazionali non per lo svolgimento di qualsivoglia tipologia di attività. Tanto premesso, le disposizioni comunitarie di settore, in particolare le disposizioni di cui alla direttiva n. 2002/20, debbono essere interpretate come ostative alla disciplina nazionale, con particolare riferimento alla legge n. 266 del 2005, anche per come in concreto applicata in sede regolamentare?

N. 03130 / 2012 REG.PROV.COLL.
N. 06430 / 2011 REG.RIC.

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio
(Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

Ordinanza

sul ricorso numero di registro generale 6430 del 2011, proposto da:

SAGGI

Soc. 1 Spa, rappresentata e difesa dagli avv. F. P. e G. N., con domicilio eletto presso lo Studio Legale _____ in Roma, via _____;

contro

Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12; Presidenza del Consiglio dei Ministri, Commissione di Garanzia dell'Attuazione della Legge Sullo Sciopero Nei Servizi Pubblici Essenziali;

nei confronti di

Soc. 2 Spa, rappresentata e difesa dagli avv. B. C., S. F. e R. S., con domicilio eletto presso B. C. in Roma, via _____;

per l'annullamento

Delibera 599/10/CONS del 11.11/10 recante: misura e modalità di versamento del contributo dovuto all'Autorità per le comunicazioni per l'anno 2011 - (art. 119 C.P.A.) - Atto di Costituzione ex art. 10 D.P.R. 1199/71

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Autorita' Per Le Garanzie Nelle Comunicazioni e di Soc 2 Spa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 dicembre 2011 il dott. Salvatore Mezzacapo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Con il proposto ricorso è chiesto dalla ricorrente Soc. 1 Spa l'annullamento della delibera n. 599/10/CONS dell'11 novembre 2010 con cui l'AGCOM ha stabilito modalità e misura del versamento del contributo alla stessa dovuto per l'anno 2011.

La delibera fissa per il 2011 la contribuzione dovuta all'Autorità in misura pari allo 1,8 per mille dei ricavi risultanti dall'ultimo bilancio approvato prima della stessa, con un aumento del 20% rispetto al 2010.

Si è costituita in giudizio l'intimata Autorità.

Alla pubblica udienza del 13 dicembre 2011 il ricorso viene ritenuto per la decisione.

Ritiene il Collegio di dover sospendere il processo fino alla definizione della questione pregiudiziale che con la presente ordinanza è rimessa alla Corte di Giustizia delle Comunità europee.

A detto convincimento il Collegio perviene a seguito dell'esame della disciplina nazionale e di quella comunitaria interessanti la presente controversia inerente i contributi dovuti dalle imprese operanti nel settore per le spese di funzionamento dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (Agcom).

Nell'ordinamento italiano l'obbligo di corrispondere un contributo per il funzionamento delle autorità di regolamentazione dei servizi di pubblica utilità è stato introdotto con la legge n. 481 del 1995, recante "Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità". L'art. 2 della citata legge n. 481/1995 disponeva, al comma 38, che "All'onere derivante dall'istituzione e dal funzionamento delle Autorità...si provvede....a decorrere dal 1996, mediante contributo di importo non superiore all'uno per mille dei ricavi dell'ultimo esercizio, versato dai soggetti esercenti il servizio stesso; il contributo è versato entro il 31 luglio di ogni anno nella misura e secondo le modalità stabilite con decreto del Ministro delle finanze emanato, di concerto con il Ministro del tesoro, entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge". Disposizione questa abrogata dall'ultimo periodo del comma 68 dell'art. 1, L. 23 dicembre 2005, n. 266, poi soppresso dall'art. 39-quinquies, D.L. 30 dicembre 2005, n. 273, nel testo integrato dalla relativa legge di conversione e dunque da ritenersi per questo ancora in vigore. Il meccanismo del contributo a carico dei soggetti esercenti il servizio, di cui al citato comma 38, lett. b) dell'art. 2 della legge n. 481 del 1995 è peraltro espressamente richiamato dal comma 1 dell'art. 6 della successiva legge n. 249 del 1997, istitutiva dell'AGCOM, il quale appunto dispone che "All'onere derivante dall'applicazione della presente legge.....si provvede..... quanto ad annue lire 20 miliardi con le modalità di cui all'articolo 2, comma 38, lettera b), e commi successivi, della legge 14 novembre 1995, n. 481 " altresì stabilendo che "secondo le stesse modalità può essere istituito, ove necessario e con criteri di parametrizzazione che tengano conto dei costi dell'attività, un corrispettivo per i servizi resi dall'Autorità in base a disposizioni di legge, ivi compresa la tenuta del registro degli operatori".

Le linee guida per il calcolo del contributo venivano quindi declinate con decreto del Ministero dell'economia del 4 luglio 2001 che individuava i soggetti tenuti al contributo e disponeva in ordine al quantum che "Il contributo è determinato applicando la percentuale di cui al successivo art. 3 (0,35 per mille) sui ricavi iscritti nell'ultimo bilancio approvato e conseguiti a fronte di attività ricadenti nelle tipologie esercitate dalle categorie di operatori di cui al comma 1, al netto delle quote riversate agli operatori terzi". Ancora il citato d.m. disponeva che "Per l'anno 2001, per

favorire la presenza di un mercato concorrenziale e la capacità competitiva dei soggetti operanti nel settore della comunicazione, in considerazione dell'impegno in innovazione, anche tecnologica, richiesto dal progressivo sviluppo del processo di convergenza previsto dalla società dell'informazione, il contributo non viene calcolato sui ricavi derivanti dalle seguenti attività:e) attività per servizi e prodotti di comunicazione telematici, interattivi e multimediali". Disposizioni queste ribadite nei successivi dd.mm. 17.5.2002, 26.6.2003, 20.7.2004 e 22.7.2005 con cui erano in linea le stesse Istruzioni per il calcolo del contributo pubblicate dall'AGCOM. La disciplina nazionale in materia è significativamente stata innovata poi con l'art. 1 comma 65 della legge n. 266 del 2005, a mente del quale "A decorrere dall'anno 2007 le spese di funzionamento....dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni.....sono finanziate dal mercato di competenza, per la parte non coperta da finanziamento a carico del bilancio dello Stato, secondo modalità previste dalla normativa vigente ed entità di contribuzione determinate con propria deliberazione da ciascuna Autorità, nel rispetto dei limiti massimi previsti per legge, versate direttamente alle medesime Autorità...". Il successivo comma 66 ha poi stabilito che "In sede di prima applicazione, per l'anno 2006, l'entità della contribuzione a carico dei soggetti operanti nel settore delle comunicazioni di cui all'articolo 2, comma 38, lettera b), della legge 14 novembre 1995, n. 481, è fissata in misura pari all'1,5 per mille dei ricavi risultanti dall'ultimo bilancio approvato prima della data di entrata in vigore della presente legge. Per gli anni successivi, eventuali variazioni della misura e delle modalità della contribuzione possono essere adottate dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ai sensi del comma 65, nel limite massimo del 2 per mille dei ricavi risultanti dal bilancio approvato precedentemente alla adozione della delibera". Le misure e le modalità della contribuzione di cui al citato comma 66 sono state stabilite, per l'anno 2006, con Del. 2 marzo 2006, n. 110/06/CONS, per l'anno 2007, con Del. 29 novembre 2006, n. 696/06/CONS, per l'anno 2008, con Del. 21 novembre 2007, n. 604/07/CONS, per l'anno 2009, con Del. 26 novembre 2008, n. 693/08/CONS, per l'anno 2010, con Del. 10 dicembre 2009, n. 722/09/CONS e, per l'anno 2011, con Del. 11 novembre 2010, n. 599/10/CONS.

In buona sostanza, a seguito della legge n. 266/2005, per come rileva la difesa della stessa Agcom, è stato introdotto un metodo destinato ad operare "per la parte non coperta da finanziamento a carico del bilancio dello Stato", sistema definito di auto-finanziamento, in quanto la norma primaria attribuisce al mercato di competenza l'onere di finanziare le Autorità e definisce il relativo tetto. La determinazione puntuale del contributo può dunque avvenire attraverso l'emanazione di norme di rango secondario

Quanto alla legislazione comunitaria, dispone l'art. 12 della Dir. 7.3.2002 n. 2002/20/CE, cd. direttiva autorizzazioni, che "1. I diritti amministrativi imposti alle imprese che prestano servizi o reti ai sensi dell'autorizzazione generale o che hanno ricevuto una concessione dei diritti d'uso:

a) coprono complessivamente i soli costi amministrativi che saranno sostenuti per la gestione, il controllo e l'applicazione del regime di autorizzazione generale, dei diritti d'uso e degli obblighi specifici di cui all'articolo 6, paragrafo 2, che possono comprendere i costi di cooperazione internazionale, di armonizzazione e di standardizzazione, di analisi di mercato, di sorveglianza del rispetto delle disposizioni e di altri controlli di mercato, nonché di preparazione e di applicazione del diritto derivato e delle decisioni amministrative, quali decisioni in materia di accesso e interconnessione;

b) sono imposti alle singole imprese in modo proporzionato, obiettivo e trasparente che minimizzi i costi amministrativi aggiuntivi e gli oneri accessori.

2. Le autorità nazionali di regolamentazione che impongono il pagamento di diritti amministrativi sono tenute a pubblicare un rendiconto annuo dei propri costi amministrativi e dell'importo complessivo dei diritti riscossi. Alla luce delle differenze tra l'importo totale dei diritti e i costi amministrativi, vengono apportate opportune rettifiche".

Del resto, il 30° considerando della citata direttiva stabilisce che "Ai prestatori di servizi di comunicazione elettronica può essere richiesto il pagamento di diritti amministrativi a copertura delle spese sostenute dall'autorità nazionale di regolamentazione per la gestione del regime di autorizzazione e per la concessione dei diritti d'uso. È opportuno che la riscossione di tali diritti si limiti a coprire i costi amministrativi veri e propri di queste attività. Pertanto occorre garantire la trasparenza della contabilità gestita dall'autorità nazionale di regolamentazione mediante rendiconti annuali in cui figurino l'importo complessivo dei diritti riscossi e dei costi amministrativi sostenuti. In questo modo le imprese potranno verificare se vi sia equilibrio tra i costi e gli oneri ad esse imposti".

E così il 13° considerando della successiva direttiva 25-11-2009 n. 2009/140/CE prescrive che "È opportuno rafforzare l'indipendenza delle autorità nazionali di regolamentazione per garantire un'applicazione più efficace del quadro normativo, rafforzare la loro autorità e assicurare una maggiore prevedibilità delle loro decisioni. A tal fine è opportuno prevedere, nella legislazione nazionale, una disposizione esplicita che garantisca che un'autorità nazionale di regolamentazione responsabile della regolamentazione ex ante del mercato o della risoluzione di controversie tra imprese è al riparo, nell'esercizio delle sue funzioni, da qualsiasi intervento esterno o pressione politica che potrebbe compromettere la sua imparzialità di giudizio nelle questioni che è chiamata a dirimere. Ai sensi del quadro normativo, tale influenza esterna

impedisce a un organo legislativo nazionale di deliberare in quanto autorità nazionale di regolamentazione. A tal fine, è opportuno stabilire preventivamente norme riguardanti i motivi di licenziamento del responsabile dell'autorità nazionale di regolamentazione in modo da dissipare ogni dubbio circa la neutralità di tale ente e la sua impermeabilità ai fattori esterni. È importante che le autorità nazionali di regolamentazione responsabili della regolamentazione ex ante del mercato dispongano di un bilancio proprio che permetta loro di assumere sufficiente personale qualificato. Per garantire la trasparenza è opportuno che il bilancio sia pubblicato annualmente”.

Emerge, ad una lettura attenta dei due sistemi normativi, che mentre la legislazione nazionale appare orientata a coprire con il ricorso ai contributi dei privati operatori del settore regolamentato tutti i costi dell’Autorità appunto non coperti dal finanziamento statale, sia pure con un meccanismo che in quanto ancorato ai ricavi delle vendite e delle prestazioni consente di differenziare il sacrificio imposto a ciascun operatore sulla base della propria capacità economica, nella prospettiva del legislatore comunitario l’imposizione di diritti amministrativi agli operatori appare giustificata esclusivamente sulla base dei costi effettivamente sopportati dalle autorità nazionali non per lo svolgimento di qualsivoglia tipologia di attività, ma in funzione dell’esercizio dell’attività di regolazione ex ante strumentale al rilascio delle autorizzazioni. In altri termini, una lettura ragionevole delle regole comunitarie appare quella per cui i contributi riscossi dall’Agcom debbono essere commisurati ai costi sopportati ai fini dello svolgimento dell’attività di regolazione ex ante.

Nella specie, deve peraltro rilevarsi, quale elemento che ispessisce le perplessità di cui sopra, l’esplicito richiamo nelle premesse della delibera avversata all’art. 2 comma 241 della legge 23 dicembre 2009 n. 191 (legge finanziaria 2010). Orbene, la citata disposizione stabilisce per gli anni 2010, 2011 e 2012 determinati trasferimenti da autorità conferente ad autorità beneficiaria, trasferimenti che comunque, nella rappresentazione dell’avversata delibera, rendono necessario aumentare la contribuzione a carico del mercato di competenza per assicurare adeguata copertura al bilancio dell’Autorità per il 2011.

Tutto ciò premesso, osserva il Collegio che l’obbligo per il giudice nazionale di sollevare questioni davanti alla Corte di giustizia delle Comunità europee ai sensi del Trattato C.E.E. non sussiste per il solo fatto che una delle parti del giudizio abbia contestato la legittimità dell’atto comunitario o abbia chiesto la sospensione del giudizio, in quanto il giudice stesso deve sempre verificare la serietà della questione, potendo decidere se essa sia o meno manifestamente infondata (Cons. Stato, V Sez., 23 aprile 1998 n. 478).

Serietà della questione e non manifesta infondatezza che, ad avviso del Collegio, ricorrono nel caso di specie.

Ai fini della risoluzione del presente gravame, pertanto, il Collegio giudica rilevante ed opportuno sollevare la seguente questione pregiudiziale dinnanzi alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee, ai sensi dell'art. 267 del Trattato CE:

Se le disposizioni comunitarie di settore, in particolare le disposizioni di cui alla direttiva n. 2002/20, debbano essere interpretate come ostative alla disciplina nazionale anch'essa richiamata, in particolare la legge n. 266 del 2005, anche per come in concreto applicata in sede regolamentare.

Da tutto quanto esposto consegue la rimessione del presente giudizio ai giudici comunitari e la sua sospensione fino alla del soluzione della questione pregiudiziale.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda) rimette alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee la questione pregiudiziale indicata in motivazione.

Sospende il processo fino alla definizione della questione pregiudiziale.

Spese al definitivo.

Così deciso in Roma nelle camere di consiglio del giorno 13 dicembre 2011 e del giorno 22 febbraio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Tosti, Presidente
Carlo Modica de Mohac, Consigliere
Salvatore Mezzacapo, Consigliere, Estensore

Il commento

1. Introduzione

In data 5 aprile 2012, nell'ambito di una serie di giudizi instaurati dai maggiori operatori di comunicazioni elettroniche, il Tar del Lazio ha depositato alcune ordinanze (aventi contenuto analogo) con cui ha rinviato in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia la questione relativa alla conformità con la normativa UE della disciplina nazionale in materia di contribuzione obbligatoria a carico degli operatori di comunicazioni al fine di coprire le spese di funzionamento dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (Agcom).

Anche se tali ordinanze non definiscono i giudizi pendenti, esse sono comunque particolarmente interessanti poiché indicano con chiarezza le criticità dell'attuale quadro normativo in materia di contribuzione obbligatoria all'Agcom e, soprattutto, i relativi profili di illegittimità che

potrebbero essere dichiarati dalla Corte di Giustizia. Tali ordinanze forniscono inoltre lo spunto per svolgere alcune riflessioni sulla più generale tematica del finanziamento delle autorità amministrative indipendenti a carico delle imprese che, negli ultimi anni, ha assunto un'importanza crescente (anche per la costante diminuzione dei fondi trasferiti dal bilancio pubblico) ma, allo stesso tempo, è stata anche caratterizzata da modalità applicative in certi casi incoerenti e problematiche.

2. Inquadramento normativo della contribuzione obbligatoria all'AGCOM

Prima di esaminare le questioni sopra indicate, nonché per meglio comprendere le stesse, è opportuno descrivere l'evoluzione del quadro normativo in materia di finanziamento dell'Agcom a carico degli operatori del settore, sul quale già in passato la Corte di Giustizia era stata chiamata ad intervenire.

2.1 Normativa nazionale

Una forma di finanziamento dell'Agcom a carico delle imprese operanti nel settore delle comunicazioni era stata prevista fin dalla Legge n. 481/1995 istitutiva della autorità di regolamentazione dei servizi di pubblica utilità [1] e dalla successiva Legge n. 249/1997 [2]. Tale sistema contributivo era attuato mediante decreti annuali del Ministero dell'Economia che stabilivano l'importo e le modalità di determinazione del contributo stesso. Sovrapponendosi alle norme di legge richiamate, l'art. 20, comma 2, della Legge n. 448/1998 ha successivamente previsto a carico degli operatori del settore delle comunicazioni un "*contributo sulle attività di installazione e fornitura di reti di telecomunicazioni pubbliche, di fornitura al pubblico di servizi di telefonia vocale e di servizi di comunicazioni mobili e personali*". Tale onere era versato direttamente al bilancio dello Stato ed era calcolato sul fatturato delle società relativo a tutti i servizi di telecomunicazione dell'anno precedente. Anche in quel caso le delibere attuative dell'Agcom erano state impugnate dalle imprese e la questione rimessa in via pregiudiziale dal Tar Lazio alla Corte di Giustizia. Quest'ultima aveva rilevato la contrarietà del sistema di contribuzione disciplinata dalla Legge n. 448/1998 alla (previgente) normativa comunitaria di cui all'art. 11 della Direttiva n. 97/13/CE (recepito in Italia dall'art. 6 del D.P.R. n. 318/1997), il quale vietava agli Stati Membri di imporre alle imprese titolari di licenze individuali nel settore dei servizi di telecomunicazione prestazioni pecuniarie diverse ed ulteriori rispetto a quelle preordinate a coprire i costi amministrativi per il rilascio, la gestione ed il controllo del sistema di licenze individuali. In particolare, nella sentenza 18 settembre 2003,

procedimenti C-292/01 e C-293/01 *Albacorn* e *Infostrada*, la Corte di Giustizia ha sottolineato che le norme comunitarie “vietano agli Stati Membri di imporre alle imprese titolari di licenze individuali nel settore dei servizi di telecomunicazione, per il solo fatto che detengono tali licenze, prestazioni pecuniarie come quelle in esame nelle cause principali, diverse e supplementari rispetto a quelle consentite dalla direttiva” [3].

Anche al fine di reperire le ulteriori necessarie risorse finanziarie a fronte della riduzione dei trasferimenti di fondi pubblici, il sistema di contribuzione all'Agcom (nonché alle altre autorità amministrative indipendenti) è stato riformato dall'art. 1, commi 65 e ss., della Legge n. 266/2005 (Finanziaria 2006), e proprio tale disciplina - nei termini di seguito illustrati - ha rappresentato l'oggetto dei giudizi in commento. In particolare, la Finanziaria 2006 ha introdotto un sistema di auto-finanziamento dell'Agcom in cui la norma primaria, da un lato attribuisce alle imprese attive nel settore delle comunicazioni l'onere di finanziare l'Agcom e definisce il tetto massimo di contribuzione (2 per mille dei ricavi realizzati attraverso attività sottoposte all'attività regolamentare di settore [4]) e, dall'altro, attribuisce direttamente all'Agcom il compito di definire annualmente la misura puntuale e le modalità di determinazione del contributo [5]. Va inoltre evidenziato che tale strumento di prelievo a carico delle imprese del settore è diretto a coprire indistintamente tutti i costi sostenuti dall'Agcom nello svolgimento della propria attività che non siano già coperti dal finanziamento statale. Sotto questo profilo, quindi, la Finanziaria 2006 ha sostanzialmente riproposto, almeno in relazione alle modalità di determinazione del contributo, l'impostazione dell'art. 20, comma 2, della Legge n. 448/1998 che era stata censurata dalla giurisprudenza comunitaria.

Va ricordato che tale sistema di auto-finanziamento delle autorità amministrative indipendenti di cui alla Legge n. 266/2005 è passato anche al vaglio della Corte Costituzionale che, con sentenza 6 luglio 2007, n. 256, ha respinto la questione di costituzionalità sollevata da alcune regioni e province autonome in merito alla presunta violazione della loro competenza legislativa e autonomia finanziaria e tributaria. In quel caso la Corte ha sottolineato che le contribuzioni in questione sono riconducibili alla categoria dei “tributi statali” e, dunque, costituiscono legittimo esercizio della competenza statale esclusiva in materia di sistema tributario e contabile di cui all'art. 117, comma 2, lett. e), delle Costituzioni [6].

Il sistema normativo applicabile è stato integrato dalla Legge n. 191/2009 (Finanziaria 2010), che ha introdotto l'obbligo in capo all'Agcom (e ad alle altre autorità destinatarie dei maggiori importi di contribuzione dal proprio mercato di riferimento, ossia Isvap e Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture) di trasferire ad altre autorità amministrative indipendenti (Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Commissione di Garanzia dell'Attuazione della Legge sullo

Sciopero nei Servizi Pubblici Essenziali e Garante per la Protezione dei Dati Personali) una parte dei contributi ricevuti dalle imprese per ciascuno degli anni dal 2010 al 2012. Tale previsione ha quindi inciso solo sulla destinazione delle somme pagate dalle imprese e non anche, ad esempio, sul loro ammontare o sulle modalità di determinazione. Tuttavia, proprio tale “sviamento” della destinazione delle somme rappresenta un significativo *vulnus* dell’intera normativa che, come di seguito indicato, è stato rilevato anche dal giudice amministrativo.

2.2 Normativa comunitaria e recepimento nel Codice delle Comunicazioni
Si è già visto che il previgente quadro normativo comunitario di cui all’art. 11 della Direttiva n. 97/13/CE già prevedeva la possibilità di introdurre un prelievo a carico delle imprese entro limiti rigorosi, dovendo esso essere diretto a coprire solo determinate e ben specifiche attività di natura regolamentare svolte dall’Agcom.

Tale sistema è stato replicato anche nell’attuale quadro normativo UE. In particolare, l’art. 12 della Direttiva “autorizzazioni” n. 2002/20/CE prevede che alle imprese attive nel settore delle comunicazioni elettroniche possono essere imposti unicamente diritti amministrativi diretti a coprire “*i soli costi amministrativi che saranno sostenuti per la gestione, il controllo e l'applicazione del regime di autorizzazione generale, dei diritti d'uso e degli obblighi specifici di cui all'articolo 6, paragrafo 2, che possono comprendere i costi di cooperazione internazionale, di armonizzazione e di standardizzazione, di analisi di mercato, di sorveglianza del rispetto delle disposizioni e di altri controlli di mercato, nonché di preparazione e di applicazione del diritto derivato e delle decisioni amministrative, quali decisioni in materia di accesso e interconnessione*”.

I *consideranda* nn. 30 e 31 della medesima direttiva sono ancor più chiari nel sottolineare i limiti ben precisi entro i quali uno Stato Membro può stabilire in capo alle imprese un obbligo di contribuzione all’autorità di regolamentazione e, soprattutto, le modalità di determinazione dello stesso, che devono essere dirette a coprire solo i costi delle autorità sostenuti solo nell’esercizio di alcune determinate attività di regolazione [7].

L’art. 12 della Direttiva “autorizzazioni” n. 2002/20/CE è stato recepito in Italia, in maniera pressoché identica, dall’art. 34, comma 1, del D.Lgs. n. 259/2003 (Codice delle Comunicazioni Elettroniche) [8]. Va precisato che il comma 2 della medesima norma rinvia all’allegato 10 del Codice delle Comunicazioni per la determinazione di tali diritti, che però devono essere versati al Ministero dello Sviluppo Economico e non all’Agcom. Nell’ordinamento italiano, quindi, i contributi a carico delle imprese indicati dall’art. 12 della Direttiva n. 2002/20/CE sono versati non all’autorità nazionale di regolamentazione (come definita dall’art. 1 del Codice delle Comunicazioni Elettroniche), bensì al Ministero competente, e tale scelta

del legislatore riflette il particolare riparto di competenze tra tali due istituzioni nel settore delle comunicazioni elettroniche. La conseguenza è che l'ulteriore forma di contribuzione a carico delle imprese versata all'Agcom prevista dalla Legge n. 266/2005 sembra porsi come un prelievo ulteriore rispetto a quello stabilito dalla Direttiva n. 2002/20/CE. Tale intreccio normativo, rappresentato dalla coesistenza del contributo al Ministero di cui all'allegato 10 del Codice delle Comunicazioni e del contributo all'Agcom stabilito dalla Finanziaria 2006 non è stata direttamente esaminata dalle ordinanze in commento, ma è presumibile che venga affrontata dal giudice comunitario, in quanto collegata all'applicazione in Italia delle rilevanti norme UE.

Si precisa che la riforma del quadro normativo UE in materia di comunicazioni elettroniche di cui alla Direttiva 2009/140/CE non ha introdotto alcuna modifica alle norme sopra illustrate e, in particolare, all'art. 12 della Direttiva 2002/20/CE. Allo stesso modo, neanche il progetto preliminare di decreto legislativo di modifica del Codice delle Comunicazioni (esaminato dal Governo nel Consiglio dei Ministri del 6 aprile 2012 ma non ancora approvato definitivamente) prevede modifiche all'art. 34 del Codice delle Comunicazioni.

3. Il contenuto delle ordinanze del TAR: il possibile contrasto tra la disciplina nazionale ed il quadro normativo UE

Le ordinanze di rimessione della questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia, se certamente non costituiscono una pronuncia di illegittimità delle norme primarie e regolamentari impugnate dalle imprese, rappresentano comunque un significativo indice quanto meno delle loro criticità e possibili profili di illegittimità. In particolare, in tali ordinanze i giudici del Tar hanno espresso in maniera piuttosto chiara il proprio orientamento e le proprie perplessità su alcuni aspetti del modello di contribuzione a carico delle imprese previsto in Italia.

Il principale elemento di possibile contrasto che il Tar ha individuato tra la normativa interna e quella comunitaria si riferisce ai costi sostenuti dall'Agcom che possono essere coperti dalla contribuzione obbligatoria a carico delle imprese. Sotto questo profilo, il giudice amministrativo ha rilevato che le norme interne, prevedendo una contribuzione a copertura del complesso di tutti i costi dell'Agcom, sembrano andare ben al di là di quanto consentito dall'art. 12 della Direttiva n. 2002/20/CE, il quale ammette la possibilità di imporre alle imprese una contribuzione obbligatoria solo a copertura dei costi relativi ad alcune specifiche attività del regolatore (cfr. par. 2.2) .

In particolare, i giudici del Tar osservano che *“mentre la legislazione nazionale appare orientata a coprire con il ricorso ai contributi dei privati*

operatori del settore regolamentato tutti i costi dell’Autorità appunto non coperti dal finanziamento statale, sia pure con un meccanismo che in quanto ancorato ai ricavi delle vendite e delle prestazioni consente di differenziare il sacrificio imposto a ciascun operatore sulla base della propria capacità economica, nella prospettiva del legislatore comunitario l’imposizione di diritti amministrativi agli operatori appare giustificata esclusivamente sulla base dei costi effettivamente sopportati dalle autorità nazionali, ma in funzione dell’esercizio dell’attività di regolazione ex ante strumentale al rilascio delle autorizzazioni. In altri termini, una lettura ragionevole delle regole comunitarie appare quella per cui i contributi riscossi dall’Agcom debbono essere commisurati ai costi sopportati ai fini dell’attività di regolazione ex ante”.

Ulteriore elemento che, secondo il Tar, “*ispessisce la perplessità di cui sopra*” è rappresentato dalla previsione contenuta nella Finanziaria 2010 sopra richiamata, secondo la quale una parte delle contribuzioni delle imprese all’Agcom debba essere trasferita ad altre autorità amministrative. Tale obbligo rende infatti ancor più evidente la mancata correlazione tra la contribuzione e la copertura dei costi delle sole attività indicate dall’art. 12 della Direttiva n. 2002/20/CE, dal momento che l’onere sostenuto dalle imprese del settore delle comunicazioni viene destinato addirittura a finanziare anche le attività (evidentemente ben diverse) di altre autorità amministrative indipendenti.

In considerazione delle criticità rilevate ma anche, probabilmente, dell’enorme impatto che avrebbe una pronuncia di illegittimità totale o parziale del sistema di contribuzione che garantisce larga parte del finanziamento dell’Agcom e di altre autorità amministrative indipendenti, il Tar ha, dunque, ritenuto opportuno rimettere l’intera questione alla Corte di Giustizia ai sensi dell’art. 267 TFEU, formulando una questione pregiudiziale in merito proprio alla compatibilità della disciplina nazionale in materia di contribuzione obbligatoria all’Agcom con le disposizioni comunitarie di cui alla Direttiva 2002/20/CE.

A seguito delle ordinanze in esame, i giudizi pendenti di fronte al Tar resteranno sospesi fino alla definizione della questione pregiudiziale da parte della Corte di Giustizia che, abitualmente, si esprime in 10-18 mesi.

4. Brevi riflessioni in materia di finanziamento delle autorità amministrative indipendenti a carico delle imprese

Come anticipato, la contribuzione obbligatoria a carico delle imprese interessa sostanzialmente tutte le autorità amministrative indipendenti (ad esclusione della Banca d’Italia), secondo modalità differenti ma che, in larga parte, si basano su un prelievo parametrato sul fatturato realizzato dalle imprese sottoposte all’attività regolatoria.

La *ratio* di tale tipologia di finanziamento sta nel fatto che le imprese contribuenti rappresentano (almeno potenzialmente) anche i soggetti beneficiari finali dell'attività di regolamentazione e, in particolare, della creazione di un *level playing field* che, oltre a tutelare i consumatori, favorisca anche uno svolgimento efficiente dell'attività economica e impedisca il sorgere di distorsioni competitive o regolamentari. Inoltre, il modello di prelievo contributivo a carico delle imprese del settore è funzionale ad assicurare alle autorità amministrative un'effettiva autonomia finanziaria dagli organi di Governo e, in definitiva, rappresenta uno strumento di garanzia dell'indipendenza complessiva delle autorità e della loro (almeno tendenziale) sottrazione ad indebite pressioni provenienti da forze di governo o politiche [9].

Va inoltre sottolineato che, ormai da alcuni anni, lo Stato tende progressivamente a ridurre le proprie erogazioni dirette alle autorità amministrative indipendenti e, per mantenere un equilibrio di bilancio di esse, prevede che una parte sempre maggiore delle spese delle autorità sia coperta da fonti di finanziamento ulteriori, costituite essenzialmente dai contributi (di diversa natura) posti a carico delle imprese. E l'Agcom è proprio un esempio di come il fabbisogno finanziario complessivo sia coperto quasi per intero dalla contribuzione degli operatori del settore [10].

In certi casi, tuttavia, la principale finalità dei modelli di prelievo in esame sembra rappresentata non tanto dal raggiungimento degli obiettivi sopra indicati, quanto piuttosto dalla necessità "materiale" di assicurare una solida copertura finanziaria dell'attività di una determinata autorità amministrativa, alleggerendo al contempo il bilancio statale dalle quote di finanziamento diretto alla medesima autorità. Ciò ha portato ad un sistema che, anche volendo prescindere da profili di possibile legittimità, non appare esente da alcune distorsioni di fondo.

Per alcune autorità, ad esempio, la contribuzione a carico delle imprese ha assicurato non solo la copertura delle spese di funzionamento ma, addirittura, significativi avanzi di gestione, e la situazione finanziaria dell'Agcom ne è un esempio [11]. Tale elemento già si pone in contrasto con una delle caratteristiche fondamentali del sistema di autofinanziamento delle autorità, secondo cui i contributi delle imprese devono essere rigorosamente correlati alla copertura dei soli costi sostenuti da esse [12]. Nel momento in cui l'autorità beneficiaria della contribuzione da parte delle imprese realizza una sorta di "plusvalenza", non possono che sorgere fondati motivi per dubitare della coerenza del sistema di finanziamenti in questione.

Le maggiori criticità del complessivo sistema di finanziamento delle autorità derivano tuttavia dalla previsione di cui alla Legge n. 191/2009 (cfr. par. 2.2 *supra*) secondo la quale, in sostanza, le autorità che ricevono gli importi più elevati dal corrispondente mercato di riferimento sono

tenute a versare una parte significativa di essi alle autorità per le quali, invece, i contributi delle imprese rappresentano importi decisamente inferiori. Nel caso dell'Agcom, come visto, lo stesso Tar Lazio ha rilevato che la suddetta previsione rafforza l'apparente contrasto tra la normativa nazionale e quella comunitaria e, anche per questo motivo, la questione è stata rimessa alla valutazione della Corte di Giustizia. Anche nel caso delle altre autorità, comunque, con il sistema di "versamenti incrociati" tra autorità viene meno il necessario collegamento tra gli importi di contribuzione delle imprese e la copertura dei costi di regolamentazione dell'autorità beneficiaria della suddetta contribuzione. A tal fine, non sembra certo sufficiente a compensare tale situazione la generica previsione di cui all'art. 1, comma 241, della Legge n. 191/2009 di "*misure reintegrative in favore delle autorità contribuenti, nei limiti del contributo versato, a partire dal decimo anno successivo all'erogazione del contributo, a carico delle autorità indipendenti percipienti che a tale data presentino un avanzo di amministrazione*". Quest'ultima condizione è infatti incerta e, nell'attuale contesto economico, appare anche di difficile realizzazione.

Un primo passo per superare tale sistema è stato compiuto dal recente "Decreto Liberalizzazioni" (D.L. n. 1/2012, convertito con Legge n. 27/2012) che, per risolvere il grave deficit finanziario dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nonché per sostenere le nuove competenze attribuite alla stessa, ha introdotto uno specifico contributo obbligatorio annuale a carico delle società di capitali con ricavi superiori a 50 milioni di euro, pari allo 0,08 per mille del fatturato, fino ad un massimo di 400.000 euro di contribuzione annuale. Tale nuovo sistema di auto-finanziamento dell'Agcm, che sarà applicato a partire dal 2013 [13], rappresenta la conferma più chiara della progressiva dilatazione del sistema di contribuzione a carico delle imprese per sostenere i costi delle autorità. Addirittura in questo caso, per la prima volta, è stata introdotta una forma di prelievo che grava indistintamente ed in maniera "orizzontale" su tutte le società di capitali operanti in Italia (con un fatturato di almeno 50 milioni di euro), senza che sia stato stabilito un criterio per individuare le imprese che sono o potrebbero essere soggette all'attività di controllo dell'autorità destinataria della contribuzione (fermo restando che, nel caso dell'Agcm, l'attività regolamentare riguarda potenzialmente l'intero mercato nazionale). Inoltre, si evidenzia che l'introduzione di una soglia di fatturato per essere soggetti al prelievo (50 milioni di euro) e di un limite massimo di contribuzione (400.000 euro) rischiano di far gravare il contributo in maniera proporzionalmente maggiore sulle società di media grandezza introducendo, in definitiva, possibili elementi di discriminazione tra le imprese stesse.

Dunque, quanto sopra indicato mostra che la questione dell'auto-finanziamento delle autorità amministrative indipendenti posto a carico delle imprese costituirà una questione sempre più rilevante, ma proprio per

questo è necessario che esso venga attuato con modalità che garantiscano al mercato su cui grava il prelievo le maggiori garanzie possibili in termini di effettiva correlazione tra contributi e spese sostenute dall'autorità, chiarezza delle modalità di determinazione del contributo [14], proporzionalità e non discriminazione del prelievo tra le varie imprese, trasparenza nella determinazione del contributo, nonché rigore nell'efficiente allocazione delle risorse rispetto alle attività ed alle competenze dell'autorità [15]. Allo stesso tempo le imprese, trovandosi a finanziare gran parte della suddetta attività regolamentare, non possono che attendersi che essa sia svolta in maniera efficiente ed efficace, garantisca la certezza ed il rispetto delle tempistiche dei procedimenti regolari, e agevoli la creazione ed il rafforzamento di condizioni di mercato favorevoli per lo sviluppo economico delle imprese e l'aumento degli investimenti. A tale riguardo, è stato dimostrato che una sana ed efficiente attività di regolamentazione svolta da un'autorità effettivamente indipendente costituisce anche un fattore di attrazione degli investimenti dall'estero [16].

I giudizi pendenti al Tar Lazio, avendo già sollevato alcune criticità del quadro normativo sopra descritto (con particolare riferimento all'Agcom), potrebbero quindi rappresentare per il legislatore un'occasione per realizzare una riforma organica del sistema di finanziamento alle autorità amministrative che, superando alcune incoerenze normative ancor oggi applicabili (prima tra tutte quella dei "versamenti incrociati" tra autorità), favorisca il raggiungimento a beneficio delle imprese contribuenti degli obiettivi sopra indicati.

Con specifico riferimento all'Agcom, va sottolineato che tale autorità indipendente, sin dalla sua istituzione, si è caratterizzata come regolatore convergente dei mercati delle telecomunicazioni, della radiotelevisione e dell'editoria, sommando diverse e spesso eterogenee competenze, anche di rilievo costituzionale: si pensi, ad esempio, alle competenze in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica a partire dalla Legge n. 248/2000, in tema di commercializzazione dei diritti audiovisivi sportivi e di regolamentazione e vigilanza sull'esercizio del diritto di cronaca di cui al D. Lgs. n. 9/2008, fino all'applicazione della disciplina sulla *par condicio* di cui alla Legge n. 28/2000. Sono competenze che, da un lato, evidenziano il riconoscimento di un ruolo crescente dell'Agcom nel panorama istituzionale italiano, dall'altro "defocalizzano" tale autorità, anche da un punto di vista organizzativo e finanziario, dai fondamentali compiti attribuiti dal legislatore comunitario in materia di reti e servizi di comunicazioni elettroniche. Perciò il giudizio in via pregiudiziale pendente dinanzi alla Corte di Giustizia si pone come uno spartiacque affinché il legislatore nazionale valuti innanzitutto le modalità con cui valorizzare, anche in termini finanziari, mediante adeguati contributi derivanti dalla finanza pubblica, le importanti competenze,

anche relative a diritti ed obblighi dei cittadini costituzionalmente garantiti, che si sono progressivamente addensate sugli organi e sugli uffici dell'Agcom.

Da un concreto riconoscimento del ruolo ormai assunto dall'Agcom deriva altresì un inevitabile dovere di *accountability*, anche organizzativo e finanziario, che assicuri trasparenza sull'utilizzo efficiente delle risorse umane e finanziarie utilizzate per dare attuazione alle diverse competenze ad essa attribuite. Si ritiene che un primo fondamentale passo verso tale direzione sia rappresentato dall'adozione di un piano strategico delle attività regolamentari su base triennale, che indichi in particolare le tempistiche e l'allocazione delle risorse umane e finanziarie, ed a cui faccia seguito un piano annuale di attuazione, nonché un resoconto annuale. Quest'ultimo non dovrebbe limitarsi ad un sintesi di natura politica diretta al Parlamento dell'attività svolta, ma dovrebbe anche fornire un riscontro di quanto realizzato dall'autorità in ciascun anno rispetto a quanto pianificato, nonché in relazione a quanto e come siano state utilizzate le risorse dedicate all'attuazione delle diverse competenze. La garanzia della "*trasparenza della contabilità gestita dall'autorità nazionale di regolamentazione*" (considerando n. 30 della Direttiva 2002/20/CE) rappresenta infatti un importante tassello sia in termini di garanzia che di *accountability*, per la realizzazione di un'effettiva indipendenza dell'autorità stessa.

Occorre infatti ribadire che la trasparenza nella gestione dei contributi e nell'allocazione delle risorse finanziarie che trovano la propria fonte nella legislazione comunitaria è già richiesta dalla Direttiva n. 2002/20/CE (cfr. par. 2.2 *supra*), e non vi sarebbe alcuna limitazione all'indipendenza dell'Agcom se, ad esempio, specifiche *task force* della Commissione Europea, incaricate - anche per questo specifico profilo - di verificare la corretta implementazione delle direttive di settore, esaminassero le modalità organizzative e finanziarie con le quali le singole autorità di regolamentazione esercitano i loro compiti e poteri. Anzi, una certificazione comunitaria di un'efficiente allocazione delle risorse rispetto alle competenze attribuite rappresenterebbe un rafforzamento dell'indipendenza delle autorità di regolamentazione sia rispetto al potere esecutivo che nei confronti degli operatori del mercato.

Note

[*] Il presente articolo, pur essendo frutto di un'analisi congiunta e condotta in stretta collaborazione tra entrambi gli autori, è stato redatto da Valerio Mosca per i par. 1 e 2 e da Gilberto Nava per i par. 3 e 4. Le riflessioni contenute nel presente articolo derivano, tra l'altro, dall'analisi dei provvedimenti adottati fino ad oggi dall'Autorità, non potendosi

tuttavia escludere che la futura evoluzione dei mercati possa portare a conclusioni differenti.

[1] All'art. 2, commi 38 e 39, la Legge n. 481/95 ha stabilito che "mediante contributo di importo non superiore all'uno per mille dei ricavi dell'ultimo esercizio, versato dai soggetti esercenti il servizio stesso" sarebbe stato perseguito l'obiettivo di "coprire le effettive spese di funzionamento di ciascuna Autorità". La stessa norma ha attribuito al Ministero delle Finanze (oggi Ministero dell'Economia) il compito di fissare, su base annuale, con apposito decreto, la misura del contributo da versare a ciascuna autorità e le modalità del versamento.

[2] L'art. 6, comma 1, della Legge n. 249/1997 ha previsto che "all'onere derivante dall'applicazione della presente legge [...] si provvede quanto ad annue lire 20 miliardi con le modalità di cui all'art. 2 comma 38, lettera b), e commi successivi, della legge 14 novembre 1995, n. 481". Ai sensi del comma 2, "secondo le stesse modalità può essere istituito, ove necessario e con criteri di parametrizzazione che tengano conto dei costi dell'attività, un corrispettivo per i servizi resi dall'Autorità in base a disposizioni di legge, ivi compresa la tenuta del registro degli operatori".

[3] La Corte di Giustizia si è pronunciata analogamente anche nelle sentenze 19 settembre 2006, procedimento C-392/04 *i-21 Germany*; 18 luglio 2006, procedimento C-339/04 *Nuova società di telecomunicazioni*; 11 marzo 2011, procedimento C-85/10 *Telefonica*. Nella più recente sentenza 21 luglio 2011, procedimento C-284/10, *Telefonica de España*, la Corte di Giustizia ha riaffermato il principio secondo cui "il gettito complessivo di tali diritti percepito dagli Stati non può quindi eccedere il totale dei costi relativi a tali attività amministrative, circostanza che deve essere verificata dal giudice del rinvio", evidenziando al contempo che non può essere escluso che tale fondamentale vincolo possa eventualmente essere rispettato attraverso un contributo calcolato annualmente in base ai redditi di esercizio lordi degli operatori.

[4] Le istruzioni annuali dell'Agcom prevedono - anche da ultimo in relazione alla contribuzione 2012 - che "sono assoggettati al contributo tutti i ricavi conseguiti nel settore delle comunicazioni, ovvero tutti i ricavi afferenti ai servizi che rientrano nelle attività di competenza dell'Autorità, al netto delle quote di ricavo riversati agli operatori terzi". La ratio della deducibilità dalla base imponibile della contribuzione di tali "ricavi riversati ad operatori terzi" è quella di evitare una doppia contribuzione su un medesimo flusso di ricavi.

[5] L'art. 1, comma 65, della Legge n. 266/2005 stabilisce che "le spese di funzionamento della Commissione nazionale per le società e la borsa (CONSOB), dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e della Commissione di vigilanza sui fondi pensione sono finanziate dal mercato di competenza, per la parte non coperta da finanziamento a carico del bilancio dello Stato, secondo

modalità previste dalla normativa vigente ed entità di contribuzione determinate con propria deliberazione da ciascuna Autorità, nel rispetto dei limiti massimi previsti per legge, versate direttamente alle medesime Autorità. Le deliberazioni, con le quali sono fissati anche i termini e le modalità di versamento, sono sottoposte al Presidente del Consiglio dei Ministri, sentito il Ministro dell'economia e delle finanze, per l'approvazione con proprio decreto entro venti giorni dal ricevimento. Decorso il termine di venti giorni dal ricevimento senza che siano state formulate osservazioni, le deliberazioni adottate dagli organismi ai sensi del presente comma divengono esecutive”.

Il successivo comma 66 dispone che “in sede di prima applicazione, per l'anno 2006, l'entità della contribuzione a carico dei soggetti operanti nel settore delle comunicazioni di cui all'art. 2, comma 38, lett. b), della legge 14 novembre 1995, n. 481, è fissata in misura pari all'1,5 per mille dei ricavi risultanti dall'ultimo bilancio approvato prima della data di entrata in vigore della presente legge. Per gli anni successivi, eventuali variazioni della misura e delle modalità della contribuzione possono essere adottate dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ai sensi del comma 65, nel limite massimo del 2 per mille dei ricavi risultanti dal bilancio approvato precedentemente alla adozione della delibera”.

[6] Cfr. G. NAPOLITANO, L'autofinanziamento delle autorità indipendenti al vaglio (parziale) della Corte costituzionale, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2008, 2, pag. 139-142. Sulla legittimità costituzionale del sistema di auto-finanziamento della autorità amministrative in relazione alla riserva di legge in materia tributaria di cui all'art. 23 della Costituzione, si veda M. DE BENEDETTO, *Indipendenza e risorse delle autorità indipendenti*, in M. D'ALBERTI-A. PAJNO, *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, Il Mulino, 2010, secondo cui “la garanzia posta dall'art. 23 Cost. sembra essere assicurata dalle previsioni di legge che disciplinano l'autofinanziamento e circoscrivono il potere deliberativo delle autorità alla definizione di aspetti puntuali della prestazione”.

[7] Al considerando n. 30 della Direttiva n. 2002/20/CE si legge che “ai prestatori di servizi di comunicazione elettronica può essere richiesto il pagamento di diritti amministrativi a copertura delle spese sostenute dall'autorità nazionale di regolamentazione per la gestione del regime di autorizzazione e per la concessione dei diritti d'uso. E' opportuno che la riscossione di tali diritti si limiti a coprire i costi amministrativi veri e propri di queste attività. Occorre garantire la trasparenza della contabilità gestita dall'autorità nazionale di regolamentazione mediante rendiconti annuali in cui figurino l'importo complessivo dei diritti riscossi e dei costi amministrativi sostenuti. In questo modo le imprese potranno verificare se vi sia equilibrio tra i costi e gli oneri ad esse imposti”.

Analogamente, il considerando n. 31 afferma che “i sistemi di diritti amministrativi non dovrebbero distorcere la concorrenza o creare ostacoli per l'ingresso sul mercato. Con un sistema di autorizzazioni generali non sarà più possibile attribuire costi e quindi diritti amministrativi a singole imprese fuorché per concedere i diritti d'uso dei numeri, delle frequenze radio e dei diritti di installare strutture. Qualsiasi diritto amministrativo applicabile dovrebbe essere in linea con i principi di un sistema di autorizzazione generale”.

[8] “Oltre ai contributi di cui all'articolo 35 [i.e. contributi per la concessione di diritti di uso e di diritti di installare infrastrutture], possono essere imposti alle imprese che forniscono reti o servizi ai sensi dell'autorizzazione generale o alle quali sono stati concessi diritti di uso, diritti amministrativi che coprano complessivamente i soli costi amministrativi sostenuti per la gestione, il controllo e l'applicazione del regime di autorizzazione generale, dei diritti di uso e degli obblighi specifici di cui all'articolo 28, comma 2, ivi compresi i costi di cooperazione internazionale, di armonizzazione e di standardizzazione, di analisi di mercato, di sorveglianza del rispetto delle disposizioni e di altri controlli di mercato, nonché di preparazione e di applicazione del diritto derivato e delle decisioni amministrative, ed in particolare di decisioni in materia di accesso e interconnessione. I diritti amministrativi sono imposti alle singole imprese in modo proporzionato, obiettivo e trasparente che minimizzi i costi amministrativi aggiuntivi e gli oneri accessori”.

[9] Per un approfondimento di tali questioni si rinvia a G. NAPOLITANO – L'autofinanziamento delle autorità indipendenti, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2006, 3, 260-266 e M. DE BENEDETTO, *Indipendenza e risorse delle autorità indipendenti*, cit.; F. MERUSI-M.PASSARO, *Le autorità indipendenti*, Bologna, Il Mulino, 2008, pag. 68 ss; F. GILARDI, *The independence of regulatory authorities*, in D. LEVI-FAUR, *Handbook of regulation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2010; V. RICCIUTO, *I regolatori del mercato nell'ordinamento italiano. Indipendenza e neutralità delle Autorità amministrative indipendenti*, in R. DI RAIMO-V. RICCIUTO (a cura di), *Impresa pubblica e intervento dello Stato nell'economia. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2006; R. TITOMANLIO, *Autonomia e indipendenza delle authorities: profili organizzativi*, Milano, Giuffrè, 2000; S. BUSCEMA, *L'autonomia contabile delle autorità indipendenti*, in *Autorità e consenso nell'attività amministrativa*, Atti del XLVII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna-Villa Monastero, 20-22 settembre 2001, Milano, Giuffrè, 2002, pag. 253; A. GOLDSTEIN-A. VERNA, *Gli organismi di vigilanza: finanziamento, autonomia gestionale e organizzazione*, in G. NARDOZZI-G. VACIAGO (a cura di), *La riforma della Consob nella prospettiva del mercato mobiliare europeo*, Bologna, Il Mulino, 1994, pag. 217.

[10] Nella Delibera n. 650/11/CONS, relativa alla contribuzione annuale 2012, l'Agcom ha deliberato l'aumento della stessa al 2 per mille dei ricavi delle imprese, giustificando tale incremento anche sulla base dello stanziamento di soli 157.000 euro da parte dello Stato per il 2012. Appena due anni prima, per il 2010, il finanziamento statale era stato invece pari a 651.000 euro, somma che già rappresentava un taglio di circa due milioni rispetto all'anno precedente. Come risulta dalle relazioni annuali e dai bilanci dell'Agcom, invece, l'importo complessivo delle contribuzioni a carico delle imprese è stato invece pari a 62,2 milioni di euro nel 2009 e 63,6 milioni di euro nel 2010.

[11] I bilanci annuali dell'Agcom mostrano che, per gli anni 2006, 2007 e 2008, l'Autorità ha conseguito avanzi di gestione pari, rispettivamente a 2,5 milioni di euro, 1,2 milioni di euro e 3,5 milioni di euro.

[12] Cfr. art. 1, comma 65, della Legge n. 266/2005, secondo il quale "le spese di funzionamento [...] sono finanziate dal mercato di competenza". Il pericolo di una "sovratassazione" è posto in evidenza da G. NAPOLITANO - L'autofinanziamento delle autorità indipendenti, cit., secondo il quale "bisogna prestare particolare attenzione a non creare incentivi perversi: ad esempio, ad estendere il novero dei soggetti regolati allo scopo di allargare la base contributiva; oppure ad accrescere gli adempimenti amministrativi delle imprese soltanto per aumentare le occasioni di riscossione".

[13] Il nuovo sistema di auto-finanziamento dell'AGCM sostituirà quello attualmente previsto dall'art. 10, comma 7-bis, della Legge n. 287/90 a carico delle imprese tenute all'obbligo di comunicazione delle operazioni di concentrazione. Tale filing fee è pari all'1,2% del valore della concentrazione comunicata, con un limite minimo di 3.000 euro e un limite massimo di 60.000 euro.

[14] Un esempio di scarsa chiarezza delle modalità di determinazione del prelievo è fornito dalle istruzioni annuali dell'Agcom, nella parte in cui prevedono la possibilità di dedurre dalla base imponibile della contribuzione anche alcuni ricavi riversati ad operatori terzi. La formulazione con cui alcuni di questi ricavi sono indicati ("ricavi riversati a operatori terzi relativi a servizi di raccolta, transito e terminazione del traffico"), tuttavia, se interpretata in maniera rigorosamente letterale porterebbe a non applicare tale deduzione ad una vasta categoria di operatori (ad esempio, gli operatori mobili virtuali, che tecnicamente non sono interconnessi ma fruiscono di servizi all'ingrosso forniti dal proprio operatore di rete ospitante). Dunque, al fine di evitare la creazione di situazioni di discriminazione tra operatori, si ritiene necessaria una lettura che sia coerente le finalità complessive del sistema di contribuzione e che sappia adattarsi alla rapida evoluzione dei servizi e delle reti di comunicazione..

[15] In G. NAPOLITANO - L'autofinanziamento delle autorità indipendenti, cit., si evidenzia altresì che "le delibere con cui sono fissati i livelli di

contribuzione e i corrispettivi per l'erogazione di determinati servizi dovrebbero essere soggette alle medesime procedure di consultazione abitualmente osservate per l'emanazione di atti generali di regolazione del mercato".

[16] Su tale aspetto si veda J. STERN-P. LEVINE-F. TRILLAS, Independent utility regulators: lessons from monetary policy - Regulation Initiative Working Paper, 52.

Antagonismo o Complementariedad? Una breve aproximación a la compleja y poco estudiada relación entre Propiedad Intelectual y Derecho de la Competencia

di

Maximiliano Marzetti

Resumen: 1. Exordio; 2. Divergencia; 3. Convergencia; 4. Casuística; 5. Conclusiones.

1. Exordio

Prima facie pareciera que la relación entre Propiedad Intelectual (PI) y Derecho de la Competencia fuera como la de perros y gatos. Ahora bien, si tomamos distancia y adoptamos una visión sistémica veremos que la aparente oposición entre ambos cuerpos normativos no es tan evidente y que sus puntos de contacto son muchos y complejos.

Quizás, desde cierta perspectiva, hasta podamos hablar de una cierta complementariedad ya que normas de PI y de libre competencia son necesarias para una ecología de mercado sustentable, particularmente en lo que se ha dado a llamar economía del conocimiento. La knowledge economy se caracteriza por la revalorización del conocimiento como fuente de riqueza, pero no de cualquier información sino sólo de aquella útil y transable (activos intangibles). Sin embargo, la apuntada complementariedad no significa que la relación entre normas de PI y competencia esté libre de roces y de áreas grises. Por tales razones hoy más que nunca el estudio de la interrelación entre la regulación de la PI y de la competencia cobra preponderante importancia y requiere de mayor y mejor atención de parte del regulador, de los empresarios y de los operadores jurídicos, particularmente en América Latina donde existe un vacío doctrinario. En los próximos párrafos, intentaré enmarcar conceptualmente esta compleja, incipiente e intrigante discusión.

2. Divergencia

Empecemos por las diferencias. Existen evidentes contrastes entre ambos cuerpos normativos, como se reseña en la Figura 1 (ver abajo). Quizás la distinción central entre ambos sea que mientras la PI concede monopolios el Derecho de la competencia en general los combate. Vale la pena detenerse aquí para hacer una salvedad. Si bien los derechos de propiedad

intelectual (DPI) son, en términos económicos, monopolios legales dicha situación fáctica no constituye per se una conducta anticompetitiva. Por ejemplo, una patente sobre una nueva droga concede un monopolio de explotación fuerte sobre el fármaco reivindicado, pero de ello no necesariamente debe deducirse falta de competencia en el mercado respectivo, ya que podrían existir productos sustitutos (e.g. otras drogas patentadas o hasta genéricos con la misma acción terapéutica). Sin embargo también es cierto que una patente vigente puede bloquear cualquier esfuerzo de los competidores para desarrollar una nueva droga o una mejora basada en el fármaco patentado, ya que el monopolio de explotación es total, abarcando también las fases de experimentación y de pruebas (salvo en las legislaciones que tienen excepciones para tales casos o del tipo Bolar [1]). Esto no sucede con los bienes tangibles (o privados, en terminología económica – no jurídica), ya que la existencia de una fábrica que produce cierto tipo de productos no le impide a un competidor instalar otra con el mismo fin.

Entiendo que es la finalidad u objetivo de cada norma (ratio legis) lo que determina éstas y otras divergencias. Mientras que los DPI sirven para incentivar la actividad creativa e innovadora, el derecho antitrust trata de allanar el camino hacia la competencia (mas o menos) perfecta, para beneficio de consumidores y competidores. En términos económicos ambas normativas se ocupan de la eficiencia económica, aunque de distinta índole: dinámica en el caso de la PI (aumento de la tasa de innovación y creatividad en el tiempo) y estática en el caso del Derecho de la Competencia (P = CM en un momento dado).

También es importante destacar que las autoridades de aplicación de cada microsistema actúan en distintos momentos. Así, las Oficinas de Marcas y Patentes están más activas en la fase previa a la concesión de un DPI, el que ulteriormente será concedido o denegado vía acto administrativo declarativo (patente de invención, certificado de modelo de utilidad, etc.). En cambio, los órganos de defensa de la Competencia actúan a posteriori, es decir después que los DPI han sido concedidos y durante su ejercicio (particularmente en materia de contratos de licencia, fusiones y adquisiciones de empresas competidoras, etc.). Esta situación, desde una perspectiva estratégica, otorgaría preponderancia a la actuación de Tribunales de Defensa, que podrían verse tentados a deshacer o limitar DPI ya otorgados por las Oficinas de Marcas y Patentes bajo argumentos propios de la legislación antitrust. Esto es lo que hizo la Federal Trade Commission de EE.UU. en 1972 cuando obligó a XEROX a licenciar su portfolio de patentes a sus competidores. Bajo ésta óptica, la preeminencia del Derecho de la Competencia estaría dada porque se aplica con posterioridad a la concesión de un DPI.

Ahora bien, convalidar tal preeminencia es riesgosa. El riesgo está en que la alta probabilidad de que un Tribunal de Defensa de la Competencia

invalide un DPI legítimamente concedido se convierte en una espada de Damocles sobre todo aquél que quiera invertir en investigación y desarrollo (I+D). En otras palabras, la incerteza jurídica que puede generar la autoridad de aplicación de la legislación antitrust afecta el esquema de incentivos de creadores e innovadores, llevando como consecuencia lógica a una menor inversión en I+D, lo que llevaría que a largo plazo una economía dada sea menos competitiva y el bienestar de sus ciudadanos descienda.

Por lo tanto, siguiendo este razonamiento, sería conveniente que las autoridades de la competencia no se inmiscuyeran demasiado con los DPI, salvo casos excepcionales y económicamente justificados. O sea, desde esta perspectiva el criterio para aplicar la legislación de defensa de la competencia a un DPI debería ser muy restrictiva. Ello debe ser así porque las autoridades de la competencia, en general, carecen de la expertise científica necesaria para evaluar los efectos de los DPI. Si bien muchas Oficinas de PI no pueden dar respuestas contundentes a temas tales como la duración o alcance óptimo de tal o cual DPI sin duda se hayan mejor equipadas para ponderar y decidir ciertas cuestiones relativas a su área. Zapatero a tus zapatos... Ese parecería ser el camino correcto. De esta manera se limitaría el riesgo de que un excesivo celo pro-competitivo influyera afecte negativamente el impulso creador e innovador de una economía.

Esto no significa que las autoridades de la competencia no tengan importantes roles que cumplir para con la PI. En primer lugar, en materia consultiva: los órganos de aplicación de la legislación antitrust deben asesorar al legislador sobre futuras reformas legislativas que afecten las áreas donde confluyen PI y competencia. En segundo lugar, y quizás aún más importante, las autoridades de competencia deben evaluar los efectos que sobre la estructura del mercado pudieren tener los contratos sobre PI. Al análisis de dichos contratos, en particular los de licencia, se hace referencia en la sección "Casuística".

Propiedad Intelectual	Derecho de la Competencia
<ul style="list-style-type: none"> • Concede monopolios legales • Incentiva la creación e innovación (énfasis en la eficiencia dinámica) • Prioritariamente regula el proceso de concesión de derechos (ex ante) 	<ul style="list-style-type: none"> • Sanciona monopolios y otras conductas anticompetitivas • Incentiva la libre competencia (énfasis en la eficiencia estática) • Regula la aplicación de derechos ya concedidos (ex post)

3. Convergencia

El derecho de la competencia y la PI tienen también mucho en común. En primer lugar, ambos cuerpos normativos poseen sólidas fundamentaciones económicas y ambos representan una solución regulatoria ante un quiebre de mercado, pero de distinto tipo: la PI corrige la falla derivada de la naturaleza de los bienes públicos (no-rivales y no excluibles) mientras que el derecho antitrust pretende deshacer estructuras de mercado de competencia imperfecta (es decir, situaciones en que los actores económicos son price makers en vez de price takers).

Por lo tanto, PI y competencia son ramas muy propicias para la aplicación del análisis económico. La disciplina conocida como Análisis Económico del Derecho (AED) o Derecho y Economía (Economic Analysis of Law y Law & Economics en inglés, respectivamente) es el aporte científico-intelectual más importante para el estudio de las instituciones jurídicas que ha surgido desde la finalización de la Segunda Guerra mundial hasta la fecha. Simplificando bastante podemos decir se trata de la “aplicación de teorías y métodos empíricos económicos a las instituciones centrales del sistema jurídico” [2] o que es la “aplicación de la teoría económica (principalmente microeconomía y conceptos básicos de economía de bienestar) para examinar la formación, estructura, procesos e impacto económico de la legislación y de las instituciones jurídicas” [3]. El AED tiene dos vertientes, una positiva y otra normativa. En consecuencia, las herramientas del AED sirven tanto para analizar el derecho vigente (lex lata) cuanto para ponderar potenciales reformas legislativas (lege ferenda) que ganen en eficiencia en relación al status quo ante. Si bien el AED no está tan difundido en Latinoamérica como lo está en los EE.UU. o Europa, su popularidad en los últimos años va in crescendo. Se acepten o no los postulados y preceptos del AED (homo oeconomicus y maximización racional, conceptos de eficiencia como los de Pareto o Kaldor- Hicks, etc.) desperdiciar recursos, una clara señal de ineficiencia, será siempre una injusticia y más aún en países en vías de desarrollo que no pueden permitirse el lujo de derrochar sus aún más escasos recursos. El derecho necesita del auxilio de la economía, en especial cuando regula mercados explícitos, simplemente porque no está equipado con herramientas de análisis propias, es una disciplina instrumental que debe buscar fundamentos en otras ciencias (sociología, economía, psicología cognitiva, neurociencia, etc.) [4].

Como se dijo anteriormente, cada microsistema jurídico busca la eficiencia pero de diverso tipo: dinámica la PI, estática el derecho de la competencia. Si tenemos en cuenta el largo plazo comprenderemos que ambos tipos de eficiencia no son incompatibles y que de hecho se refuerzan mutuamente. Desde una perspectiva económica existe un balance entre ambas ramas, se

trata de compensar las pérdidas (estáticas) de corto plazo con ganancias (dinámicas) a largo plazo. Es decir, el sistema PI-competencia se justifica desde el análisis costobeneficio intertemporal, según el cual serían tolerables algunas limitaciones temporales a la competencia hoy (por ejemplo una patente de invención) en aras de incorporar nuevas tecnologías e información al dominio público mañana. Pero el sistema para funcionar correctamente requiere de límites más allá de los cuales se tornaría ineficiente. Por ejemplo, si bien la PI es necesaria para alentar la eficiencia dinámica, plazos de duración ilimitados impondrían un costo social derivado del monopolio (deadweight loss) difícil de compensar.

La limitación temporal de los DPI (una patente dura 20 años, el copyright se extiende hasta 70 años post mortem auctoris) están pensados para favorecer la eficiencia estática: vencido el plazo de duración la patente o el copyright pasan al dominio público y cualquier empresa puede ofrecer productos basados en ellos en situación de competencia. Algo similar sucede en el derecho antitrust, por ejemplo algunas legislaciones permiten tomar en cuenta las ganancias de eficiencia dinámica (mejora en la organización, o mayor inversión en I+D) al analizar una concentración empresarial (M&A). En síntesis, la interacción PI-competencia, bien entendida, tiende a minimizar el impacto de los costos sociales. De esta manera, en teoría, los beneficios agregados del sistema serían mayores que sus costos, lo que económicamente justificaría su existencia.

A esta altura corresponde desmentir algunos mitos. En parte la aparente contradicción entre PI y derecho de la Competencia se basa en falsas (o simplistas) premisas. Primero, no es cierto que la finalidad de la legislación antitrust sea la eliminación de todo monopolio, ya que en ciertos casos excepcionales éstos son eficientes – o menos malos que la libre competencia – como los monopolios sobre recursos únicos, cuando hacen falta economías de escala o externalidades de red. Lo mismo sucede con monopolios creados ex lege para resolver la falla de mercado de los bienes públicos (DPI). De ahí la importancia de contar con una válvula de escape en el derecho de la Competencia (la rule of reason o doctrina similar) que, en general, no pune los monopolios per se sino que sólo interviene cuando se constata un abuso a través de dicha estructura de mercado. En segundo lugar, tampoco es cierto que un DPI otorgue siempre y automáticamente un monopolio en el mercado relevante de que se trate. A pesar de contar con un DPI fuerte (por ejemplo una patente) no existirá monopolio en el mercado de producto a menos que no existan productos sustitutos o complementarios.

La interacción del eje PI-competencia a veces se hace explícita. Así, las legislaciones de PI de algunos países prescriben la aplicación subsidiaria de la legislación antitrust. Por ejemplo la ley argentina de patentes [5] que en su texto enumera conductas anticompetitivas que son un calco de las recogidas por la legislación antitrust (especie del tipo de prohibiciones “per

se”) y que finalmente remite a ésta última. El caso argentino, si bien ilustra la pretendida complementariedad intersistémica también plantea serios interrogantes prácticos que ilustran las complejidades del nexo PI-competencia. Por ejemplo, ¿es conveniente que la legislación PI incorpore prohibiciones en materia antitrust? ¿Cabría el riesgo de que distintas autoridades de aplicación interpreten las normas antitrust de manera diferente? ¿Se pone en riesgo la seguridad jurídica? ¿Cuál sería la técnica legislativa apropiada para conjugar PI y competencia? Éstos y otros interrogantes carecen de una respuesta apropiada y resaltan las mentadas complejidades de la relación que motivó éste breve artículo.

4. Casuística

En la Unión Europea entre 1996 y 2000, de los 140 analizados por la Comisión Europea en su calidad de órgano garante de la libre competencia dentro del mercado comunitario, el 7% de ellos tenía que ver con contratos relativos a la PI (más de la mitad respecto a patentes, un cuarto copyrights y el resto versaron sobre otros DPI) [6]. Como se anticipó en párrafos anteriores la relación más estrecha entre PI y derecho antitrust tiene que ver con contratos (licencias, patent pools, etc.). He aquí el meollo del asunto. El punto crucial en los contratos de licencia sobre DPI, ya sean horizontales o verticales, radica en evaluar si el acuerdo sub examine crea o extiende una situación de poder de mercado. Para ello es fundamental que la autoridad de la competencia evalúe si existen o no productos sustitutos y/o complementarios (en caso de existir, prima facie descartarían la posibilidad de ejercer market power). Más allá del rimbombante caso europeo de Microsoft, del que no me ocuparé aquí por haber sido ya suficientemente tratado por la doctrina, hay otros dos muy interesantes en los que la autoridad europea interpreta doctrinas antitrust de modo muy diferente a su par americano, una muestra más de la diferente aproximación al tema a los dos lados del océano.

En el caso Magill una editorial irlandesa buscó que los canales de televisión le proporcionaran la información necesaria para poder publicar una TV Guide de frecuencia semanal. Los canales se negaron. El caso llegó a la autoridad de europea de la competencia. Se analizó que no existía producto sustituto, pues si bien se publicaba la programación de tal o cual canal en los diarios no existía una publicación que las reuniera todas. Además, la negativa a licenciar dicha información equivalía a una reserva injustificada de un mercado secundario (el de las TV Guides) a favor de los canales de TV. Finalmente, se dijo que no había mérito en dicha información (la programación) sino que era un mero subproducto de la actividad principal de los canales de televisión. Por lo tanto la Comisión Europea obligó a que los canales de televisión otorguen una licencia

obligatoria a favor de Magill. El caso llegó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que secundó la decisión de la Comisión [7].

Otro caso para resaltar es el de IMS, proveedor de información mercadotécnica del sector farmacéutico alemán que creó una base de datos que dividía dicho mercado en 1860 zonas.

NDC, competidor de IMS, pretendió copiar dicho formato primero, pero fue demandado por IMS por infracción al derecho de autor (sobre la base de datos). En segundo lugar pidió a IMS una licencia, la que le fue denegada. El caso llegó a la autoridad de la competencia que entendió que la decisión de IMS de no licenciar su base de datos constituía un abuso de posición dominante, pues sin acceso a ella NDC simplemente no podía competir. El caso también llegó al máximo tribunal europeo y éste nuevamente confirmó la decisión de la Comisión [8].

¿Qué tiene en común los casos Magill e IMS? En primer lugar lo más obvio, ambos tratan de licencias obligatorias. En segundo, y más interesante, es la extensión que hizo la Comisión de la doctrina de las essential facilities a casos de propiedad intelectual. En la UE hoy es posible invocar la doctrina de los recursos esenciales aún cuando lo que se discute es la aplicación de DPI, siempre y cuando cumplan los extremos que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado necesarios en sendos casos. Aquí radica otra gran diferencia entre el antitrust americano y el europeo, en EE.UU. la essential facilities doctrine sólo se ha aplicado en casos de bienes físicos, tangibles, jamás ha sido extendida a activos intangibles e improbablemente lo sea.

Otra actividad que suele ser blanco de las autoridades de la competencia son las licencias cruzadas y los pools de patentes (u otros DPI). Aquí nuevamente hay que ser cautelosos y debería primar la regla de razón, ya que algunas licencias cruzadas pueden tener más beneficios que costos sociales. Cuando hablamos de cross licensing nos referimos a licencias entre empresas competidoras (horizontales) que intercambian contractualmente entre ellas distintas tecnologías patentadas o protegidas por otros DPI. Evidentemente, las licencias cruzadas pueden tener efectos anticompetitivos y afectar la eficiencia dinámica. Pero también pueden tener efectos positivos sobre la eficiencia productiva, por ejemplo en el caso de dos patentes propiedad de dos empresas distintas, donde una mejora a la otra. Se debe tratar de separar la paja del trigo, algo que es más fácil de decir que de hacer.

Los patent pools pueden ser eficientes, dentro de ciertos parámetros, y claro está también llanamente anticompetitivos. El AED entiende al derecho como un sistema de incentivos y desincentivos. Así, una alta probabilidad de que la autoridad de la competencia seriamente limite el alcance de un DPI después de su concesión obraría como un desincentivo a la inversión en I+D y una alta probabilidad de que se permita la formación de un pool de patentes entre competidores funcionaría como incentivo o refuerzo

positivo. He aquí otra muestra del sutil balance entre ambas ramas y sus efectos sobre las decisiones de los agentes económicos. En la actualidad las tecnologías son tan complejas que las empresas para competir necesitan una gran cantidad de patentes u otros DPI alrededor de una sola tecnología. A veces es difícil o muy costoso para una empresa negociar licencias con demasiadas contrapartes, por el costo intrínseco de las mismas pero también por los costos de transacción involucrados (encontrar la tecnología adecuada, su titular, negociar el acuerdo, monitorear su cumplimiento, etc.). Este fenómeno ha llevado a una solución contractual: los patent pools. A través de éstos arreglos, solución privada coherente con el llamado teorema de Coase [9], empresas competidoras ponen ciertas patentes u otros DPI en común y permiten su uso según unos términos contractuales mutuamente aceptados. El riesgo de cartelización pareciera alto, sin embargo no siempre así.

MPEG-2 es un pool de patentes y de otros DPI que permite obtener la tecnología necesaria para la compresión de datos de video. Debido al carácter cumulativo de la innovación, ésta y otras tecnologías contemporáneas, requieren de un haz de patentes muy extenso que difícilmente una sola empresa pueda detentar. Compartir DPI se hace así imperioso, aún para competir. El patent pool de MPEG-2 es considerado un caso paradigmático, para imitar, por la ausencia de efectos anticompetitivos y por sus consecuencias procompetitivas. Lo integran empresas de la talla de Sony, Lucent, Mitsubishi, entre otras tantas y también la Universidad de Columbia. En el pool sólo hay patentes esenciales, es decir aquellas para las que no existen sustitutos en el mercado y son, asimismo, complementarias. La gestión del pool está tercerizada en un órgano especializado, MPEG-LA, que es el encargado de licenciar las tecnologías del pool sin discriminar a ningún solicitante. Pueden licenciarse grupos de patentes o patentes por separado y se permite (para preservar la competencia) que las mismas empresas que integran el pool licencien las patentes que poseen por fuera del mismo. ¿Porqué MPEG-2 es eficiente? Porque éste pool contribuye a eliminar un grave problema económico, el de la doble marginalización. Si una empresa licencia tecnología a otra que opera en una fase económica distinta (licencia vertical) el consumidor final terminará pagando más de lo que pagaría en el caso que las empresas hubieran estado cartelizadas. Éste problema se conoce desde la época de Cournot y ocurre porque cada empresa trata de maximizar su utilidad en su respectivo mercado ($P = IM$). Otra ventaja del pool, para las empresas que lo integran, es la baja de los costos de transacción: los interesados no tienen que buscar tecnologías en varios países ni tienen que negociar muchos contratos con distintos titulares, todo se hace en un solo lugar y ante un solo intermediario (one-stop shop). Finalmente, hay otras ventajas adicionales como la disminución de la litigiosidad (por ejemplo, de las infracciones al derecho de patentes) y

del riesgo de hold-up. En síntesis, los patent pools pueden tener efectos anticompetitivos pero también ser vehículos pro-eficiencia que permitan a las empresas bajar costos y competir en otras dimensiones, beneficiando al consumidor final que pagará un precio menor.

5. Conclusiones

Este artículo tuvo como objetivo introducir a la compleja, malentendida y fascinante interacción entre la PI y el derecho de la competencia. Ambas ramas tienen muchos puntos de contacto, de roce y un metaobjetivo común: alcanzar una ecología de mercado más competitiva e innovadora. Si esta compleja trama no es bien entendida se corre el riesgo de que ni la legislación de PI ni la antitrust cumplan sus fines inmediatos y mediatos. Urge, por tanto, estudiar y discutir estos temas donde prácticamente no se conocen, como es el caso en América Latina. Una forma económica de aprender a hacerlo es aprovechando la experiencia ajena, lo que permite ahorrar el costoso proceso de trial-and-error. A tal fin sería deseable fomentar en la región el análisis jurídico-económico comparativo de lo que viene sucediendo en países desarrollados (Comparative Law & Economics). Ojalá este breve trabajo haya servido para despertar el interés y sea germen de mejores y más enjundiosos estudios venideros.

Notas:

[1] Las excepciones de este tipo se conocen internacionalmente bajo este nombre a raíz del caso *Roche Products v. Bolar Pharmaceutical*, que trató sobre el uso de una droga patentada por un fabricante de genéricos para conseguir su aprobación durante la vigencia de la patente, (733 F.2d 858, Fed. Cir. 1984) y que diera lugar a que el Congreso de los EE.UU., a posteriori, incorpore explícitamente la “research exemption” mediante la sanción de la Hatch-Waxman Act.

[2] Vid. Richard POSNER, “ The Economic Approach To Law” , *Texas Law Review*, V. 53, Nº 4 (1975).

[3] Vid. Nicholas MERCURO y Steven MEDEMA, "Economics and the Law - From Posner to Post-Modernism", Princeton University Press, 1999.

[4] Humildemente discrepo de la crítica a la aplicación del AED expresada por el doctor Cabanellas en su artículo sobre PI y Competencia puesto que primero lo despacha y después lo utiliza como cartabón de análisis implícito. Vid. Guillermo Cabanellas “Propiedad Intelectual y Libre Competencia”, documento presentado en la Reunión Regional de Directores de Oficinas de Propiedad Industrial y de Oficinas de Derecho de Autor de América Latina organizada por la Organización Mundial de la Propiedad

Intelectual (OMPI) en cooperación con el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial (INPI) de Argentina y la Dirección Nacional de Derecho de Autor del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Argentina Buenos Aires, 30 de mayo a 2 de junio de 2006.

[5] Ley de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad (Nº 24.481) Art.47: Será otorgado el derecho de explotación conferido por una patente, sin autorización de su titular, cuando la autoridad competente haya determinado que el titular de la patente ha incurrido en prácticas anticompetitivas. [Omissis]. A los fines de la presente ley, se considerarán prácticas anticompetitivas, entre otras, las siguientes: a) La fijación de precios comparativamente excesivos, respecto de la media del mercado o discriminatorios de los productos patentados; en particular cuando existan ofertas de abastecimiento del mercado a precios significativamente inferiores por el titular de la patente para el mismo producto; b) La negativa de abastecer al mercado local en condiciones comerciales razonables; c) El entorpecimiento de actividades comerciales o productivas; d) Todo otro acto que se encuadre en las conductas consideradas punibles por la Ley 22.262 [NB: anterior ley argentina de defensa de la competencia, aún vigente parcialmente] o la que la reemplace o sustituya.

[6] Fuente: Francois Leveque & Yann Ménière, *The Economics of Patents and Copyright*, p 88, Berkeley Electronic Press, 2004.

[7] Casos C-241/91 P y C-242/91 P, fallados el 6 de abril de 1995 (TJUE)

[8] Caso C-418/01, fallado el 29 de abril de 2004 (TJUE).

[9] Vid. Ronald Coase, *The Problem Of Social Cost*, *Journal of Law and Economics* Nº 3 pp. 1-44 (1960).

Disciplina a tutela dei consumatori e dei minori per le applicazioni cd. in-app.

di
Davide Mula

Abstract: A Federal court in San Jose has rejected Apple's request for a dismissal of the class action lawsuit against Apple initiated by an angry parent whose child was able to spend a lot of money worth of in-app purchases through a free app. The article analyses the situation from the perspective of the Italian law on consumers and electronic communications.

La San Jose District Federal Court il 31 marzo 2012 ha respinto l'istanza presentata dalla Apple - nel procedimento "In Re Apple in-App Purchase Litigation", Case No. 5-11-CV-1758 EJD (N.D. Cal.; Mar. 31, 2012) - recante la richiesta di dichiarazione di estinzione della class action avviata da numerosi genitori nei suoi confronti per l'assenza di password nelle applicazioni cd. in-app.

In particolare la controversia prende le mosse da numerosi genitori che lasciavano utilizzare il loro I-pad o I-phone ai propri figli sicuri che questi ultimi non potessero accedere ad applicazioni a pagamento in quanto la Apple richiede una password per poter effettuare qualsiasi acquisto. I genitori non sapevano, tuttavia, che talune applicazioni - denominate appunto in-app -, la cui fruizione è inizialmente gratuita, offrono la possibilità di acquistare ulteriori funzioni del programma, o livelli in caso di videogiochi, senza richiedere alcun tipo di autorizzazione. Tali acquisti vengono poi normalmente addebitati sulla carta di credito collegata all'App Store.

L'applicazione maggiormente sotto accusa è il gioco "Villaggio dei Puffi" che utilizza un sistema di crediti virtuali, denominati «puffbacche», il cui valore è pari a 4.99\$ per 50 puffbacche, attraverso i quali è possibile avere dei vantaggi nel gioco o comprare nuovi oggetti per abbellire il villaggio.

L'istanza di rigetto della class action era motivata dalla Apple evidenziando come avessero provveduto a modificare il sistema di acquisto, con l'introduzione della versione 4.3 del sistema operativo iOS, rilasciato nel marzo del 2011. Tuttavia, è stato evidenziato come il nuovo sistema abbia un impostazione predefinita, chiaramente modificabile, che consente nei 15 minuti successivi a un acquisto di effettuare di ulteriori senza inserire nuovamente la password.

Il caso menzionato, di chiaro rilievo internazionale merita di essere analizzata alla luce della disciplina italiana.

La normativa di riferimento è quella in materia di pratiche commerciali di cui agli artt. 18 e seguenti del Codice del Consumo. In particolare, pare trovarsi in presenza di una pratica commerciale ingannevole così definita ai sensi degli artt. 21 e ss. atteso che al momento dell'acquisto a titolo gratuito dell'applicazione, in cui interviene il genitore attraverso la digitazione della password, non viene indicata la possibilità che per la fruizione del servizio sia richiesto il successivo impiego di risorse economiche senza la digitazione della password normalmente impiegata per l'acquisto di programmi attraverso l'App store.

Deve osservarsi, tuttavia, come la qualificazione di una pratica commerciale come ingannevole debba essere parametrata in relazione al consumatore medio [1]. Posto che un consumatore medio adulto ben si sarebbe potuto accorgere che l'applicazione sollecitava l'acquisto, non più a titolo gratuito, di crediti per impiegare l'applicazione stessa è opportuno soffermarsi sulla nozione di consumatore medio.

Come evidenziato dalla migliore dottrina economica e giuridica, i consumatori possono distinguersi in diverse categorie, in funzione dei differenti atti di acquisto: vi sono beni che vengono acquistati solo da soggetti esperti, spesso professionali; altri, la grande maggioranza, che possono essere acquistati da soggetti esperti e da altri inesperti; e vi sono, infine, dei beni che si rivolgono soprattutto a soggetti più facilmente influenzabili, quali gli anziani, gli ammalati o, come nel caso di specie, i bambini [2].

Di conseguenza, si è osservato come il criterio del consumatore medio dovrebbe piuttosto essere inteso in questo senso: nei casi in cui il prodotto sia diretto ad un consumatore tipico, di cui possono ricostruirsi le caratteristiche di istruzione e di attenzione, lo *standard* da applicare è quello del consumatore tipico e, quindi, ad esempio, ben diverso a seconda che il bene pubblicizzato sia una macchina industriale o un giocattolo; nel caso in cui il bene sia, invece, destinato ad essere acquistato da una gamma diversificata di soggetti, come avviene per la maggioranza dei beni, lo *standard* è quello generale del consumatore medio europeo.

Nello stesso senso si è espressa anche la giurisprudenza comunitaria che ha indicato come il consumatore medio debba essere determinato non solo in relazione al soggetto cui la pratica commerciale si rivolge, ma anche al costo del prodotto o servizio offerto [3].

D'altro canto, nel caso in cui la pratica commerciale, pur raggiungendo gruppi più ampi di consumatori, sia idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico solo di un gruppo di essi chiaramente individuabili, particolarmente vulnerabili dalla pratica o interessati al prodotto oggetto della stessa in virtù della loro infermità mentale o fisica, essa è valutata nell'ottica del membro medio di tale gruppo [4].

La fattispecie pare integrare, per altro, anche una delle condotte tipizzate come pratiche commerciali in ogni caso aggressive di cui all'art. 26 del Codice del Consumo atteso che l'applicazione reca un'esortazione diretta ai bambini affinché acquistino o convincano i genitori o altri adulti ad acquistare loro i prodotti reclamizzati [5].

Quanto alle modalità di tutela dei consumatori vittime delle applicazioni in-app, questi potranno rivolgersi all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato per una tutela di tipo inibitorio ed al giudice ordinario per i danni patiti [6].

Nello specifico trova applicazione, altresì, la delibera 15 novembre 2006, 661/06/CONS [7] dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, volta alla predisposizione di misure di sicurezza a tutela dei minori da applicare sui terminali mobili di telefonia, tra i quali deve ovviamente essere ricompreso anche l'i-pad. Ai sensi di questa delibera gli operatori che offrono servizi multimediali, diffusi in tecnica digitale su frequenze terrestri o su reti di comunicazioni mobili e personali, destinati alla fruizione del pubblico tramite terminali mobili, il cui contenuto sia riservato ad un pubblico adulto o, comunque, in grado di nuocere allo sviluppo psichico e morale dei minori, sono tenuti ad adottare sistemi di protezione dei minori con il codice a controllo parentale.

Appare indubbio che la capacità di queste applicazioni di non far percepire il valore economico della condotta e l'istigazione, in alcuni casi, ad acquisire i crediti virtuali senza farne menzione ai propri genitori o addirittura mentendo possa incidere negativamente sullo sviluppo dei minori.

Al caso di specie può, dunque, applicarsi la delibera appena menzionata la quale prescrive, altresì, che il parental control dovrà risultare facilmente attivabile e disattivabile dall'utente tramite la digitazione sul proprio terminale di uno specifico codice segreto (pin), distinto da tutti gli altri codici utilizzati sul terminale stesso per altre funzioni.

L'inottemperanza di tali misure comporta la possibilità di essere sanzionati dall'Agcom.

Da ultimo si osservi come ai sensi della nuova direttiva consumatori 2011/83/UE [8] essendo le applicazioni in-app qualificabili come contenuto digitale [9] in futuro, prima del momento dell'acquisto, anche se a titolo gratuito, il professionista, in questo caso Apple, dovrà dare ai consumatori tutte le informazioni in ordine all'interoperabilità ed alla funzionalità dell'applicazione.

In particolare, con riferimento all'interoperabilità dovranno essere fornite le indicazioni relative all'ambiente tipo di hardware e software compatibile con il contenuto digitale, ad esempio il sistema operativo, la versione necessaria e talune caratteristiche dell'hardware, mentre per quanto attiene alla funzionalità dovranno essere comunicati i modi in cui il contenuto

digitale può essere utilizzato, ad esempio per lo studio del comportamento dei consumatori [10].

Note:

[1] Sulla nozione di consumatore si permetta di rinviare a D. Mula, A. Stazi, "Il consumatore, la pubblicità e le pratiche commerciali scorrette", in *Il Diritto dei Consumatori - Profili applicativi e strategie processuali*, G. Cassano e M. E. Di Giandomenico (a cura di), CEDAM, 2010, tomo I, cap. II.

[2] M. Libertini, Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette, in *Contratto e impresa*, 2009 fasc. 1, pp. 73 - 119,

[3] Nella sentenza del Tribunale della Comunità Europea del 05.05.09, caso T449/07, si legge: inoltre, il livello di attenzione del consumatore medio può variare in funzione della categoria di prodotti o di servizi. Con riguardo a prodotti di consumo quotidiano, che si vendono a un prezzo relativamente basso, il livello di attenzione del consumatore medio quanto al loro aspetto esteriore è, conseguentemente, ridotto.

[4] Sul punto si veda anche C. Piazza, Dalla pubblicità ingannevole alle pratiche commerciali sleali. Tutela amministrativa e giurisdizionale, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2008 fasc. 1, pp. 1 - 24.

[5] Ai sensi dell'art. 24 del Codice del Consumo si definisce una pratica commerciale aggressiva quella che fa ricorso alla forza fisica o all'indebito condizionamento con il presupposto dell'idoneità a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore. Gli elementi per determinare se una pratica comporta molestia o coercizione, ai sensi dell'art. 25, sono oltre alla valutazione sui tempi, sul luogo, la natura e la persistenza, lett. a), la minaccia fisica, verbale, contrattuale, legale, oltre che allo sfruttamento di una situazione tragica, lett. b), c), d) ed e).

[6] Sul punto si veda Cass., s.u., sent. n. 21934 del 29.08.08: La norma prevede quindi una tutela di tipo inibitorio, erogata da una autorità amministrativa, che adotta provvedimenti amministrativi soggetti ad impugnazione davanti al giudice amministrativo. Ed è espressamente fatta salva la giurisdizione del giudice ordinario in materia di concorrenza sleale e, per la pubblicità comparativa, in materia di atti compiuti in violazione della disciplina sul diritto d'autore, del marchio d'impresa protetto, delle denominazioni di origine e altri segni distintivi di imprese, beni e servizi concorrenti. L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato non è quindi un organo giurisdizionale, ma una Autorità Amministrativa, sicché non si configura in radice questione di giurisdizione in relazione al giudizio in oggetto, promosso, davanti al giudice ordinario, da un consumatore, per conseguire il risarcimento del danno alla salute da alterazione psichica e

stress conseguente al comportamento del cronista nella trasmissione televisiva, facendo valere come elemento costitutivo dell'illecito l'asserita pubblicizzazione di una rivista sportiva. Ed eguale conclusione vale in ordine alla ritenuta giurisdizione, in alternativa, dell'AGCOM, in considerazione della sua natura non di organo giurisdizionale, ma di Autorità Amministrativa.

[7] Delibera 661/06/CONS dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni: Articolo 1. 1.Gli operatori di comunicazioni che offrono servizi audiovisivi e multimediali, diffusi in tecnica digitale su frequenze terrestri o su reti di comunicazioni mobili e personali, destinati alla fruizione del pubblico tramite terminali mobili, il cui contenuto sia riservato ad un pubblico adulto o, comunque, possa nuocere allo sviluppo psichico e morale dei minori, devono adottare nelle offerte dei predetti servizi un sistema di protezione dei minori dall'accesso a tali contenuti avente un grado di sicurezza pari agli analoghi sistemi applicati alla diffusione di programmi radiotelevisivi ad accesso condizionato. 2.Gli operatori di cui al comma 1 devono offrire agli utenti dei servizi audiovisivi e multimediali riservati ad un pubblico adulto una modalità/funzione di parental control che consenta di inibire stabilmente l'accesso del minore, che usa occasionalmente o permanentemente il terminale mobile, ai contenuti di cui al comma precedente. La predetta funzione dovrà risultare facilmente attivabile/disattivabile dall'utente tramite la digitazione sul proprio terminale di uno specifico codice segreto (pin), distinto da tutti gli altri codici utilizzati sul terminale stesso per altre funzioni. Il codice dovrà essere comunicato con modalità riservate, corredato dalle avvertenze in merito alla responsabilità nell'utilizzo e nella custodia del medesimo, al contraente maggiorenne che stipula il contratto relativo alla fornitura del servizio. 3.Gli operatori di cui al comma 1 devono dare adeguata informazione della introduzione della funzione di parental control di cui al precedente comma 2 nella pubblicità dei propri servizi, diffusa con qualsiasi mezzo, nonché nelle descrizioni del servizio allegate ai moduli contrattuali o presenti sui propri siti web. La dichiarazione, da parte del fruitore del servizio, di aver ricevuto adeguata preventiva informazione circa la disponibilità della funzione di protezione deve essere oggetto di una specifica clausola contrattuale espressamente e separatamente firmata dall'utente/acquirente in sede di stipula del contratto di acquisto del servizio. 4.Gli operatori di cui al comma 1 devono conformare alle disposizioni del presente provvedimento i servizi ed i relativi contratti in essere alla data di entrata in vigore della presente delibera, prevedendo una adeguata informazione ai propri clienti e specifiche modalità di aggiornamento che consentano l'accertamento della consegna del codice (pin) di cui al precedente comma 2, al contraente maggiorenne del contratto. 5.Il mancato rispetto delle disposizioni di cui alla presente

delibera comporta l'applicazione di quanto previsto dall'art. 1, comma 31 della legge 31 luglio 1997, n. 249.

[8] Direttiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2011 sui diritti dei consumatori, recante modifica della direttiva 93/13/CEE del Consiglio e della direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 85/577/CEE del Consiglio e la direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio.

[9] Direttiva 2011(83/UE, considerando n. 19: Per contenuto digitale s'intendono i dati prodotti e forniti in formato digitale, quali programmi informatici, applicazioni, giochi, musica, video o testi, indipendentemente dal fatto che l'accesso a tali dati avvenga tramite download, streaming, supporto materiale o tramite qualsiasi altro mezzo.

[10] Per un'analisi delle principali innovazioni apportate dalla direttiva 2011/83/UE si rinvia a A.M. Gambino, A. Stazi, con la collaborazione di D. Mula, Diritto dell'Informatica e della Comunicazione, Giappichelli, Torino, II edizione, p. 140.

Una possibilità di sviluppo per le "vite" sospese

di

Alberto M. Gambino

Il tema del congelamento degli embrioni e della loro prospettiva di nascita merita un ulteriore approfondimento a seguito della sentenza della Corte costituzionale n.151 del 2009, che ha introdotto una deroga al divieto legale di crioconservazione. In particolare, con la declaratoria di incostituzionalità delle parole “ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre” (art. 14, comma 2, legge 40), la sentenza della Corte (che ha forza di legge) giustifica il differimento dell’impianto rispetto alla produzione dell’embrione, ove in particolare ciò consegua a scelta medica. Significativa è l’affermazione con cui si rileva nella finalità della legge “un affievolimento della tutela dell’embrione al fine di assicurare concrete aspettative di gravidanza” cosicché “la tutela dell’embrione non è comunque assoluta, ma limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze di procreazione”.

Intanto è da osservare - e in pochi lo hanno fatto - come la Corte non si sia preoccupata di valutare la correttezza costituzionale dell’asserito “affievolimento” del diritto alla vita dell’embrione in punto di conformità ai diritti inviolabili della Carta: infatti altro è il bilanciamento tra la lesione alla salute psico-fisica della donna con il diritto all’integrità del feto, su cui invece si è pronunciata la Corte con riferimento alla legge 194, altro è il confronto tra il diritto all’integrità dell’embrione e il desiderio di avere figli, che nella legge 40 assume il rango giuridico di diritto all’accesso delle tecniche fecondative artificiali.

Aldilà di questa “omissione”, sono però state avanzate alcune letture che creano confusione, tra cui quella di un declassamento dell’embrione che ne farebbe considerare lecita una produzione pressoché arbitraria nel numero. Come si è ricordato, la Corte costituzionale, pur dichiarando illegittima la fissazione per legge di un numero massimo di embrioni da produrre, ha avvalorato la regola secondo cui le tecniche non devono produrre un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario allo scopo procreativo.

Tuttavia è giocoforza osservare che mentre prima della declaratoria di incostituzionalità, l’ipotesi della crioconservazione era del tutto residuale, stante l’obbligo di contestuale produzione e impianto dell’embrione, ora, dopo la sentenza della Corte, si registrano sempre più di frequente vicende di embrioni crioconservati. Se, dunque, il problema bioetico della sorte degli embrioni congelati si poneva - prima della decisione della Corte - solo con riferimento a quelli generati prima dell’entrata in vigore della legge 40,

ora il più largo utilizzo della tecnica di crioconservazione cambia lo scenario. E per non pochi dei nuovi embrioni congelati la crioconservazione finisce per diventare irreversibile, vuoi per motivi di ordine medico, vuoi per il rifiuto della donna, che nel frattempo abbia conseguito una gravidanza a seguito dell'impianto di uno degli altri embrioni. E' noto che in ordine al destino degli embrioni crioconservati, senza aspettativa di impianto nell'utero della madre, si registrano alcune tesi che, facendo leva su una paventata irrispettosità verso la dignità umana di una conservazione sine die (per quanto in questo senso appaia in realtà non rispettoso proprio il suo fatto scatenante e cioè la produzione in provetta di esseri umani), propendono per l'intenzionale e programmata distruzione dell'embrione a scadenze temporali predeterminate oppure per l'ipotesi apparentemente umanitaria di destinare questi embrioni alla ricerca scientifica. Ora è chiaro che nessuno di tali esiti appare coerente con la natura umana dell'embrione, ma resta evidente che nell'attuale intemperie culturale, distante dal cogliere il mistero di una vita congelata, sia "soltanto" il dettato della legge a rappresentare un valido presidio. Il divieto generale di soppressione degli embrioni, previsto dalla legge 40, comprende anche quelli non impiantabili, specie se si osserva che la stessa legge, con riguardo alla sorte degli embrioni eccezionalmente soprannumerari, ha già optato per la loro conservazione, con ciò cristallizzando normativamente una ratio preferenziale verso una loro tenuta in vita, anche quando fosse incerto il loro destino.

Attualmente, dunque, la crioconservazione degli embrioni "abbandonati" potrà essere interrotta soltanto ove ne venga accertata la morte, che tuttavia neanche il decorso del tempo segna con certezza. Tale verifica, allo stato della tecnica, può così attuarsi solo con lo scongelamento dell'embrione, che tuttavia - non potendosi operare il ricongelamento - diverrebbe in molti casi proprio la causa della morte. Di qui la prospettiva della scelta odierna di conservare a tempo indeterminato gli embrioni congelati.

Davanti a questa realtà, mutata per dimensione e causalità (il congelamento non è più eccezione ma regola giuridificata dalla Corte costituzionale italiana, con un esponenziale incremento di embrioni abbandonati e dormienti in azoto liquido) appare opportuno prendere maggiore coscienza del problema. Anche rivalutando se, a fronte di diffuse spinte utilitaristiche e la difficile comprensione del senso di un numero crescente di vite "sospese", non sia preferibile una possibilità di sviluppo con la messa a disposizione dell'embrione ad altre coppie intenzionate ad assicurarne il trasferimento e la nascita.

Osservazioni tra diritto e bioetica sulla disciplina dei trapianti di organi e cellule da viventi

di

Massimo Passaro, Lara Prisco, Mario Ganau

Parrebbe spontaneo pensare che nell'attuale società consumistica, governata dalle logiche di mercato, la morale e le questioni ad essa connesse siano destinate ad un ineluttabile oblio. Eppure, nonostante le ideologie non pervadano più il tessuto sociale, la "domanda etica" sta acquisendo sempre più peso alla luce dei rapidi progressi della medicina. In tal senso il problema dei trapianti di organi e cellule da individui viventi rappresenta un concreto esempio di quanto la "domanda etica" sia oramai pressante. Questa premessa non è priva di rilevanza quando si passi a interpretare il problema in questione non da un mero punto di vista morale, ma nell'orbita dell'etica e dell'ordinamento giuridico.

Quando, com'è giusto che sia, l'interrogativo dal piano della morale sociale è rapportato all'etica dell'ordinamento, la risposta deve trovare il sicuro riferimento nei valori che l'ordinamento stesso esprime. Per esempio, se la scelta di lasciare a un libero mercato l'eventuale contrattazione sulle parti del proprio corpo può essere disdicevole da un punto di vista morale, essa potrebbe trovare un giorno fondamento in una legislazione che, fondata su particolari valori, dovesse appunto reputarla legittima. Da questo pressante presupposto nasce la necessità di comprendere gli attuali sviluppi delle scienze mediche e adattare il sistema legislativo a governarle adeguatamente.

Ad oggi, esistono diversi Paesi nei quali la commercializzazione del corpo umano, dei suoi organi e delle sue cellule è lecita; l'esempio più evidente è rappresentato dalla Repubblica Popolare Cinese, dove secondo le stime del Ministero della Salute di Pechino, ogni anno sono circa 1,5 milioni i pazienti in attesa di trapianto a fronte di circa 10.000 procedure effettuate (principalmente con organi provenienti da condannati a morte).

Nel nostro ordinamento, la salute è un bene primario della persona che interessa anche la collettività (art. 32 Cost.), e in applicazione di questo principio non sono ammissibili atti di disposizione del corpo che provochino una diminuzione permanente dell'integrità fisica (art. 5 c.c.). E' quindi agevole constatare come in Italia il problema, inteso in una prospettiva assiologica qual è quella suggerita dalla sua analisi nell'unitarietà dell'ordinamento, non attiene alla volontà del singolo: la disposizione del proprio corpo, giacché tendenzialmente protesa a insidiare la persona nella sua integrità psico-fisica, trova un deciso disfavore a livello di principio, con la conseguenza che con lo stesso

disfavore dovrebbe essere visto ogni atto in tal senso, a prescindere dal volere della persona.

Tornando all'esempio cinese, l'assenza di una legislazione in materia di trapianti di organi e cellule da viventi ha favorito, non di poco, il commercio illegale di organi; altrove invece (Singapore, Brasile, *etc.*) essa ha portato a un intenso programma di sviluppo delle biotecnologie volto a superare i problemi tecnici che limitano nella pratica clinica la creazione e l'impiego di tessuti e organi artificiali da cellule viventi eterologhe o allologhe (di altri donatori umani o animali).

Non si tratta, dunque, di una pura e semplice questione di liceità del consenso, né di libertà (a volte soltanto presunta) della persona, nel disporre di una parte del proprio corpo. Infatti, quando si parla di trapianti di organi o di cellule da individui viventi, alcuni principi assoluti quali la liceità della donazione e la liceità del trapianto, se non conciliabili in uno stesso sistema, potrebbero porre il problema che la prevalenza dell'uno escluderebbe l'esistenza dell'altro eventualmente con esso in conflitto o, comunque, lo degraderebbe a livello di principio di rango inferiore. Da ciò, si rende necessario affermare ulteriormente l'estraneità del corpo umano a qualsiasi logica economicistica che pure la promessa degli organi bioartificiali potrebbe comportare; inoltre diventa palese suggerire che, anche il loro sviluppo, data l'alta tecnologia con la quale viene manipolato il materiale biologico eterologo o allologo, dovrebbe rientrare nell'ambito della legge sui trapianti. Infatti, seppure la maggioranza dei sistemi tecnici oggi disponibili non sia in grado di sostituire completamente un organo biologico, ed il loro rapporto costi-benefici non sia completamente chiarito, è facile prevedere una loro rapida e probabilmente esponenziale evoluzione.

E' così compito del giurista il dover richiamare qualunque operatore ai valori del sistema, affinché a questi si possa conformare l'agire umano; e del legislatore, di richiamare eventualmente il concetto di donazione che, utilizzato non in senso tecnico, ha lo scopo di evocare un atto libero, spontaneo e privo di qualsiasi fine speculativo di un soggetto a vantaggio di un altro individuo. Se poi la scienza medica è, e non può che essere, al servizio della persona, vale ancora una volta rilevare che la questione dei trapianti di organi e cellule riguarda non una "cosa" ma un individuo ed i suoi elementi vitali. Ed è questa la scialuppa alla quale aggrapparsi nel rispetto che si deve alla persona e alla sua esistenza.

In conclusione, con la moderna pratica trapiantistica anche il rapporto con il proprio corpo, in termini scientifici, biologici e clinici, è stato completamente sconvolto, ma sembra che resti immutato in termini morali e giuridici. Oggi l'organismo umano nella sua struttura biologica è diventato una "cosa" osservabile e manipolabile, cosicché sembra esso stesso concettualmente funzionale ai poteri di controllo delle nuove tecnologie biomediche. Viviamo nell'epoca del biopotere, direbbe Foucault, un potere che tiene sotto controllo l'individuo e la sua vita. Da ciò, d'altronde, deriva la necessità concreta di

COMMENTI

disciplinare l'impatto delle nuove tecnologie sulla vita dei cittadini garantendo la loro dignità e libertà.

La coerenza del divieto di P.M.A. eterologa in rapporto all'istituto dell'adozione e al diritto a conoscere le proprie origini

di
Carlo Casini

Relazione presentata al convegno "La fecondazione eterologa tra Costituzione italiana e Convenzione europea dei diritti dell'uomo", tenutosi il 2 aprile 2012 all'Università Europea di Roma.

Qualunque riflessione sul tema della procreazione artificiale umana deve partire da due punti.

1. L'art. 3 della Convenzione dei Diritti del Fanciullo adottata dall'ONU il 20 novembre 1989, rese esecutiva in Italia con la legge 27 maggio 1991 n. 176 che stabilisce: *"in tutte le azioni riguardanti i bambini se avviate da istituzioni di assistenza sociale, pubbliche o private, tribunali, autorità amministrative o corpi legislativi, i maggiori interessi del bambino devono essere oggetto di primaria considerazione."* Questa formula era già presente anche nella Convenzione Europea per la Salvaguardia per i Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali ed è stata ripetuta nella Carta Europea dei Diritti fondamentali approvata a Nizza nel 2000 alla quale il Trattato di Lisbona ha attribuito lo stesso valore giuridico dei Trattati. Va ricordato anche quanto era stato scritto nella Dichiarazione Universale del Fanciullo nel 20 novembre del 1959: *"la società e lo Stato devono dare al Fanciullo il meglio di se stessi."*

Queste disposizioni gettano una luce chiarificatrice sul rapporto fra l'interesse degli adulti di avere un figlio e gli interessi del figlio stesso. Il principio vale in ogni campo e quindi in quello della procreazione artificiale.

2. Bisogna riflettere sulla differenza fra la fecondazione che avviene a seguito di un incontro sessuale e quella che deriva da PMA. La prima suppone un gesto per sua natura assolutamente privato, come tale non sottoponibile a controlli provenienti all'esterno della coppia; la seconda, invece, implica una programmazione e una attuazione che esigono la partecipazione della società civile mediante una pluralità di persone. Perciò è facile e doveroso dare una regola controllabile alla PMA a differenza di quanto avviene per la generazione naturale. Come è noto nella nostra società s'insiste molto sul tema della procreazione cosciente e responsabile. Essa è indicata come criterio orientativo alle coppie nel caso della fecondazione naturale ma può e deve essere un criterio vincolante nel caso della fecondazione artificiale. Ovviamente la prima responsabilità riguarda il figlio la cui vita è nelle mani degli adulti che lo desiderano, dei medici e della società tutta intera.

Alla luce di questi due criteri si può ben comprendere la ragionevolezza della legge n. 40 del 2004. E' una ragionevolezza che per essere ben colta va collocata all'interno di una situazione di fatto precedentemente maturata, priva di qualsiasi regola, in un sistema giuridico dove tutto ciò che non è espressamente vietato deve ritenersi permesso. Giustamente questa situazione veniva descritta sui mezzi di comunicazione come "far west procreativo". Intervenire legislativamente è apparso perciò doveroso. Naturalmente in un sistema democratico bisogna fare i conti con le forze politiche in campo e con una cultura dominante che considera criterio decisivo, l'autodeterminazione del singolo in tutto ciò che riguarda la sua dimensione sessuale. Tuttavia la legge è stata chiara nel definire il suo scopo nell'art. 1 dove ha dichiarato di volere assicurare i diritti di tutti i soggetti coinvolti compreso il concepito. L'orizzonte della norma è caratterizzato, dunque, a differenza di altre leggi straniere dallo sguardo rivolto non soltanto al superamento dei problemi di sterilità o infertilità degli adulti o, addirittura, alla soddisfazione dei loro desideri ma anche al figlio concepito. Anzi, questo secondo sguardo è particolarmente intenso come risulta dalla qualificazione del figlio-embrione come soggetto titolare di diritti e come tale parificabili agli altri soggetti coinvolti. Ne è derivata una disciplina particolarmente attenta a garantire un futuro di vita e una solidità di affetti al figlio. Le regole dell'art. 14 sono ispirate al tentativo di evitare la morte del concepito provocata in modo intenzionale e diretto. E' noto che le percentuali di "successo", intesa come "bambino in braccio", sono tuttora alquanto basse, il che significa che una gran parte, molto numerosa di figli concepiti in provetta, non giunge alla nascita. Purtroppo la morte sembra essere una compagna inevitabile dell'uomo con particolare frequenza e precocità quando egli è concepito artificialmente. Ma, almeno, se dalla provetta il figlio è immediatamente trasferito nell'utero materno, vi è un affidamento al corpo della madre che fa terminare l'artificialità e che promette una qualche speranza di vita. Se, invece, l'embrione è selezionato, sottoposto a sperimentazione, gettato via, la morte è data direttamente, con premeditazione e vien fatto di dire con linguaggio, giuridico, in concorso di più persone. Se poi l'embrione vien congelato il gelido limbo al quale viene condannato il nuovo essere umano è foriero, anch'esso, di morte o di problemi insolubili. Per questo la legge aveva proibito la produzione di embrioni soprannumerari il che, come necessario corollario, comporta il dovere di immediato trasferimento in utero e un limite massimo di embrioni generabili in un unico contesto. Purtroppo la Corte Costituzionale, dimenticando a mio modo di vedere la legge, ha aperto una grande breccia nell'impianto della normativa consentendo la produzione soprannumeraria e quindi il congelamento. E' il *vulnus* al quale bisogna riporre rimedio, quanto meno rinforzando il principio stabilito dalla legge 40/04 in modo da non renderlo ignorabile. La proposta del Movimento per la Vita italiano di riconoscere la capacità giuridica del concepito modificando in questo senso l'art. 1 c.c. potrebbe essere un

rimedio adeguato. Il recente episodio del San Filippo Neri mostra quanto fossa corretta la disciplina dell'art.14 della legge 40 prima della parziale demolizione operata dalla Corte Costituzionale. Restano ancora alcuni limiti a difesa dei diritti del concepito che è opportuno difendere di fronte alle crescenti aggressioni.

Una particolare aggressione riguarda quanto stabilito al terzo comma della legge 40/04 secondo cui "è vietato il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo". La *ratio* della disposizione è, ancora una volta, il bene del figlio. Il legislatore ha ritenuto che "il meglio" per il nuovo essere chiamato all'esistenza sia un padre e una madre che siano tali nel senso più totale: genetico, affettivo, legale. Tale scelta è sostanzialmente motivata dall'intento di garantire il diritto all'identità personale e familiare del bambino chiamato alla vita mediante le nuove tecniche. A favore dell'uso di gameti estranei alla coppia si è osservato che sono molti i figli "naturalmente eterologhi", frutto di una libertà sessuale e generativa che lo Stato non limita. L'argomento continua affermando che non si vede perché una tale libertà debba essere compressa quando si tratta di superare una patologia. Si aggiunge che la separazione tra genitorialità biologica e degli affetti è già presente nell'adozione, un istituto che viene generalmente lodato e certamente non meritevole di critiche etiche. Per rispondere subito a quest'ultimo argomento è sufficiente ricordare che la moderna adozione di minori non ha come scopo quello di dare un figlio a chi non ne ha (come avviene nella PMA), ma, al contrario di dare una famiglia al bambino che ne è privo perché si trova in uno stato di abbandono materiale o morale. Indubbiamente l'adozione che valorizza la genitorialità degli affetti è un istituto ottimo, ma bisogna ricordare che il suo presupposto è un male, cioè l'abbandono materiale o morale di un bambino. Non si può dire che per un figlio sia bene che il padre e la madre muoiano oppure che lo lascino in mezzo ad una strada o che lo maltrattino continuamente. In questi casi l'adozione è un rimedio. Ma non si può causare un male per potervi rimediare. Come si vede il principio fondativo dell'adozione è esattamente l'opposto rispetto a quello su cui si basa la PMA eterologa. Chi "dona" i propri gameti si trova in una posizione abbastanza simile a quella di chi abbandona un figlio. Egli genera un figlio, ma lo abbandona immediatamente: di lui non vuol sapere nulla e nei suoi confronti rifiuta ogni responsabilità. Respinto l'argomento dell'adozione dobbiamo ritornare a riflettere su che cosa sia il meglio per il figlio. Il meglio non può essere valutato soltanto in termini giuridici. Che il frutto di una fecondazione eterologa sia considerato figlio legittimo a tutti gli effetti non garantisce affatto che, in linea di fatto, il padre o la madre o entrambi siano e si sentano sempre genitori veri e che non vi sia il rischio di un danno (psicologico, educativo, affettivo) se di fatto, la verità biologica venga rinfacciata magari in occasione di una crisi familiare tutt'altro che imprevedibile.

Del resto la preferenza per l'unitarietà delle figure genitoriali, almeno quando si costituisce il rapporto di filiazione, è presente anche nella Costituzione. L'art. 30 Cost. sancisce il "*dovere e diritto dei genitori di mantenere, educare, istruire i figli*". Il costituente pensava certamente ai figli biologici tant'è vero che il testo normativo continua affermando che "*nei casi d'incapacità dei genitori, la legge provvede che siano assolti i loro compiti*". In sostanza la Costituzione vuole che i figli siano mantenuti dai genitori che li hanno generati biologicamente ed impegna la società a mantenerli, educarli e istruirli solo se i genitori non lo fanno. Va segnalato anche l'art. 1 della legge 28 marzo del 2001 n° 149 sull'adozione e l'affidamento dei minori, dove si stabilisce che il minore ha diritto di crescere e di essere educato nell'ambito della *propria* famiglia.

Qualora si ammettesse la PM eterologa sorgerebbe il problema della facoltà del figlio di conoscere le proprie origini. Come è noto su tale questione gli Stati hanno assunto posizioni differenziate: la Norvegia ha imposto un anonimato assoluto, la Germania e l'Austria configurano la conoscenza delle proprie origini come un diritto umano fondamentale, la Svezia, la Spagna, la Gran Bretagna e la Francia permettono la ricerca delle proprie origini solo per finalità cliniche. In ogni caso l'anonimato assoluto o relativo da un lato protegge l'esigenze degli adulti che hanno donato i gameti, ma dall'altro vorrebbe evitare anche turbamenti e crisi derivanti per il figlio dalla conoscenza del padre e della madre biologici. Nell'articolo 7 sulla Convenzione dei Diritti del Fanciullo si stabilisce che il fanciullo "*ha diritto, nella misura del possibile, di conoscere i suoi genitori e di preservare la sua identità, ivi compresa la sua nazionalità, il suo nome, le sue relazioni familiari*". Come si vede la fecondazione eterologa fa sorgere problematiche che possono incidere sul benessere del figlio. Non è dunque irragionevole una legislazione che cerca di assicurare "il meglio" per il figlio consentendo soltanto la fecondazione omologa. La ragione di divieto di PMA eterologa, non dipende solo da un giudizio etico sui comportamenti sessuali, ma dell'esigenza di garantire, nel massimo grado di prevedibilità e della possibilità, il benessere del nuovo essere umano chiamato all'esistenza dalla scienza e dalla tecnica.

Fecondazione eterologa e corte europea CEDU: quali effetti vincolanti nel contrasto di interpretazione tra due decisioni ed altri profili processuali di costituzionalità

di
Riccardo Chieppa

Relazione presentata al convegno "La fecondazione eterologa tra Costituzione italiana e Convenzione europea dei diritti dell'uomo", tenutosi il 2 aprile 2012 all'Università Europea di Roma.

Sommario: 1. Premessa e decisioni del 2010 e del 2011 della Corte C.E.D.U. quali effetti e profili processuali. 2. Sul divieto di fecondazione di tipo eterologo e conformità con i principi. 3. La legge n. 40 e la posizione della dottrina per il divieto di fecondazione eterologa. 4. Adozione come istituto riconosciuto dagli ordinamenti europei. Pretesa frattura tra genitorialità genetica e genitorialità legale. Esclusione.

1. Premessa e decisioni del 2010 e del 2011 della Corte C.E.D.U. quali effetti e profili processuali

L'ambito del mio intervento discende dalla personale interpretazione della finalità di questo incontro presso l'Università Europea di Roma, cioè quella di dare una testimonianza e documentazione più ampia possibile dello stato della dottrina giuridica costituzionale sulla fecondazione eterologa [1], con particolare attenzione ai problemi in ordine alle norme contenute nella legge vigente in Italia (art. 4, in relazione agli artt. 5 ed 8, legge 19 febbraio 2004, n. 40), soprattutto alla luce delle due sentenze della Corte europea del 2010 - 2011, che si sono succedute dalla Sezione I alla Grande Chambre con una visione nettamente opposta.

Il mio approccio iniziale al tema riguarda problemi esclusivamente processuali: il rapporto tra il giudicato della Corte Europea (C.E.D.U.) del 1 aprile 2010 (Sezione prima) e quello, nello stesso procedimento, del 3 novembre 2011 (Grande Chambre), cioè tra una decisione di primo grado rispetto al giudicato del secondo grado, che rinnovando il giudizio risolve la questione sottoposta in modo completamente diverso, ribaltandola.

Occorre prestare particolare attenzione alla circostanza che si è di fronte a due decisioni nello stesso procedimento o meglio a dei successivi gradi dello stesso giudizio, nel quale la decisione della Grande Chambre 3 novembre 2011 si è sovrapposta completamente, ribaltando il precedente giudizio, espresso dalla Sezione I il 1° aprile 2010,

sostituendone tutti gli effetti e negando la sussistenza di violazione della C.E.D.U. da parte della legge austriaca denunciata.

Correttamente non si può parlare di due giudicati non convergenti, come espressione di due filoni giurisprudenziali ed indirizzi diversi della Corte, di modo che dall'esterno ed in un altro giudizio si possa ancora invocare la autorità e gli effetti del primo indirizzo, come determinazione di principi esistenti e interpretazione sovraordinata rispetto ad altri procedimenti giustiziali nell'ordinamento interno degli Stati europei.

Ormai esiste un solo ed unico giudicato, che possa produrre effetti e vincoli per gli altri giudici (nazionali di qualsiasi livello) ed è quello della Grande Chambre.

La prima pronuncia del 2010, infatti, resta sostituita interamente dalla seconda decisione della Grande Chambre e non può essere più invocata e valere come base di un contrasto costituzionale, in quanto interposto riempimento del contenuto del vincolo nascente dall'art. 117 Cost., rispetto ad una norma interna di uno Stato aderente alla C.E.D.U. [2].

In realtà è venuto meno quello che era il parametro (interposto) essenziale di riferimento per le questioni di legittimità costituzionale avanti alla Corte costituzionale italiana, cioè l'interpretazione delle norme C.E.D.U. come effettuata dalla prima decisione del 2010, poiché non è sufficiente, nel caso di specie, invocare la sola violazione dell'art. 117 della Costituzione.

Sia pure su piani diversi, risulta un risultato identico (trattandosi sempre di interposizione) a quello che si verifica in un giudizio di questione di l. c., sollevata nei riguardi di un decreto legislativo delegato per violazione di un principio direttivo fissato da norma della legge delega, quando questo singolo principio sia venuto meno, come quando sia stato, nel frattempo, colpito da sentenza di illegittimità costituzionale.

Ma vi è di più un unico vincolo, che preclude ogni applicazione della decisione anteriore, proprio perché, nel caso in esame, non si è in presenza di più giudicati e di opinioni contrastanti della Corte europea C.E.D.U.; ma l'unico giudicato, che ormai esiste e può essere invocato, è la decisione di secondo grado (Grande Chambre), che ha rovesciato completamente quella di primo grado, sostituendola a tutti gli effetti.

Anzi qualsiasi affermazione positiva di accoglimento o di recepimento del contenuto della prima decisione della Sezione della Corte europea, da parte di un giudice italiano o dalla nostra Corte costituzionale, sarebbe, addirittura, in contrasto con i principi desumibili dalla Convenzione, come sono stati interpretati dalla Grande Camera. Si incorrerebbe, quindi, in una violazione della C.E.D.U. e, indirettamente, della nostra Costituzione. Questo profilo evita anche di eliminare in radice i dubbi che il recepimento della anzidetta pronuncia della Sezione del 2010 incontri l'ostacolo, assolutamente non superabile, di realizzare una situazione limite inderogabile di non conformità ai principi fondamentali della nostra Carta costituzionale.

Sul piano più generale, inoltre, nel sistema europeo un intervento interpretativo vincolante della Corte europea C.E.D.U. deve essere escluso in mancanza di un principio specifico cogente, fissato positivamente da regole fondamentali: questo si verifica quando manchi una condivisione degli Stati, che, quindi, mantengono una maggiore discrezionalità di apprezzamento.

Se manca questo consenso ed un obbligo cogente vi è la possibilità dei singoli Stati di scelte discrezionali e di dissociarsi sugli aspetti applicativi, fermi i principi generali, europei. La discrezionalità acquista un'ampiezza maggiore, quando vi sono esigenze e tradizioni interne contrastanti, tanto più se di carattere fondamentale per il singolo ordinamento interno.

2. Sul divieto di fecondazione di tipo eterologo e conformità con i principi

Il desiderio di avere figli per una coppia (ed il semplice consenso dei due componenti della stessa coppia) non può avere, nel bilanciamento degli interessi rilevanti nella procreazione assistita e nella utilizzazione delle tecniche procreative, una prioritaria prevalenza sulla posizione che, nella fecondazione di tipo eterologo, assume il procreato (nato da eterologa) ed il terzo donatore (o prestatore dello sperma o dell'ovulo, o, al limite, i prestatori di entrambi).

Se fosse accolta la suddetta soluzione di prevalenza (nell'ambito di rapporti genitoriali e di filiazione), vi sarebbe una sproporzione [3] dello strumento utilizzato, che sarebbe assolutamente insensibile alle esigenze di tutela del procreato [4] e del terzo o dei terzi donatori, a non parlare del caso in cui la donazione provenga da Stato nel quale non vi siano garanzie assolute di privacy ed anonimato.

A questo proposito dobbiamo vedere il punto di vista delle nostre concezioni dei rapporti di filiazione, della protezione dei diritti fondamentali della persona rispetto alle posizioni del nascituro e di chi è nato. Quindi non possono essere trascurati tutti i rischi e gli abusi che vi possono essere, perché è stato affermato da autorevoli esponenti in campo giuridico ed etico, che la via della fecondazione eterologa è scivolosa verso delle forme di scelta eugenetica [5].

Infatti basterà adoperarsi affinché il gamete o l'ovulo provenga da un determinato Paese o da un determinato centro di raccolta, e da un ristretto numero di donatori, soprattutto se i dati per individuarne la provenienza non sono preclusi; non sarà difficile selezionare o indirizzare le caratteristiche genetiche ed operare una scelta selettiva in varie maniere, ma sempre eugenetica.

Ancora si pone un ulteriore interrogativo drammatico: che accadrà al nato da fecondazione eterologa, quando avrà bisogno, dal punto di vista della salute e dello sviluppo, di conoscere gli aspetti di origine dei

genitori (DNA, malattie ereditarie, predisposizione genetica a taluni rischi per la salute?

Basta ricordare un caso tragico che si è verificato nell'altro Continente, in cui la scelta di un intervento o di una cura essenziale per la sopravvivenza derivava proprio dal conoscere i profili genetici dei genitori di un determinato paziente.

Ed ancora, di fronte ad una situazione di difformità di trattamento dei dati del donatore da Paese a Paese, si rischiano situazioni anomale e assurde di contrasto o di sotterfugi con finalità eugenetiche, da tutti condannate.

Allo stesso modo ove si giunga ad ammettere la separazione della filiazione biologica da quella di carattere sociale o del rapporto di coppia, si produrrebbe un travolgimento dell'aspetto generativo, con un vero dramma per il nato, non più in grado di conoscere chi lo ha generato e di quali caratteri ereditari è portatore; questo ultimo è il vero dramma [6] per un figlio, al limite anche procreato da nessuno dei genitori putativi e davvero geneticamente figlio di nessuno.

Ove fossa accolta la prevalenza - per niente affatto condivisibile a livello sociale e talvolta sospinta da concorrenti e estranei interessi di mera iniziativa economica e di lucro [7] - sia del punto di vista e degli'interessi di chi desidera ad avere comunque un figlio, sia soprattutto del profilo della vita privata del singolo, ricomprendendovi - come ha ritenuto la prima sentenza della Sezione della Corte Europea (ormai superata e ribaltata) - un diritto ad avere (o a procurarsi) un figlio, si aprirebbero delle vie con risultati assurdi e non accettabili, anche sulla base di altri principi, soprattutto questi vincolanti, in sede di Unione Europea, e per le garanzie dei diritti fondamentali nella nostra Costituzione.

In una tale ipotesi, rifiutata, si porrebbe l'interrogativo, che confermerebbe la sproporzione e l'assurdità della anzidetta impostazione: perché allora non riconoscere l'anzidetto diritto anche a chi non convive, a chi non è legato da qualsiasi rapporto di coppia e addirittura anche al singolo e poi ancora a chi per natura (e non per malattia o simile) non è idoneo a procreare con una gestazione, ma che potrebbe procurarsi un figlio solo attraverso un "utero in affitto" (a parte ogni speculazione possibile [8]) od ancora utilizzando tecniche (non consentite) manipolative e selettive o con clonazione riproduttiva (del tutto extra corporea) di esseri umani [9].

Sarà un aspetto scivoloso, perché l'aspirazione alla maternità o alla paternità rischierà di essere indipendente dal sesso, e realizzabile con un "assenso", per una nuova forma di procura o di mandato.

Nell'ambito del potere di scelta dello Stato italiano deve essere tenuto presente che sulla materia della fecondazione eterologa non vi è un "consensus" generale europeo, né tantomeno un vincolo cogente essendo molteplici le soluzioni ammissibili. Altresì vanno rispettate le tradizioni appartenenti ad una cultura e all'ambiente sociale del singolo Paese, specie se confortate da garenzie costituzionali nei rapporti

familiari e nei diritti dei nati. Di conseguenza deve essere considerata pienamente legittima (sul piano costituzionale interno e sul piano dei vincoli europei) l'esclusione, nella legislazione italiana, di riconoscimento, neppure in taluni casi c.d. eccezionali, di ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo.

Il vero è che il ricorso a una casistica (per ragioni pietistiche e soggettivamente spesso egoistiche, che non tengono conto del procreato e del donatore) porterebbe, oltre ai pericoli sopraenunciati, a irragionevoli diseguaglianze, che le ipotesi austriache hanno evidenziato per i rischi che ne derivano.

Occorre anche considerare che l'art. 5 della legge n. 40 vuole delle condizioni di carattere essenziale che sono in rapporto all'art. 29 della Costituzione: "coppie di maggiorenni di sesso diverso coniugati o conviventi." Il legislatore italiano è stato tutt'altro che restrittivo, da taluni ritenuto di larghezza eccessiva, ed anzi ha avuto una visione permissiva, in quanto richiede per la P.M.A. che si tratti di coppie di maggiorenni, di sesso diverso, coniugate o conviventi, sulla base di semplice convivenza, indipendentemente dal carattere duraturo, "in età potenzialmente fertile ed entrambi viventi".

3. La legge n. 40 e la posizione della dottrina per il divieto di fecondazione eterologa.

Significative, al riguardo della legittimità del divieto di fecondazione assistita con tecniche di tipo eterologo, sono state le sostanziali prese di distanza, quasi unanimi, su questa tecnica procreativa, in occasione del Convegno tenutosi nella sede dell'Accademia dei Lincei nel 2005 [10], ed in altre occasioni.

Importante è stata la netta presa di posizione di uno dei nostri maestri di diritto civile, quale è stato il Prof. Giorgio Oppo, di contrarietà alla maternità surrogata e alla fecondazione eterologa sintetizzata nella espressione "coppia contro coppia" [11].

Sullo stesso piano l'opinione di un illustre biologo, membro dell'Accademia dei Lincei, Giovanni Chieffi, che dopo avere illustrato l'evoluzione della ricerca nella materia, sottolinea due aspetti: la ricerca scientifica biomedica è strumentale al miglioramento della qualità della vita, la esigenza di una etica naturale e di una estrema cautela nel modificare i processi naturali [12] di un organismo ed, in particolare, quando si tratta della funzione più importante, cioè quella riproduttiva umana; il secondo esige che gli interventi compresi quelli previsti in leggi sono validi fintantoché risultano conformi alla legge di natura [13].

Equalmente in contrarietà con la fecondazione del tipo eterologo, anche se con limitate aperture a carattere di eccezione ma strettamente condizionate dalla possibilità di conoscere la origine biologica generativa a tutela del procreato, è l'opinione del Prof. Augusto Barbera,

che sviluppa ampie considerazioni sulle esigenze del figlio procreato e sui rischi eugenici [14].

Di interesse notevole anche l'intervento contrario alla fecondazione eterologa del Prof. Luciano Eusebi, che si sofferma in particolare sui profili eugenetici e sui rapporti genitoriali [15].

Ancora sul rifiuto della fecondazione eterologa - basato sul diritto a conoscere l'identità dei genitori e sulla rottura, che si verificherebbe, nel rapporto tra origine materiale e sviluppo storico, creando, altresì, problemi psicologici per il procreato, tuttaltra di facile soluzione - è stato, con un rilievo molto importante, anche per i profili costituzionali, l'intervento della Prof. Lorenza Violini [16].

Sempre sul diritto del procreato a conoscere le proprie origini genetiche vi è una netta presa di posizione recentissima del Professore Andrea Nicolussi [17].

È stato detto: la legge sulla procreazione medicalmente assistita è una disciplina costituzionalmente dovuta di protezione, o meglio, secondo una terminologia richiamata dal Prof. Franco Modugno "legge a contenuto costituzionalmente vincolato" [18], anche se le soluzioni possono comportare ampi margini di discrezionalità, sempre nel rispetto degli anzidetti diritti fondamentali.

Di conseguenza non può ammettersi né una complessiva abrogazione pura e semplice delle norme attualmente in vigore in Italia sulla P.M.A., né una abrogazione parziale, che lasci privi del tutto di protezione alcuni dei profili costituzionalmente tutelati, soprattutto se al di fuori di ogni bilanciamento.

Del resto sul punto [19] la sentenza n. 45 del 2005 della Corte Costituzionale italiana ha avuto occasione di affermare che la legge n. 40 del 2004 è "la prima legislazione organica relativa ad un delicato settore, che negli anni più recenti ha conosciuto uno sviluppo correlato a quello della ricerca e delle tecniche mediche e che indubbiamente coinvolge una pluralità di rilevanti interessi costituzionali, i quali, nel loro complesso, postulano quanto meno un bilanciamento tra di essi, che assicuri un livello minimo di tutela legislativa" [20], esigenza, questa, già sottolineata nella sentenza n. 347 del 1998.

Proprio questo livello minimo di tutela legislativa [21] in relazione ai "rilevanti interessi costituzionali" comporta, secondo la statuizione della Corte costituzionale, che la legge n. 40 del 2004 è costituzionalmente necessaria [22], di modo che non può esserne consentita la complessiva abrogazione.

Ciò non toglie la possibilità di talune lievi modifiche, ma sul piano costituzionale sussiste sempre l'esigenza inderogabile che permanga una disciplina e che questa sia "idonea a garantire almeno un minimo di tutela degli interessi costituzionalmente rilevanti nella materia", come innanzi precisato.

Ancora un richiamo al Prof. Franco Modugno, che partendo da uno degli scopi della legge n. 40 di assicurare "diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito" e dalla esigenza di tutela dei diritti fondamentali

ed in particolare il diritto alla vita, alla famiglia, alla propria identità genetica ed affettiva, considera costituzionalmente legittimo il divieto di fecondazione eterologa, superando i dubbi prospettati [23].

Riguardo alla famiglia e la soluzione, in corso all'epoca da parte delle Camere, sulla fecondazione assistita ed sul divieto di tecnica eterologa vi è stata nel 1999 una intervista del presidente Leopoldo Elia, di grande interesse sulla scelta che stava operando il legislatore in rapporto a "che cosa è la libertà?" [24].

Inoltre la legge n. Teniamo presente che sul punto del rifiuto dell'inseminazione eterologa la tendenza della dottrina giuridica, sociale e medica si pone in una valutazione nel complesso di adesione positiva tra tutti coloro che si preoccupano dei profili etici e dell'interesse di chi viene al mondo, anche in studiosi della tradizione mussulmana.

Se ne è avuta la testimonianza del Professore Hassan Abdelihamid, studioso apprezzato nel mondo accademico arabo egiziano, che ha ribadito questo aspetto, ricordandoci che anche nella cultura e tradizione mussulmana esistono delle leggi di natura, esiste un rispetto del mondo naturale, del creato ed in modo particolare dell'essere umano e del concepito (figlio di Adamo e degno di rispetto) [25]. 40 del 2004 non è una legge ad ipostazione cattolica o confessionale, ma ha cercato di trovare la massima convergenza tra le varie impostazioni, salvaguardando i principi costituzionali a tutela di tutti i soggetti coinvolti, compresi figli e questo vale anche per il divieto di fecondazione eterologa.

E tutte queste forme di inseminazione artificiale devono essere ammesse con grande cautela quando non c'è nessun'altra possibilità, ma rispettando in ogni caso l'aspetto uomo e donna legati da un determinato vincolo.

Ricordiamoci quindi che la difesa del divieto di procreazione di tipo eterologo non è solo a protezione dei nostri principi etici ed insieme culturali e sociali, ma è di carattere universale, perché il problema della permissività di fecondazione eterologa rischia di scardinare le basi essenziali di una società civile non insensibile a valori di salvaguardia dei procreati con materiale genetico altrui [26] e dei loro rapporti parentali.

4. Adozione come istituto riconosciuto dagli ordinamenti europei. Pretesa frattura tra genitorialità genetica e genitorialità legale. Esclusione

Il riferimento alla adozione come istituto, che confermerebbe la possibilità di superare nei rapporti parentali-familiari la mancanza di relazione biologica genitoriale [27] appare completamente pretestuosa e fuorviante, per una serie di ragioni storico-sociali, soprattutto alla luce della tradizione italiana.

Anzitutto la sua origine, duplice nei profili storici, si ricollega nel Diritto romano alla *adoptio* come “*nomen est quidem generale*” ricomprendente due istituti completamente diversi [28]; *adrogatio* e *adoptio* propriamente detta.

L'*adrogatio* era atto sovrano del potere pubblico, in origine con la convocazione (forse in un certo periodo anche fittizia) delle curie e quindi solo a Roma; era un istituto informato a criteri di utilità e moralità sociale [29], in cui l'*adrogatus* deve essere persona *sui iuris*, cioè non soggetto a *patria potestas* [30], di conseguenza con esclusione delle donne [31] e degli *impuberi* – ed anzi normalmente *pater familiae* – e coinvolge, con effetti di vero trasferimento, anche i beni, nonché tutto il gruppo familiare, che resta estinto ed assorbito da quello dell'*adrogator*. Questi deve avere almeno 60 anni ed essere ricco quanto l'*adrogatus*, non avere figli e in condizione di non poterli avere.

L'*adoptio* in senso stretto – *datio in adoptionem* – (in cui è decisiva la volontà delle parti costituita dai due *patres familias*) può riferirsi a chi è *alieni iuris* (*filius familiae*) e resta prevalentemente sul piano privatistico. E' costituita dal passaggio della singola persona al gruppo familiare dell'*adottante* con assunzione anche del nome, (senza perdere necessariamente quello di origine, come taluni diritti di successione). Questo istituto veniva attuato con atti tra vivi attraverso una vendita nella forma della *mancipazione* (tre atti se maschio ed uno se donna), seguito da processo di rivendicazione come figlio o nipote da parte dell'*adottante* [32].

La *adoptio natura imitatur* deve essere intesa non in senso assoluto, ma in quello che non può avere luogo quando troppo manifestamente si contraddirebbe alla natura delle cose [33], come chi non può esercitare la *patria potestas* o l'*excissus* o in relazione alla differenza di età.

In altri popoli (c.d. barbarici) si trovavano istituti, in parte analoghi per taluni effetti, che mirano ad una fittizia ed artificiale relazione di parentela o di fraternità [34] allo scopo, talvolta, di aiuto reciproco (in una forma, che poi rivive nel medioevo come *fraterna societas*, a basi più solide e durature di una mera associazione contrattuale) o per esclusive finalità successorie dei beni [35], come permane in tutto il diritto intermedio, accresciuto dal sentimento cristiano di protezione e di paternità (non genetica).

In epoca romana antica vi è in comune in primo luogo lo scopo di creare artificialmente un erede e quello di rafforzare il gruppo familiare e della tribù, con effetti sul culto, sul nome e sulle successioni patrimoniali in particolare per *testamentum* e sulla *patria potestas*, quale potere prevalentemente sociale-politico e direttivo sul gruppo nell'*adrogatio* e prevalentemente per le forze lavorative nell'*adoptio* [36].

Vi è stata anche la possibilità di far assumere la qualità di *nepos ex filio*, perfino non avendo figli o senza considerarlo figlio del figlio esistente.

Gli istituti si sono snaturati profondamente, man mano che si modificavano e mutavano i poteri nell'istituto familiare [37], perdendosi le potestà pubblicistiche e ogni riferimento a trasferimento di *patria*

potestas fino a divenire, nel diritto giustiniano, l'adozione uno strumento per creare un diritto di successione legittima senza spezzare alcuno dei legami con la famiglia di origine [38].

La adozione sopravvisse poi nel periodo medioevale quasi esclusivamente come *adoptio ad ereditatem* senza trasferimento di potestà alcuna, alimentata da sentimenti affettivi di paternità e protezione, sotto gli influssi di una etica cristiana, fino a confondersi talora con la *donatio* con effetti *post mortem*, fino a decadere e praticamente scomparire nel periodo del diritto comune [39].

La adozione fu richiamata in vita dalla Rivoluzione Francese (18 gennaio 1792) e successivamente disciplinata dal Codice di Napoleone (artt. 343-360) con effetti sul nome e sulla successione. Di qui la ripresa dell'adozione negli Stati italiani, che tuttavia pur confermando gli effetti sul nome, sulle successioni (ed alimenti), escludevano il passaggio nella famiglia dell'adottante e ogni diritto a succedere nella nobiltà e nel titolo [40].

Nel sistema del diritto italiano vigente l'adozione assume una caratteristica ed una funzione nettamente distinta dai rapporti di filiazione ed è orientata principalmente ad una finalità a favore dell'adottando per un atto di affetto e solidarietà da parte dell'adottante, con effetti sul nome e sui profili patrimoniali relativi alla successione, senza creare rapporti civili (familiari) tra l'adottante e la famiglia dell'adottato e tra questi ed i parenti dell'adottante salvo le eccezioni previste dalla legge [41]. Anzi l'adottato mantiene immutati i propri diritti e doveri verso la sua famiglia di origine, e ciò è stabilito anche se si prevede il consenso dei genitori dell'adottando alla adozione, trattandosi di un consenso non abdicativo della famiglia di origine [42].

Proprio perché l'adozione è concepita come istituto a favore e di convenienza dell'adottato [43], i rapporti relativi alla successione sono unidirezionali, cioè limitati a successione dell'adottante, essendo escluso espressamente che l'adozione possa far sorgere, di per sé, diritti alla successione da parte dell'adottante [44].

In realtà anche chi utilizza l'espressione, tra le varie specie di filiazione, di "filiazione adottiva" tiene a precisare immediatamente le "diversità radicali, sì che sarebbe scientificamente poco corretto ed inopportuno assurgere alla formulazione di principi comuni, sottolineando che nella «adozione» lo stato di filiazione è creato artificialmente, prescindendo dal fatto naturale della procreazione" [45]. Del resto il sistema dell'adozione è improntato su un piano ampiamente distinto e diverso da rapporti di filiazione procreativa, tanto che vi è una esclusione espressa di adozione da parte dei genitori di figlio nato fuori del matrimonio (art. 293 c.c.) .

 Note

[1] V. su questa esigenza Conclusioni di Chieppa R., in La fecondazione assistita, Atti Convegno studi 31 gennaio 2005, Accademia dei Lincei, a cura ISLE e Centro studi Giuseppe Chiarelli, Schena editore, Fasano, 2005, p. 147, in particolare p. 321.

[2] V. sul punto del recepimento della C.E.D.U. e delle decisioni della Corte di Strasburgo, la Conferenza stampa del Presidente della Corte costituzionale italiana Alfonso Quaranta, 2012 (sull'attività del 2011) e Salerni G., Corte costituzionale: dialogo con gli altri giudici ma sul ruolo della Cedu nessun passo indietro, in Guida del diritto, 10 marzo 2012.

[3] La proporzionalità è presa in considerazione dalla Corte europea ed è nell'ordinamento costituzionale italiano considerata rilevante entro il più generale principio di eguaglianza,

[4] V. Chieppa R., Conclusioni, in Fecondazione assistita, cit., secondo cui: «E' stato detto " i figli non sono oggetti che si scelgono e si ordinano o si acquisiscono come ad un supermercato". Preoccupiamoci anche di loro e delle future generazioni: e dei rischi che possono correre attraverso talune sperimentazioni e pratiche al di fuori delle regole di precauzione cui deve ottemperare una normativa ragionevole e moderna.

Soprattutto non possiamo pretendere di avere leggi o regole a misura soltanto di quelli che egoisticamente sono semplicemente desiderosi di discendenti ad ogni costo. Infatti non si può fare a meno di preoccuparsi della posizione (psicologica, affettiva ed educativa) del nascituro, che venga al mondo al di fuori di un qualsiasi minimo legame genetico di coppia, proiettato verso il futuro per gli ineliminabili doveri dei genitori reali nella filiazione.

In sostanza è egoistico - quindi non giustificabile, anche in base a criteri di ragionevolezza secondo una valutazione del legislatore - pretendere da parte di un soggetto di potere generare con P.M.A. senza la presenza, almeno in partenza, di due genitori reali, certi ed identificabili, che siano almeno conviventi.? La risposta non può non essere che positiva».

[5] Il divieto di pratiche eugenetiche ed in particolare quelle con lo scopo la selezione delle persone è riconfermato dall'art. 3, comma 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (2010/C 83/02), già detta carta di Nizza.

[6] Significativa è la sensibilità dalla Cinematografia americana, non certo incline a profili etici, che sul piano sociale e psicologico ha avuto occasione di mettere in risalto una serie di dubbi e perplessità sul disagio e sul rischio di situazione dei figli e della coppia nei casi di fecondazione eterologa. Il riferimento va ai film "La custode di mia sorella" con Cameron Diaz, all'episodio "Chi è tuo padre" della serie dr. House, ai film "Due cuori e una provetta" con Jennifer Aniston e "The Back-UP Plan" con Jennifer Lopez.

[7] Basta vedere in qualsiasi motore di ricerca di carattere generale, digitando “fecondazione assistita” appaiono nella parte di promozione pubblicitaria, occulta o palese, indicazioni su istituti e specialisti della materia in Italia o soprattutto all'estero con proposte di tecniche di ogni tipo, comprese quelle eterologhe.

In realtà esistono rilevantissimi interessi di mera iniziativa economica e di lucro. Per fortuna tra coloro che operano nella materia vi sono quelli, in maggioranza, - e sono degni di ammirazione - che si dedicano scientificamente e a tutto campo, con vera passione altruistica ed amore (soprattutto nella scarsità attuale di mezzi per la ricerca in Italia), a concorrere per la vita e per superare la sterilità e l'infertilità, nonché alla ricerca clinica e sperimentale soprattutto su gameti ed ovuli, prima che si realizzi l'embrione, con finalità terapeutiche e diagnostiche a favore dello stesso embrione da creare.

Purtroppo vi è anche chi vuole o è indotto ad utilizzare e sostenere la procreazione assistita (economicamente e professionalmente) nel modo più libero possibile, per ampliare il campo di applicazione (e di lucro), talvolta senza bilanciare gli esiti negativi o meno e i rischi di conseguenze genetiche di talune applicazioni.

[8] Sui rischi di sfruttamento della donna donatrice, v. Rocchi G., Il divieto di fecondazione eterologa viola il diritto costituzionale alla salute?, in questo volume, con accenni a decisione della Corte Costituzionale austriaca.

[9] Vietata dall'art. 3, comma 2 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

[10] V. il volume La fecondazione assistita, cit.

[11] Oppo G., Procreazione assistita e sorte del nascituro, in La Fecondazione assistita, cit., p. 20: «In caso di procreazione assistita eterologa, ...il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi” (art.9, comma 3). Totale irresponsabilità quindi di chi concorre alla procreazione eterologa, il che non potrà non incoraggiarla, salvo il divieto di commercializzazione di cui all'art.12 comma 6, e salva la relativa sanzione, inapplicabile però all'uomo e alla donna che si siano sottoposti alle tecniche di procreazione.

In fine eterologa sembra essere la procreazione che suppone una coppia e si contrappone alla coppia. Quale allora la sorte del concepito da soggetti che non si contrappongono a una coppia e rispetto ai quali il ricorso alla PMA sia un fatto isolato? Quale la sorte del procreato da madre nubile e non convivente? La madre non potrà dichiarare la volontà di non essere nominata (la disposizione dell'art.9, comma 2, sembra di carattere generale) ma il donatore di gamete (non convivente) non potrà essere considerato genitore (per l'espresso disposto dell'art.9, comma 3) e ciò neanche se uomo e donna sono entrambi consapevoli e consenzienti.

Il procreato non da coniugi o conviventi non potrà – se tutto ciò è vero – avere un padre se non adottivo. Il che non è un bel risultato e non sembra “assicuri i diritti” del concepito, come annunciato dall’art.1 della legge. Anche per il codice civile vi sono limiti all’accertamento del rapporto genitoriale (incesto, paternità legale disconosciuta, contrasto con lo stato di figlio legittimo), ma non nel senso di lasciare il nato senza uno stato. Di qui altro dubbio di costituzionalità per violazione del diritto (inviolabile) all’identità». V. anche in Postilla, p. 30, a proposito di rifiutata eliminazione del divieto di fecondazione eterologa: afferma «Così vulnerati, in ipotesi, l'intento della legge e la sua realizzazione normativa in aspetti fondamentali, vi è da chiedersi se vi sarebbe "coerenza" e "ragionevolezza" tra ciò che avanzerebbe e la proclamata assicurazione dei diritti (o interessi) del concepito (sia "soggetto" coinvolto o meno) e anche tra la sia pur "minima" tutela costituzionale e quanto sarebbe consentito malgrado la legge. Non basta alla tutela ciò che è ammesso, se cade ciò che è vietato e che dovrebbe essere vietato per il raggiungimento dell'intento legislativo».

[12] V. anche la Relazione introduttiva di Oppo.

[13] Chieffi G., Riflessioni di un biologo sulla l. 40/2004, in Fecondazione assistita, cit.: «Il divieto al ricorso alla P.M.A. mediante fecondazione eterologa trova giustificazione per gli aspetti negativi di natura biologica, psicologica e giuridica. In particolare, l’anonimato del donatore di gameti ha sollevato problemi di ordine sanitario. La conoscibilità del donatore di gameti è ritenuta necessaria anche per assicurare al nascituro il diritto a conoscere le proprie origini biologiche a fini diagnostici e terapeutici. Dal punto di vista psicologico, per limitarci alla coppia, ne consegue il pericolo della scissione tra paternità-maternità dalla genitorialità. Tale frattura può causare una ferita talmente grave che non può essere sanata da qualsivoglia soluzione proposta. Lo stesso famoso Rapporto Warnock, redatto nel 1984 dalla Commissione di indagine sulla fecondazione e l’embriologia, istituita dal governo britannico allo scopo di regolare la ricerca sull’embrione, afferma: “Non v’è dubbio che per alcuni la procreazione assistita eterologa resterà sempre (eticamente) inaccettabile”».

[14] Barbera A., La procreazione medicalmente assistita, in Fecondazione assistita, cit. p. 341 ss. « ... non vedo ragioni per difendere il ricorso alla fecondazione eterologa. Prima ho posto domande a chi intende difendere parti della legge su cui sarebbe possibile una maggiore apertura, adesso pongo cinque domande a chi intende superare il divieto di forme di fecondazione eterologa (divieto sanzionato per gli operatori ma privo di sanzione per la coppia che vi ricorra):

1) è conforme a Costituzione che sia sovvertita dalla stessa legge e dal conseguente intervento pubblico regolatorio la concezione della famiglia come “società naturale”, creando una scissione fra maternità o paternità naturale e maternità o paternità legale?

Questo avviene con l'adozione, ma essa rimedia un male non lo crea; ha la funzione primaria di trovare i genitori per un minore non un figlio per coppie desiderose di genitorialità. E del resto l'adozione e l'affidamento familiare, che sono istituti disciplinati nell'interesse preminente del minore, non possono essere considerati un'alternativa (l'errore lo fa la stessa legge all'art.6, comma1) alla fecondazione medicalmente assistita, disciplinata, invece, nell'interesse della coppia.

2) il divieto di fecondazione assistita di tipo eterologo viola un diritto dei coniugi, costituzionalmente garantito, alla procreazione con ogni mezzo?

Non riesco a vedere quale fondamento costituzionale possa avere tale diritto. Non si può ritenere ricompreso, come pure si dice da qualche parte, nel diritto alla salute. La sterilità è indubbiamente una patologia e l'art. 32 della Costituzione può fondare un diritto alla cura ma tale diritto non implica che si ponga rimedio con ogni mezzo (diverso dalla cura) agli effetti della patologia stessa. Né tanto meno può invocarsi un generico e vago "diritto di libertà", non previsto dai principi costituzionali.

3) il divieto assoluto di conoscere il frutto della propria "donazione" è conforme al diritto del padre (o della madre nel caso di maternità surrogata) a mantenere legami con il proprio figlio o la propria figlia? La Costituzione dice che è diritto dei genitori di avere cura dei figli (art. 30), nel caso in cui la legge dovesse consentire la fecondazione eterologa si consentirebbe invece al padre (o alla madre veicolante) di generare un figlio con il vincolo di scordarsene per sempre.

Il donatore di gameti è escluso da ogni relazione giuridica parentale allorché si tratti di una coppia che ha fatto ricorso a tecniche di fecondazione eterologa ma è ragionevole mantenere tale divieto anche allorché si tratta di fecondazione (avvenuta nonostante il divieto della legge) su donna non coniugata o non convivente?

4) esiste un diritto del figlio a conoscere i propri ascendenti biologici? Si tenga presente che tale diritto alla conoscenza può essere legato, date le moderne tecnologie biomediche, allo stesso diritto alla salute, essendo necessario conoscere la propria ascendenza biologica nel caso di trapianti o per la prevenzione e cura di malattie genetiche.

A me pare che potrebbe, infatti, individuarsi un diritto di ogni persona a conoscere la propria ascendenza origini biologica come parte del più generale "diritto all'identità della persona" riconosciuto in base all'art. 2 della Costituzione. In dottrina c'è chi lo afferma anche sulla base dell'art. 30, quarto comma, della Costituzione laddove impegna la Repubblica a dettare norme per la ricerca della paternità (Ida Nicotra, in Quaderni costituzionali 2002) e chi lo nega (Elisabetta Lamarque, in Quaderni costituzionali 2003) sulla base della stessa norma che prevede anche "limiti" a tale ricerca. Sta di fatto che questo divieto già presente nei Paesi che da tempo consentono la fecondazione eterologa è in via di attenuazione (Regno Unito, Svezia, Spagna, Francia) proprio per il

diffondersi delle tecniche di cura legate alla anamnesi familiare di malattie genetiche.

Se tale diritto a conoscere la propria identità e ascendenza biologica (non alla coincidenza fra paternità biologica e paternità legale perché non può esistere un astratto diritto soggettivo di un soggetto inesistente) dovesse essere riconosciuto potrebbe essere consentita l'applicazione dell'art. 244 del Codice civile, e riconosciuta al figlio l'azione di disconoscimento della paternità entro "un anno dalla maggiore età o dal momento in cui viene successivamente a conoscenza dei fatti che rendono ammissibile il disconoscimento"? La risposta dovrebbe essere negativa ma sapendo che si tratterebbe di una eccezione a un principio. Da ricordare in proposito che la sentenza 494/2002 della Corte costituzionale ha affermato che "esiste il diritto del figlio, ove non ricorrano costringenti ragioni contrarie nel suo stesso interesse, al riconoscimento formale di un proprio status filiationis, un diritto che ... è elemento costitutivo dell'identità personale, protetta, oltre che dagli articoli 7 e 8 della ... Convenzione sui diritti del fanciullo (New York 20 novembre 1989), dall'art. 2 della Costituzione". Nel caso di specie si trattava di riconoscere ai figli nati da relazioni incestuose il diritto di richiedere la dichiarazione giudiziale della paternità e della maternità naturali e le relative indagini superando il divieto di cui all'art. 278, comma 1, del Codice civile.

5) siamo sicuri che le tecniche di fecondazione eterologa non portano a forme di selezione eugenetica ?

L'esperienza di altri Paesi non è incoraggiante: di "donatori" ne esistono ben pochi (e chi può donare il proprio seme a coppie che non conosce sapendo di non potere mai conoscere il frutto del proprio dono?); che si tratta spesso di "datori" a pagamento; che il seme dello stesso "datore" è utilizzato per provvedere a inseminazioni plurime, senza alcun limite e che, infine, la coppia che ricorre a tale tecnica è naturalmente portata a conoscere le caratteristiche genetiche (e perché no?) somatiche e intellettive del "donatore".

Ho dubbi sulla armonia con i principi costituzionali della fecondazione eterologa, ma non mi sento di dire che essa, se questa dovesse essere la scelta del legislatore referendario, risulterebbe sempre contraria alla Costituzione».

[15] Eusebi L., Lo statuto dell'embrione, il problema eugenetico, i criteri della generazione umana: profili giuridici, in *La Fecondazione assistita*, cit., p. 158 ss: «Del resto sarebbe strano che proprio in un'epoca nella quale come non mai si dà rilievo al valore della conoscenza scientifica, che è mera lettura delle realtà esistente e delle sue leggi, non istituite da scelte umane (sarebbe ridicolo solo porre l'interrogativo se possa essersi d'accordo, poniamo, col sussistere della legge di gravità), si giunga a ritenere che, invece, sul piano etico o antropologico non vi sia proprio nulla da riconoscere come corrispondente all'essere dell'uomo. Il che non può non valere anche con riguardo al procreare.

In quest'ottica anche la fecondazione in vitro c.d. eterologa appare non conforme a caratteristiche fondamentali della generazione umana: a differenza del concepimento naturale (e a differenza, per questi aspetti, della stessa fivet c.d. omologa), con la fivet eterologa viene meno, infatti, il configurarsi della procreazione quale evento interno alla relazionalità fra due individui di sesso diverso, dipendendo in essa la procreazione dall'apporto genetico di un soggetto terzo che biologicamente è genitore, pur restando estraneo a qualsivoglia relazionalità con l'altro genitore biologico (egli trae gameti dal suo corpo rendendoli utilizzabili senza essere coinvolto in alcuna relazione). Tale apporto, in altre parole, realizza un'ingerenza in un aspetto tipico del matrimonio o comunque della relazione di coppia, così che l'atto generativo, nell'ipotesi di cui discutiamo, viene per sé a prescindere dal matrimonio medesimo o dalla suddetta relazione (non a caso la fivet eterologa è tecnicamente utilizzabile anche in assenza di una coppia).

Una situazione, quella della fivet eterologa, che ovviamente non è affatto assimilabile all'adozione, posto che l'adozione non ha alcun rapporto col pregresso atto generativo, bensì offre rimedio a una frattura dei legami familiari naturali (i genitori biologici non hanno affatto agito come donatori rispetto ai futuri genitori adottivi, ma hanno generato nell'ambito di una loro relazionalità) ...

Come resta altresì il fatto di fondo pur non in discussione nel dibattito legislativo, e che ugualmente rimanda ai requisiti di una generazione conforme all'essere dell'uomo, per cui in qualsiasi versione della fecondazione in vitro la modalità generativa non è comunque realizzata dalla coppia, bensì dall'atto di un terzo, nel solco di una sessualità tendente a risultare sempre più vicariata, senza che di ciò si considerino, ordinariamente, le molteplici ripercussioni (ad esempio, sulla stessa dimensione relazionale). Infine, ci si deve porre l'interrogativo sul tipo di relazione e di impegni che l'ordinamento giuridico sia tenuto a esigere nel momento in cui offra accesso, e cooperazione istituzionale, a una tecnica procreativa: non si dimentichi che la configurazione, in Italia, di un avanzato diritto di famiglia, fondato sul matrimonio, rappresentò pochi decenni orsono una rilevante conquista civile finalizzata alla tutela delle posizioni più deboli ... Il terzo nodo rimanda all'esigenza, resa necessaria dalla praticabilità della fecondazione in vitro, di riflettere anche dal punto di vista giuridico sui criteri che debbano ritenersi ineludibili per una generazione umana, quale atto personale-relazionale e non puramente tecnico, consistente nell'unione di gameti (in futuro, lo si è già evidenziato, potrebbe aversi addirittura una gestione totalmente impersonale della generazione medesima, ove si rendesse praticabile la gravidanza artificiale, vietata, peraltro, dalla legge n. 40). In particolare, il contestato divieto della fecondazione in vitro c.d. eterologa deriva, come più sopra s'è visto, dal fatto che in essa la procreazione non è un fatto interno alla coppia, ma dipende dall'apporto genetico di un soggetto terzo. Inoltre, nella «eterologa» la coppia che vuole generare viene a trovarsi in una

posizione non paritaria: solo uno dei due soggetti, infatti, è genitore anche biologico» ... « Il desiderio di avere figli sani è, ovviamente, cosa buona, ma non può giustificare qualsivoglia modalità di risposta, né può essere utilizzato per avallare l'assunto, mai in precedenza accolto dall'ordinamento giuridico, secondo cui il riconoscimento dei diritti fondamentali di un individuo sarebbe suscettibile di dipendere dal giudizio sulle sue caratteristiche fisiche».

[16] Violini L., Tra scienza e diritto: i nodi irrisolti della fecondazione medicalmente assistita, in *Fecondazione assistita*, cit., p. 459 e ss.

[17] Nicolussi A., Fecondazione eterologa e diritto di conoscere la propria origine per una analisi giuridica di una possibilità tecnica, nella *Rivista dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, disponibile su Internet all'indirizzo www.rivistaaic.it, pubblicato nel sito il 21 febbraio 2012.

[18] Modugno F., La Fecondazione assistita alla luce dei principi e della giurisprudenza costituzionale, in *Fecondazione assistita*, cit., p. 235 ss.: «La tesi, secondo la quale la legge n. 40 sarebbe costituzionalmente necessaria, muove dall'assunto (suggerito dalla stessa Corte costituzionale nella sent. n. 347 del 1998) che essa avrebbe colmato il vuoto legislativo sul fenomeno ormai affermatosi della procreazione medicalmente assistita. Ma, nel colmare il vuoto, essa si presenterebbe in particolare come legge di attuazione e svolgimento della Costituzione, in quanto concreta, sia pure contingente, esplicitazione-composizione di valori costituzionali primari, quali per es. il diritto alla vita, la legittima aspettativa di avere un figlio, la protezione del nato, diritti che, senza disciplina legislativa, potrebbero entrare in insanabile conflitto. Se così fosse, se si trattasse cioè di una regolamentazione minima, la legge potrebbe ritenersi, secondo una nota formula giurisprudenziale, "a contenuto costituzionalmente vincolato", come tale, non abrogabile, nella sua totalità».

[19] Chieppa R., *Conclusioni*, cit.

[20] La Corte Costituzionale richiama, nella medesima sentenza n. 45 del 2005, analoghe finalità di bilanciamento e di tutela affermate a livello internazionale dalla Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997 e del relativo Protocollo addizionale stipulato a Parigi il 12 gennaio 1998, sul divieto di clonazione di esseri umani, sottoscritti anche dalla Comunità europea, di cui alla autorizzazione alla ratifica e alla determinazione di esecuzione con legge 28 marzo 2001, n. 145. La Corte richiama anche alcuni contenuti dell'art. 3 (Diritto all'integrità della persona) della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in tema di consenso libero ed informato della persona interessata, di divieto di pratiche eugenetiche, di divieto di clonazione riproduttiva di esseri umani.

[21] V. anche la Relazione di Oppo, cit., nella Postilla.

[22] V. Modugno F., La Fecondazione assistita alla luce dei principi e della giurisprudenza costituzionale, cit. Invece la comunicazione del prof. Cariola, in *Fecondazione assistita*, cit., contiene una critica,

peraltro smentita dalla valutazione della Corte costituzionale con sent. n. 45; in senso adesivo alla predetta sentenza v. la Comunicazione di Razzano G., *La legge sulla procreazione medicalmente assistita incostituzionale o costituzionalmente necessaria?*, in *Fecondazione assistita*, cit., p. 491 ss..

[23] Modugno F., *La fecondazione assistita alla luce dei principi e della giurisprudenza costituzionale*, cit.: «Non sembra però che tale diritto a procreare, pur dotato, come ho prima ricordato, di tutela costituzionale, almeno secondo buona parte della dottrina, possa assumere necessariamente il carattere di un diritto individuale, del singolo cioè, fuori e indipendentemente dalla coppia (gli stessi riferimenti agli artt. 29 e 31 Cost. sembrano chiaramente presupporre una famiglia, una formazione sociale; l'art. 31 parla bensì di maternità, ma per proteggerla, non per agevolarla).

Da questo punto di vista, la discrezionalità del legislatore, libero certamente di garantire una tutela giuridica anche alla procreazione extrafamiliare, ma non certo costituzionalmente obbligato in tal senso, si è orientata non certo arbitrariamente ad “estendere la tutela del diritto alla procreazione anche a quella artificiale, purché questa sia a imitazione di quella naturale, e purché si svolga nelle condizioni di stabilità familiare auspiccate dalla Costituzione”.

Non sembra perciò che il diritto alla procreazione artificiale, inteso in senso ampio come diritto individuale, possa, nel bilanciamento con diritti del nascituro (es. diritto ad una famiglia possibilmente con coppia genitoriale) necessariamente prevalere. La soluzione legislativa non può ritenersi irragionevole».

Modugno aggiunge: «Ma, se il divieto di ricorrere alla P.M.A. per i soggetti infertili o infecondi diversi dalle coppie sposate o conviventi in età riproduttiva può ritenersi costituzionalmente legittimo, vi è un altro divieto che ha suscitato più seri dubbi di costituzionalità: quello di ricorrere alla P.M.A. di tipo eterologo, sia in linea maschile, sia in linea femminile, sia in linea bilaterale, ossia per le coppie che debbono avvalersi della donazione di un gamete (o di entrambi) da parte di soggetti estranei, una pratica ampiamente praticata - e socialmente acquisita - prima della legge de qua. La maggiore gravità dei problemi riproduttivi di (uno almeno dei componenti la) coppia, costituisce impedimento al ricorso alla P.M.A. Ne risulterebbero violati sia il principio di eguaglianza, sia il diritto alla procreazione e persino il diritto alla salute (se la P.M.A. si faccia rientrare tra le terapie).

A favore del divieto milita però la concezione strettamente biologica della filiazione, quale atto possibile solo all'interno della coppia, alla quale suole opporsi peraltro l'istituto dell'adozione legittimante che invece parifica pienamente il figlio adottato ai figli naturali della coppia, consentendo alle relazioni affettive e all'assunzione di responsabilità di prevalere sul dato biologico²³. D'altra parte, un'apertura alla fecondazione di tipo eterologo era rinvenibile anche nella giurisprudenza anteriore alla l. n. 40: sia la Corte costituzionale, sia la

Cassazione avevano escluso l'applicabilità dell'azione di disconoscimento della paternità (ex art. 235 c.c.) nei casi di fecondazione eterologa.

Gli argomenti contro la legittimità del divieto sono, in particolare, il contrasto con la libertà personale (in senso ampio) e con il diritto alla procreazione (non consentendo ad una coppia di avere figli in Italia nel caso in cui uno dei due coniugi sia irrimediabilmente sterile).

È stato, tra l'altro, sostenuto il contrasto di tale divieto con il principio di uguaglianza e di ragionevolezza (in quanto discriminerebbe irragionevolmente tra categorie di cittadini, consentendo solo ad alcuni, i più benestanti, di ricorrere a questa tecnica, mediante l'utilizzo di strutture di altri paesi dell'U.E. e extraeuropei: c.d. turismo procreativo) e, più specificamente, con il principio di parità dei cittadini comunitari (art. 12 T.C.E. che vieta discriminazioni in base alla nazionalità): sotto quest'ultimo profilo i cittadini italiani risulterebbero penalizzati rispetto ai cittadini di altri Stati comunitari, la cui legislazione prevede regole meno rigide per la P.M.A. (si pensi alle discipline molto più liberali di Spagna e Regno Unito).

Si è parlato a tal proposito di una c.d. "discriminazione a rovescio", riprendendo una espressione che deriva dall'elaborazione giurisprudenziale americana e che è stata, recentemente, fatta propria dalla Corte costituzionale italiana in ambito comunitario; un simile caso violerebbe il principio secondo cui l'appartenenza dei cittadini ad uno dei diversi ordinamenti nazionali non deve comportare svantaggi e pregiudicare l'applicazione dei principi comuni; temo, tuttavia, che, su tale opinione, non si possa concordare per più di una ragione; dobbiamo perciò aprire una breve parentesi per discuterne.

In primo luogo, molto semplicemente, nel caso di specie non è corretto parlare di "discriminazione a rovescio"; in secondo luogo, ho qualche dubbio persino sul fatto che si possa vantare una lesione del principio di eguaglianza tout court.

Per quel che riguarda l'uso (o l'abuso?) del termine "discriminazione a rovescio": l'essenza di tale fattispecie è rappresentata dal verificarsi di una sperequazione giuridica come risultato riflesso di un provvedimento che non è in sé discriminatorio, ma che anzi (almeno nell'originale vicenda americana) tenta di eliminare una sperequazione fattuale. Abbiamo, quindi, almeno due posizioni: una che gode di un beneficio ed un'altra che è discriminata per l'unica ragione di non accedere a quel beneficio; pertanto, la vicenda discriminatoria, non è innescata da un provvedimento in sé limitativo, ma, al contrario, da un provvedimento che, in sé considerato, è accrescitivo.

Così nell'esperienza americana Mr. De Funis si considerò discriminato perché, pur appartenendo ad una minoranza (nella fattispecie quella ebraica) non poteva godere, nelle selezioni per l'accesso alla Law School dell'Università di Washington, del trattamento preferenziale che veniva riconosciuto ad altre minoranze (quali quella afroamericana, filippina, messicana, indiana). In una vicenda italiana, relativamente recente, i

pastifici nazionali si considerarono discriminati perché le norme interne di produzione erano più severe di quelle comunitarie e, sempre in forza del diritto comunitario, era preclusa ogni misura protezionistica che limitasse la circolazione dei prodotti stranieri nel mercato italiano; è chiaro che, anche, in questo caso la discriminazione non deriva direttamente dalla normazione restrittiva, ma in maniera riflessa (sarei, perciò, portato a parlare di “discriminazione riflessa” più che di “discriminazione al contrario”), da quella più favorevole cui un soggetto (o una categoria di soggetti) non può accedere. Non furono i consueti standard previsti dalla Washinton Law School ad innescare la discriminazione nei confronti di De Funis, ma gli standard più favorevoli che erano previsti per altre minoranze; nello stesso modo nel caso italiano, non fu il diritto interno (restrittivo) a provocare la discriminazione nei confronti dei pastifici nazionali, ma fu l’effetto riflesso (Reflexwirkung, per dirla à la Gerber) che “l’applicazione del diritto comunitario” (più favorevole, se considerato immediatamente) era “susceptibile di provocare”.

Ora nel caso di specie non vi è alcuna norma di carattere favorevole che induca una “discriminazione a rovescio” nell’ordinamento italiano (mancando sul punto una normativa europea); vi è, semplicemente una situazione di fatto che contempla un’eterogeneità di discipline in un ambito che non solo è europeo (nemmeno latamente inteso), ma addirittura mondiale.

E questo ci conduce al secondo tipo di perplessità: è, infatti, piuttosto dubitabile persino che la suddetta situazione comporti una “consueta” lesione del principio di eguaglianza: tale principio va, infatti, valutato endosistemicamente; cioè alla luce di un unico sistema normativo e assiologico (o di due sistemi normativi collegati, come nella relazione tra ordinamento interno e comunitario).

Ma, in questo caso, non vi è alcun sistema normativo comune: il fatto che esista una differenza tra la normativa italiana e le molteplici normative mondiali, è, appunto, solo questo: un fatto che, in quanto assolutamente estraneo al sistema normativo, l’ordinamento non può tenere in considerazione; a meno che non si pretenda che il Parlamento legiferi sempre in conformità alla situazione mondiale (e quale poi?) – che, tra l’altro, non può certo essere omogenea, bensì sempre disomogenea – eliminando, per esempio, la tassazione su tabacchi e medicine perché nello spazio della Città del Vaticano costano meno, ammettendo l’uso di droghe leggere perché in Olanda è consentito, sancendo norme più permissive sulla prostituzione perché in Thailandia è agevole il turismo sessuale. Per questo non sembra possibile ragionare in termini di discriminazione, sia essa “diritta” o “a rovescio”.

Chiusa questa parentesi, torniamo all’argomento centrale di queste pagine per segnalare infine che una contraddizione interna sembra emergere dalla stessa legge n. 40, la quale prima vieta la fecondazione di tipo eterologo (art. 4, 3°), predisponendo altresì per la violazione del divieto una sanzione amministrativa piuttosto seria (art. 12, 1°), e poi

disciplina le conseguenze discendenti dalla violazione del divieto, con riguardo allo status del figlio e alle facoltà dei soggetti coinvolti (art. 9), quasi supponendo che la violazione del divieto costituisca un evento normalmente ricorrente e non già un'eccezione.

A tutti questi argomenti si è cercato di rispondere. Contro l'argomento secondo il quale il divieto di procreazione eterologa escluderebbe uomini e donne dall'accesso ad un trattamento sanitario in violazione del diritto alla salute, va rilevato che la P.M.A. non è sicuramente un vero e proprio trattamento sanitario, perché la sterilità o infertilità non è una malattia vera e propria e, se lo fosse, sarebbe curabile con trattamenti sanitari appropriati che la legge considera primariamente, prima cioè di ricorrere alla P.M.A., che è piuttosto un modo di "sostegno alla coppia" anche se - è opportuno rilevarlo - l'art. 1, 2° della legge parla di "ricorso alla P.M.A." consentito "qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità". Ma un errore definitorio del legislatore non inficia il fatto che il ricorso alla P.M.A. non è propriamente una terapia (non rende fertili in alcun modo soggetti sterili o infertili!). E se la P.M.A. non è oggettivamente idonea (a fortiori se eterologa) ad eliminare le cause di infertilità o sterilità, non è né irragionevole e neppure contrastante con il diritto alla salute il divieto de quo.

Ma il divieto contrasta con il diritto alla procreazione? Se il legislatore consentisse l'eterologa, permetterebbe di aggirare gli impedimenti naturali alla procreazione. Ma - si oppone - mentre la fecondazione omologa (salvo che per il momento iniziale del concepimento) "assicura al nascituro un contesto familiare pressoché identico al nato da procreazione naturale", l'eterologa invece non lo consente, per cui, a difesa del relativo divieto, e alla giustificazione della disparità di trattamento tra coppie stabili eterosessuali che pur ne consegue, possono essere addotti due argomenti: a) la garanzia per il concepito di "un quadro parentale non frammentario, che assicuri la coincidenza tra dimensione biologica e quella socio-affettiva della genitorialità" e b) "il fine di assicurare un'identità biologica certa al nato, che si concreti nella conoscibilità del patrimonio genetico dei genitori", (mentre viceversa l'eterologa si accompagna di norma all'anonimato del donatore). E, sempre a favore del divieto dell'eterologa, si potrebbe dire che l'identità biologica certa del nato sia un "risvolto strumentale del diritto alla salute, sia nella sua dimensione individuale - in vista della cura di eventuali malattie congenite - sia nella sua dimensione collettiva - dato il <concomitante e fondamentale interesse della collettività, ex art. 32 Cost., a conoscere l'autentica discendenza genetica dei propri membri allo scopo di prevenire i rischi per la sanità pubblica derivati o dalla trasmissione ereditaria di patologie contagiose o dalle commistioni sessuali tra persone ignare di essere sostanzialmente consanguinee, che sono geneticamente pericolose>".

Non sono certo mancate controrepliche alle risposte agli argomenti contrari al divieto di fecondazione eterologa.

Sulla garanzia per il concepito di un quadro parentale non frammentario, si è opposto per es. dalla Relazione di minoranza in Parlamento (n. 1514 A ter) che, nell'ampia popolazione dei nati da fecondazione eterologa, nessuna ricerca ha messo in evidenza danni o problemi rilevanti (fisiologici o psicologici) a carico dei medesimi. Sulla identità biologica certa, già prima della legge, era possibile che il soggetto nato da materiale genetico donato o i suoi legali rappresentanti avrebbero potuto ricorrere al giudice, nel caso di insorgere di un problema di tipo sanitario, per conoscere i dati sanitari o persino i dati anagrafici del donatore (superando la prescrizione di "anonimato").

Secondo i critici del divieto, vi è poi da rilevare che esso non risolve i problemi, se mai li aggrava, spingendo verso procreazioni naturali c.d. pilotate o comunque occasionali, verso il c.d. turismo procreativo, fino addirittura a minare alla base l'unità di famiglie, in cui la madre sia sterile o infertile, ma decisa ad avere un figlio. Argomenti seri certamente, ma di pratica opportunità, rilasciati alla ragionevole decisione del legislatore che avrebbe potuto scegliere la soluzione favorevole all'eterologa, senza incorrere, a me pare, a censure di incostituzionalità. Ma anche il divieto dell'eterologa è decisione altrettanto non irragionevole ed anzi conforme al "principio costituzionale vigente della verità biologica del rapporto di filiazione, che impone la tendenziale coincidenza tra paternità-maternità legale e paternità-maternità naturale".

L'obiezione, secondo la quale la coincidenza tra genitorialità legale e genitorialità naturale è positivamente esclusa dall'esistenza stessa dell'istituto dell'adozione, prova troppo, perché l'adozione presuppone l'esistenza in vita dell'adottando e l'interesse rilevante, oltre che della famiglia che chiede l'adozione, del minore stesso che è in stato di abbandono. Efficacemente la differenza radicale tra P.M.A. ed adozione è colta da chi pur è decisamente favorevole alla procreazione artificiale, il quale ha precisato che "l'adozione non serve per dare un figlio ad una coppia, ma per dare dei genitori ad una bambina o ad un bambino che ne è privo. Ciò significa che l'adozione rispondendo in modo assolutamente prevalente alle esigenze del bambino prescinde dal soddisfacimento del desiderio del figlio di molte coppie. Invece la procreazione artificiale serve a dare un figlio che non c'è ancora ad una coppia (o singolo) che intenda realizzare le proprie aspirazioni genitoriali".

Infine anche la tutela dei nati in violazione del divieto di procreazione eterologa (capo III della legge) può riguardarsi non già propriamente come una contraddizione interna alla legge, bensì come un estremo rimedio al fine di assicurare comunque al figlio la certezza dello status, impedendo che padre o madre biologici possano, in caso di fecondazione eterologa, avanzare pretese nei confronti del nato.

La prevalenza è assicurata al padre che ha dato il consenso all'inseminazione della donna e alla madre gestante. Le obiezioni, che

pure è possibile muovere (e che sono state mosse) a queste scelte del legislatore, non sembrano però tali da renderle irrimediabilmente irragionevoli e incostituzionali».

[24] Elia L., Che cosa è la libertà?, in Enciclopedia multimediale delle scienze filosofiche, Rai Educational, Intervista nel Liceo classico Plauto di Roma, in www.filosofia.rai, Il Grillo 25 febbraio 1999. Segue la domanda dello studente e la risposta:

Studente: Da giorni stiamo assistendo alla discussione, in Parlamento e sulle principali testate giornalistiche, sul problema della “fecondazione assistita”, cui fa da sfondo una nuova ricerca di libertà da parte dei singles, o dei conviventi; la libertà di poter disporre della possibilità di ricorrere a questo metodo di procreazione. Lo Stato, in un certo senso, lo vieta, poiché ha concesso la possibilità della fecondazione assistita solo alle coppie unite in matrimonio o alle coppie cosiddette “di fatto”. Lei che posizione assume in merito?

Elia: Questo è un grosso problema. Oggi esiste una sfera di questo tipo di questioni assolutamente non disciplinata dalla legge. Oggi, in pratica, si sta ancora discutendo di elaborare una legge il più possibile completa, in quanto non esisteva, (prima del pronunciamento del Parlamento in materia, N.d.A.) alcuna disciplina su questo ambito delicatissimo. Quindi esisteva una sfera di liceità estremamente ampia. Lo Stato vorrebbe intervenire per impedire che si verificassero fenomeni di portata abnorme, costituiti, ad esempio, da casi di maternità ottenuta in donne di età troppo avanzata. Lo Stato vorrebbe che i figli nati da questo metodo di fecondazione, godessero, sostanzialmente, degli stessi sostegni e degli stessi diritti di cui oggi dovrebbe godere un figlio concepito nel matrimonio o, volendo tirare in ballo coloro che fanno attualmente propria una concezione della famiglia attualmente rifiutata dalla Costituzione vigente, (la quale protegge soprattutto la famiglia fondata sul matrimonio, concezione che, di per sé, non esclude la possibilità di intervenire in qualche caso a favore anche della cosiddetta famiglia di fatto) per meglio dire, tende ad attribuire una naturalità “legale” in qualche modo, a questi fenomeni resi accessibili dalle nuove tecnologie, di modo che un figlio, che nascerà da questa fecondazione assistita, abbia (possibilmente) il sostegno di un genitore maschio e di una madre, in modo da riprodurre il più possibile i rapporti che tradizionalmente, ma anche naturalmente si producono. Il voto espresso recentemente a voto segreto dalla Camera sulla famiglia contro la procreazione assistita eterologa, dimostra che in Italia prevale, almeno per quanto riguarda il parere rappresentato dal voto della Camera dei Deputati, una concezione che tende a valorizzare di più la coppia naturale e non a favorire, rapporti esterni alla coppia.

[25] Abdelhamid H, Professore nella Facoltà di Giurisprudenza dell’Università Ain Chams, Il Cairo, La protezione della vita umana nella cultura giuridica musulmana (A proposito della procreazione artificiale e dell’ingegneria genetica), in Fecondazione assistita, cit., p. 31, testo tradotto: «l’inseminazione artificiale e la fecondazione in vitro. La

persona umana è “procreata”. Essa non è né “prodotta” né “riprodotta”. Il termine “procreazione” indica che ogni persona che viene al mondo comporta, in una certa maniera, una nuova creazione. Questo significato è molto chiaro nei testi coranici [(Egli vi ha creati nel ventre delle vostre madri: creazione dopo creazione in tre tenebre. Questo è Dio, vostro Signore...)] (Sura 36, 6)].

C'è dunque una maniera umana di venire al mondo, che è l'unione amorosa allo stesso tempo spirituale e corporea dei genitori. Ciò spiega la difficoltà che si ha nell'immaginare che un uomo possa essere il risultato di un essere di laboratorio (homo fabricatus).

Tuttavia, questo fenomeno è possibile fin dal 1978. Attraverso la fecondazione in vitro i bio-medici possono ormai concepire degli embrioni umani nei loro laboratori. Certamente, l'embrione è normalmente trasferito nell'utero entro le ventiquattro o quarantotto ore che seguono il suo concepimento, a meno che esso non venga congelato. Ma ciò non toglie che l'atto con il quale esso arriva ad esistere è l'atto di un tecnico.

E' per questo motivo che la controversia esistente tra i giuristi musulmani contemporanei è molto accesa. Alcuni sono favorevoli ed altri contrari. E c'è una fatwa data dall'istituto della dottrina islamica della Mekka.

L'opinione dei più è quella di coloro che sono contrari. Quest'opinione si basa sui problemi morali e religiosi che possono risultare da questa pratica e che non potranno essere controllati. Secondo loro, anche questa pratica è contro gli obiettivi divini del matrimonio:

- Questo modo di procreare è diverso da quello naturale indicato da Dio.
- Questo modo di procreare comporta parecchi pericoli: l'errore che può aver luogo durante lo stoccaggio nei laboratori. E' possibile dare uno sperma diverso da quello del marito; è possibile dare un embrione (ovulo fecondato) al posto di quello giusto. In questi casi, si cade nell'interdetto legale che avrà come risultato, il miscuglio delle filiazioni.
- Ci può essere malafede: l'uomo potrà avere l'ovulo di un'altra donna o la donna potrà avere lo sperma di un altro uomo.
- Se l'inseminazione comincia nei laboratori tra il marito e la moglie, questa maniera può diventare, a poco a poco, commerciale. Per questi laboratori può diventare un atto molto redditizio. Inoltre, si tratta di un lavoro di grande specializzazione che può essere fatto solo da esperti. La frode è dunque probabile, come è possibile la creazione di banche dello sperma, il che è accaduto nei paesi occidentali.
- Nessuno può conoscere il futuro comportamento di questo bambino fabbricato, ma tutti noi sappiamo con certezza che, nelle nostre società orientali, questi bambini saranno sospettati e rifiutati.

Per quanto riguarda l'opinione di coloro che sono per l'inseminazione artificiale e per la fecondazione in vitro, bisogna sapere che essi non accettano questa tecnica in modo assoluto. Essi pongono delle condizioni precise per l'autorizzazione di questa pratica. Secondo loro, si tratta di un metodo terapeutico ed è necessario che i musulmani siano

molto prudenti per evitare il miscuglio delle filiazioni. Secondo questa opinione, le condizioni più importanti sono le seguenti:

- L'ovulo deve essere fecondato con lo sperma del marito:
- La fecondazione deve essere fatta quando il marito è in vita e non dopo la sua morte, perché il marito, nel momento in cui muore diventa un estraneo nei riguardi di sua moglie. E' vietata dunque la fecondazione dell'ovulo della sua ex-moglie con il suo sperma.
- I medici e l'équipe di assistenti debbono essere musulmani e conosciuti per la loro onestà. Dunque il medico non musulmano non è autorizzato a fare la procreazione artificiale per una coppia musulmana.
- Bisogna avere un consenso esplicito da parte della coppia

Secondo questa opinione, se non autorizziamo questo metodo terapeutico nel mondo musulmano, le coppie si rivolgeranno ai paesi occidentali e ciò comporterà più pericoli per quanto riguarda la mescolanza delle filiazioni.

Infatti, la più importante fatwa a proposito di questo argomento nel mondo musulmano, è quella dell'Istituto della dottrina musulmana della Mekka, in quanto essa è ripresa da tutte le istituzioni e dai giureconsulti musulmani.

Secondo questa fatwa:

- Viene autorizzata l'inseminazione artificiale con lo sperma del marito e all'interno dell'utero della moglie in vista della procreazione.
- La fecondazione in vitro tra l'ovulo della sposa e lo sperma dello sposo che sarà trasferito nell'utero della sposa è legalmente accettabile. Ma essa non è del tutto corretta a causa delle circostanze artificiali che si possono verificare. Dunque bisogna utilizzarla solo nei casi di grande necessità e quando esistono le condizioni generali indicate nella seconda tesi

Costatiamo che l'accettabilità etica della fecondazione in vitro non è tanto semplice come talvolta appare. Essa solleva inoltre numerosi altri problemi come il congelamento di embrioni, il trasferimento di più embrioni, le ricerche sugli embrioni, l'utilizzo degli embrioni dopo la morte del marito, il ricorso a donatori di gameti e alla maternità per conto terzi. Ci sembra che questi numerosi problemi accessori siano rifiutati categoricamente dalla maggior parte dei giuristi musulmani contemporanei. Secondo loro, tutti i problemi nascono con l'autorizzazione al congelamento degli embrioni».

[26] V. diffusamente Fracanzani, Osservazioni in margine alla procreazione assistita mediante inseminazione eterologa, in questo volume.

[27] Per riferimenti v. l'ordinanza del Tribunale di Catania e per cenni critici sulla prima decisione della Corte Europea resa dalla Sezione I, smentita poi dalla decisione della Grande Chambre, v. Rocchi, Il divieto di fecondazione eterologa viola il diritto costituzionale alla salute? cit.

[28] Branca G., voce Adozione, Diritto romano, in Enciclopedia del Diritto, vol. I, Milano, Giuffrè, p. 579.

- [29] Contardo Ferrini, *Manuale di pandette*, 4^a ed. curata e integrata da Grosso G., Milano, Editrice libraria, 1953, p. 698.
- [30] Contardo Ferrini, op. cit., p. 694
- [31] Contardo Ferrini, op. cit., p. 697.
- [32] Serafini F., *Istituzioni di diritto romano*, Firenze, 1881, p. 332; Bonfante P., *Istituzioni di diritto romano*, 8^a ed., Milano, Vallardi, 1925 p. 144.
- [33] Contardo Ferrini, op. cit., p. 696.
- [34] Contardo Ferrini, op. cit., p. 695.
- [35] Contardo Ferrini, op. cit., p. 695; Vismara G., voce Adozione, *Diritto intermedio*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. I, cit., p. 583, n. 3, con particolare riguardo agli affratellamenti e alle affiliationes del genero e del cognato.
- [36] Arangio Ruiz V., *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, Iovine, 1984, p. 466.
- [37] Contardo Ferrini, op. cit., p. 696.
- [38] Contardo Ferrini, op. cit., p. 700.
- [39] Vismara, op. cit., p. 583.
- [40] Vismara, op. cit., p. 584.
- [41] Art. 300, secondo comma, c.c.

***Osservazioni in margine alla procreazione assistita mediante
inseminazione eterologa***

**di
Marcello M. Fracanzani**

*Relazione presentata al convegno "La fecondazione eterologa tra
Costituzione italiana e Convenzione europea dei diritti dell'uomo",
tenutosi il 2 aprile 2012 all'Università Europea di Roma.*

La questione che verrà presto alla cognizione della Corte costituzionale italiana riprende quanto già scrutinato con attenzione dalla CEDU nel caso S.H. ed altri contro Austria (caso 57813/00, sentenza della *Grande Chambre* in data 3 novembre 2011).

1. Molto è stato scritto sull'argomento con particolare riguardo al diritto di procreare quale completamento della vita di coppia, anche quando le condizioni fisiche di uno o di entrambi i *partners* non consentono la fertilità naturale. In questo senso, com'è noto, diversi Paesi, hanno adottato disposizioni che regolano la procedura sanitaria per intraprendere una fecondazione assistita, con o senza ricorso al materiale genetico altrui.

Parimenti noto, e genericamente accettato, il potere accordato dalla CEDU agli Stati contraenti di limitare i diritti fondamentali di cui agli articoli da 8 a 11 (ove si iscriverebbe anche quello che oggi ci occupa), in funzione di tutela delle esigenze indicate dalla stessa Convenzione e nella misura necessaria per una società democratica.

2. In quest'ambito si iscrive anche la legge 40/2004, con cui l'Italia ha disciplinato la materia, dopo lungo ed articolato dibattito ed una convocazione referendaria. Fino ad oggi tutti gli argomenti addotti per superare i limiti della disciplina nazionale sembrano circoscriversi all'interno dell'immotivata disparità di trattamento, secondo la formula che potremmo così riassumere: *"non si vede perché la coppia sterile che potrebbe avere un figlio con materiale genetico altrui debba essere discriminata rispetto alla coppia che potrebbe avere un figlio ricorrendo a materiale genetico proprio, impiantato con l'ausilio medico."* Su questo argomento si intessono una serie di varianti, le ultime delle quali, in ordine cronologico, appaiono bene esposte nell'ordinanza di rinvio alla Consulta originata dalla Corte d'Appello di Milano, più che in quelle dei giudici di Firenze o Catania. Vi si espone la violazione del parametro di costituzionalità di cui all'art. 117 Cost., l'impossibilità del recepimento automatico della Convenzione con disapplicazione della legge nazionale, per il limite dell'interpretazione abrogatrice che non è (ancora) consentita al giudice interno, donde la necessità di stimolare

l'intervento della Consulta, ma ancora una volta – fondamentalmente – sull'irragionevole disparità di trattamento tra coppie con diverso grado di aiuto che necessitano per procreare.

Per mere esigenze di brevità e chiarezza (comunque senza alcun fondamento medico, né tantomeno, con alcun significato dispregiativo), in prosieguo chiamerò “semisterile” la coppia che necessita di materiale genetico altrui, “infeconda” la coppia che con materiale genetico proprio, ma aiuto medico, potrebbe procreare un figlio.

3. A me sembra che in termini di stretto confronto fra coppie, la questione sia malposta. Ed in effetti, l'argomento della disparità di trattamento, irragionevole ed odiosa, fra la semisterile e l'infeconda, si presenta come assai suggestivo e ficcante. Ma non convincente.

Nella tutela dei diritti CEDU occorre fare riferimento al bilanciamento che la pretesa del riconoscimento del diritto di uno ha nei confronti della sfera giuridica di altri o della società. Solo in questi termini ha senso l'espressione “nella misura in cui sia necessario per una società democratica” con cui la Convenzione EDU prevede e consente il potere statale di limitazione ai diritti da essa stessa affermati.

Orbene, a me sembra che nel confronto fra le coppie siano stati dimenticati almeno due “convitati di pietra”: il donatore ed il figlio nato con materiale genetico altrui. Si tratta di posizioni giuridiche soggettive che debbono essere esaminate attentamente per vedere: 1) se il confronto fra coppia semisterile e coppia infeconda sia veramente fra termini omogenei e quindi corretto sotto il profilo logico prima che giuridico; 2) se il diritto reclamato dalla coppia semisterile sia lesivo di situazioni giuridiche altrui, tali da sconsigliarne il riconoscimento, secondo quanto previsto dalla stessa Convenzione.

In questo senso, già è stato affermato in più sedi (ed anche dalla CEDU nella sentenza sopra segnata) che la procreazione ad ogni costo non è un diritto, posto che non è essenziale né connaturale alla vita di coppia la procreazione, seppure conforme all'*id quod plaerumque accidit*. Ma occorre qui indagare su chi incide la pretesa di procreare, avanzata dalla coppia semisterile.

In primo luogo si deve guardare al donatore. Sostenuto dall'*animus donandi* egli fornisce il materiale genetico alla coppia semisterile e l'anonimato ne è il presupposto. Gli è inibita ogni ricerca del figlio venuto al mondo con quanto egli ha donato, tanto che la legge italiana 40/2004, all'articolo 9, dispone il riconoscimento come figlio naturale del nato con fecondazione eterologa in violazione della legge e vieta, specularmente, l'azione di disconoscimento di paternità, inibendo ogni ricerca di legame parentale con i genitori genetici. La circostanza che il legislatore interno si sia preoccupato di regolare il caso, denota la sua probabilità di accadimento, ponendo delle urgenti domande. Fino a che punto il donatore o i donatori sono legati all'*animus donandi* che ha sostenuto il loro primo atto? Dall'atto di liberalità sorgono veramente obbligazioni irreversibili? Anche di fronte allo stato di necessità in cui

versa o può versare il genitore genetico, deve restare sempre inibita la ricerca del legame parentale? Inibita fino anche a dover rinunciare da parte loro alla ricerca di quel figlio genetico a cui si potrebbe richiedere, per esempio, il trapianto di midollo che potrebbe salvar loro la vita? A me pare che l'anonimato del o dei genitori genetici non trovi una copertura giuridica forte tale da escludere una sua o loro intromissione nella nuova famiglia, a tutto discapito della coppia semisterile, che rischia di vedere incrinato e delegittimato il rapporto genitoriale con il (comunque) concepito, magari ormai nato e cresciuto.

4. Per converso, il procreato da coppia semisterile a seguito di fecondazione eterologa appare anch'egli titolare di diritti fundamentalissimi alla ricerca della propria identità e storia genetica, sia per necessità patrimoniali assistenziali, sia per superiori esigenze di salute che impongono di accertare la parentela genetica per prevenire o curare situazioni patologiche di cui la persona frutto di fecondazione eterologa sia o possa essere affetta.

Anche in questo caso vi sono esigenze di ricerca del legame parentale genetico che scalfiscono ed incrinano il rapporto genitoriale con la coppia semisterile, delegittimandone il ruolo. E ciò in disparte le rivendicazioni che il nato da fecondazione eterologa potrebbe muovere contro i genitori legali, aggravando magari i rapporti nel periodo adolescenziale e favorendo la pretesa di "una vita diversa". Così come ritengo di tenere in secondo piano altri casi, non improbabili, in cui la notorietà del figlio o del genitore genetico possono suscitare appetiti di mera convenienza patrimoniale a squarciare il velo che il legislatore pone a riparo delle situazioni giuridiche soggettive della coppia semisterile. Perché infatti, il reclamato diritto alla fecondazione eterologa richiede la compulsione di diritti fondamentali (alla propria identità, alla tutela della propria salute, all'assistenza) o meramente patrimoniali.

In conclusione - esclusa perché fuorviante l'indagine sull'obbligazione giuridica assunta dal medico - il confronto fra coppia infeconda e quella semisterile non è fra termini omogenei e quindi non è tale da poter essere assunto a valido scrutinio di una irragionevole disparità di trattamento. Infatti, a differenza di quanto accade nella coppia infeconda, l'affermazione del diritto della coppia semisterile alla procreazione (con materiale genetico altrui) coinvolge i diritti giuridici soggettivi di persone ad essa terzi (quali il donatore o i donatori ed il figlio) alla ricerca dei legami parentali, con tutti i profili morali, patrimoniali ed assistenziali che essa comporta. La sostanziale diversità quindi tra situazioni giuridiche coinvolte nella procreazione della coppia semisterile e di quella infeconda esclude in radice una disparità di trattamento: essendo sostanzialmente e giuridicamente diverse le premesse, logico che siano distinte le conseguenze, legittima quindi la diversa disciplina giuridica di trattamento che esclude la fecondazione

eterologa per quella semisterile, consentendo solo l'omologa per l'infecunda.

Preciso: non intendo qui proporre la graduazione dei diritti del concepito o del donatore, rispetto alla coppia semisterile che è ricorsa a fecondazione eterologa. Affermo solo che con tale tecnica sorgono rapporti giuridici rilevanti connessi alla ricerca del legame parentale genetico, di cui ho fatto solo alcuni esempi. A me basta attirare l'attenzione sulla circostanza che tali rapporti (fra i diritti della coppia alla procreazione e i diritti del concepito e dei genitori genetici) possano esserci nella coppia semisterile, per distinguere la sua pretesa alla procreazione da quella della coppia infecunda, che tali rapporti e tali relazioni non causa. E tanto mi basta per affermare come sia mal posta l'affermata disparità di trattamento fra la fecondazione omologa e l'eterologa rispetto al diritto proclamato dalla coppia: solo nella seconda (e non nella prima) l'affermazione del diritto coinvolge compulsiva e limita diritti fondamentali dei terzi. E tale condizione è necessaria e sufficiente, a mente della stessa Convenzione EDU (art. 8-11) per ritenere adeguata e ragionevole la previsione interna che limita un diritto fondamentale.

Riflessioni biomediche sulla fecondazione eterologa e sulla maternità surrogata

**di
Salvatore Mancuso**

Relazione presentata al convegno "La fecondazione eterologa tra Costituzione italiana e Convenzione europea dei diritti dell'uomo", tenutosi il 2 aprile 2012 all'Università Europea di Roma.

Sta entrando sempre più nell'uso corrente ed assume quasi le caratteristiche di un nuovo stile di vita, nelle coppie che hanno superato i 35 anni, di richiedere al di fuori dei confini nazionali la donazione oocitaria per una fecondazione eterologa, nella speranza di superare l'ostacolo rappresentato dall'età delle donne, che, come è noto, costituisce un fattore di insuccesso o di limitazione nella ricerca di una gravidanza sia naturale che con tecniche di procreazione medicalmente assistita (FIVET, ICSI etc.). In effetti l'età avanzata femminile di ricerca della gravidanza è divenuta la causa più frequente e meno curabile di sterilità coniugale: la qualità degli ovociti declina prepotentemente con gli anni, diminuendo a 35 anni e arrivando a determinare circa il 10% della fertilità spontanea a 40 anni e meno del 5% a 44 anni. In tali casi anche le tecniche di procreazione assistita hanno efficacia molto ridotta; inoltre, per ripetuti interventi sull'ovaio o per terapie mediche particolarmente aggressive (chemio radioterapia in casi oncologici) anche donne più giovani possono trovarsi in condizioni simili a quelle delle donne over 40 per un processo di riduzione della riserva ovarica, cioè del numero di ovociti atti ad essere fertilizzabili, a causa del loro deficit qualitativo. Tutto ciò sta dunque comportando un allargamento al ricorso alla fecondazione eterologa: quindi non più e non solo la donazione di un gamete estraneo alla coppia per esigenze mediche o genetiche, (che possono essere causa di insuccessi gravidici o di prole affetta da patologie congenite), ma la prospettiva di una gravidanza con maggiori probabilità di successo, perché ottenuta con l'impiego di un ovocita "giovane" donato, in coppie che hanno superato l'età ideale per diventare genitori. Il riflesso di questo mutato atteggiamento è chiaramente constatato dai ginecologi che esercitano attività ambulatoriale pubblica o privata, i quali in questi ultimi tempi sono sempre più impegnati a seguire un numero crescente di gravidanze ottenute in donne attempate (vicine alla quarantina) mediante tecniche di procreazione assistita e con fecondazione eterologa. E mentre diventa sempre più raro l'impiego di gameti maschili eterologhi, data la possibilità di ottenere attraverso una puntura testicolare gli spermatozoi o i suoi immediati progenitori nel coniuge ipofertile o addirittura azoospermico, la fecondazione eterologa è oggi intesa quasi

esclusivamente al femminile, attraverso una donazione ovocitaria alla donna avanti negli anni, che, pur essendo fertile, teme l'insuccesso gravidico a causa dei suoi ovociti senescenti. Tutto questo avviene all'estero, ne fa fede un recente rapporto dell'Osservatorio sul turismo procreativo. Infatti, sembra che sono oltre 2.700 le coppie che lo scorso anno si sono rivolte da Cipro a Malta, dall'Austria alla Spagna, per ottenere tale donazione e per loro Internet rappresenta la fonte di informazione più efficiente per fornire l'ampia scelta delle sedi straniere più vicine, più affidabili e più convenienti dal punto di vista economico. Il flusso è tale che i Centri o le cliniche estere, in particolare in Spagna, si sono attrezzate per accogliere prevalentemente le coppie italiane, offrendo loro un'organizzazione "ad hoc", dove ognuno, dalle segretarie agli specialisti, parla perfettamente italiano, facendo sentire gli ospiti a loro agio e inoltre attivando ogni risorsa di buona ospitalità, mentre il flusso di denaro che esce dai confini nazionali per far fronte alle considerevoli spese sanitarie e logistiche diventa sempre più consistente di anno in anno. Si va da 2.500 a 10.000 euro a seconda dei Centri solo per l'ovodonazione, senza contare i soggiorni alberghieri e le varie spese per il sostentamento, affrontate dalle coppie e talvolta da qualche familiare al seguito.

In Italia la legge 40/2004 vieta espressamente tale pratica (Art. 4 comma 3) e il ricorso ai Centri stranieri cresce di anno in anno. Certo in quell'anno i legislatori nel regolamentare finalmente tale materia, divenuta incontrollata e selvaggia nel nostro Paese, si sono appellati all'esperienza e all'autorevolezza di esperti in varie discipline, dalla biologia all'antropologia, dalla sociologia alla psicologia, dalla fisiopatologia della riproduzione al diritto di famiglia ed inoltre hanno voluto accuratamente studiare le norme che regolano questa materia in altri Paesi, assimilando o rifiutando quelle procedure ritenute per loro rispettivamente accettabili o improponibili. Per questo la nuova legge divenuta esecutiva nel 2004 fu considerata la migliore, la più equilibrata e la più moderna tra quelle in vigore nei diversi Paesi. Questo giudizio però non fu condiviso sia dagli specialisti italiani esperti nelle pratiche di procreazione assistita, che sentivano ridotte le loro possibilità di impiego delle tecniche prima adottate e di sperimentare nuove procedure e nuove manualità, e sia dalle coppie che vedevano notevolmente limitate le loro esigenze procreative e sia dai politici, sempre pronti ad appoggiare istanze "contro corrente", soprattutto se di provenienza lontana dai loro ideali di partito e non in linea con i programmi di "rinnovamento e di modernizzazione" del Paese. Negli anni successivi al 2004 queste reazioni contrarie riuscirono ad ottenere alcuni ritocchi alla legge 40, come quello riguardante la possibilità in casi selezionati di ricorrere alla crioconservazione degli embrioni e la possibilità di effettuare la diagnosi pre impianto.

Oggi si prospetta l'eventualità di rimettere in discussione la proibizione per la fecondazione eterologa e il tentativo di ritoccare la legge anche su questo versante consentirebbe di adottarla anche nel nostro Paese,

ponendo termine alla crescente richiesta delle coppie italiane che si rivolgono al di fuori dei confini nazionali e che si sentono limitate nella libertà e nella facoltà di attingere alle procedure più avanzate per esaudire il desiderio di diventare genitori. Al di là di ogni considerazione etica, sociale e relativa all'unità e all'inscindibilità del nucleo familiare, l'utilizzo sotto forma di "donazione" di gameti estranei alla coppia pone riflessioni innanzi tutto di ordine genetico, biologico e immunitario, mai sufficientemente rilevate ed illustrate finora. Tralasciando la donazione di spermatozoi, sempre meno richiesta, mi riferisco specificatamente all'impiego di ovociti da parte di donne che hanno superato quel limite di età, che rappresenta un consistente elemento di rischio sia per l'insorgenza e sia per la prosecuzione di una gravidanza ricercata in modo naturale, a causa della ridotta fertilità che interviene dopo i 35 anni, soprattutto nella fascia 38- 45 anni.

Un certo numero di ovociti ottenuto attraverso un'intensa stimolazione ormonale su una giovane donna volontaria e sconosciuta, spesso proveniente da un Paese dell'est europeo e desiderosa sia di compiere un gesto solidaristico e sia di ricavarne anche un pur modesto guadagno, contiene un patrimonio genetico che è proprio di quel soggetto umano e caratteristico della sua comunità d'origine. La donna che riceve questa donazione accetta ciecamente e inconsapevolmente i caratteri ereditari di un ceppo familiare totalmente estraneo al suo organismo e lo consegna a quella che sarà la sua prole, non sapendo se quel genoma contenga caratteristiche di eccellenza in quanto a salute e benessere oppure tare ereditarie che condizionerebbero in negativo lo sviluppo somatico e psichico, e quindi il futuro del figlio che lei stessa darà alla luce, dopo averlo portato in utero per 40 settimane e che geneticamente contiene il 50% del genoma di una donna sconosciuta insieme al corrispettivo 50% del genoma paterno. La presenza quindi di un concepito per il 100% estraneo al suo organismo non è un fenomeno biologico naturale per la donna che affronta l'impegno di una gravidanza e potrebbe comportare conseguenze negative per la sua salute.

La tolleranza immunitaria è quel fenomeno biologico che si attiva sin dalle fasi più iniziali della gravidanza, è controllata dall'embrione e consente alla madre di accettare la presenza del 50% degli antigeni di provenienza paterna e di accogliere ed ospitare il figlio che si sviluppa fino a raggiungere la sua maturazione all'interno dell'utero materno. E' accertato e ben documentato che durante la gestazione la madre deve far fronte all'adattamento del suo sistema immunitario alla presenza nel suo organismo, e quindi con esso intimamente correlato e in stretta simbiosi, di un altro essere umano, che possiede una parte del genoma paterno, del tutto estraneo alla stessa madre. E' altresì dimostrato che il concepito, sin dall'inizio della sua convivenza con la madre, attraverso la produzione di specifici ormoni, citochine e fattori di crescita, contribuisce ad instaurare quella "tolleranza immunitaria" materna, che gli consentirà l'accoglienza e lo sviluppo fino al termine della sua

strutturazione e quindi fino alla nascita. La presenza nel cordone ombelicale di un flusso continuo di cellule fetali, che entrano e si domiciliano stabilmente nell'organismo materno (microchimerismo gravidico), sollecita il sistema immunitario della donna ad un particolare impegno, facilitato appunto dal fenomeno della tolleranza che si è stabilita nel suo organismo sin dall'inizio della gravidanza. Il permanere di queste cellule estranee alla madre molto oltre la fine della gravidanza, anche quando è cessato il fenomeno della tolleranza immunitaria, può in alcuni soggetti facilitare l'insorgenza di patologie autoimmuni, dal lupus eritematoso sistemico alla dermatomiosite, dalle tiroiditi autoimmuni alla sclerodermia, etc., a distanza di molti anni dai parti. Se questo avviene in condizioni normali, e cioè dopo gravidanze insorte spontaneamente, non è del tutto fantasioso ipotizzare una sua maggiore incidenza in gravidanze ottenute in seguito ad ovodonazione, quando il genoma dei figli risulta per il 100% estraneo all'organismo materno che li ospita.

Un altro elemento di rischio per la donna avanti negli anni che affronta una gravidanza (e oggi il limite massimo di età in cui indurre una gravidanza risulta sempre più sfumato, grazie alle risorse tecnologiche disponibili e alla tendenza a venire incontro alle richieste delle donne perfino alla vigilia della loro menopausa) è rappresentato dal sovraccarico metabolico, cardiocircolatorio e funzionale da parte di organi come fegato e rene, che col trascorrere degli anni perdono gradualmente quella efficienza che tende a limitare in misura più o meno accentuata la capacità gestazionale della donna, configurando quella sindrome che è ben descritta nel capitolo della "gravidanza nella donna attempata", in cui si manifestano con maggiore frequenza le patologie intercorrenti e quelle dovute alla gravidanza stessa. E questo vale sia nell'ambito della coppia stabile e sia nei casi di gravidanza surrogata, altresì detta di "utero in affitto", quando cioè una donna estranea alla coppia accetta di accogliere l'impianto di un embrione proveniente dalla tecnologia di procreazione assistita, affittando il suo utero in quei casi in cui la madre non dispone di un utero in condizioni di ospitare una sua gravidanza, per precedenti interventi chirurgici o per gravi processi malformativi, per poi restituire il figlio alla coppia che lo ha "commissionato".

Di tutt'altra natura e prospettiva è invece il dibattito scientifico ed etico sulle prospettive di salvaguardare e preservare la fertilità in casi fortemente a rischio per problematiche di ordine medico. Da più parti sono state auspicate azioni volte a organizzare una rete di servizi che possano fornire ad un numero crescente di utenti la possibilità di congelamento di materiale biologico (gameti, embrioni o tessuti gonadici) da essere disponibile in futuro per la riproduzione naturale o tramite tecniche di riproduzione assistita.

In questi ultimi tempi anche nel nostro Paese sono sorti alcuni Centri che preservano la fertilità di giovani donne affette da endometriosi allo stadio avanzato o candidate a ricevere dosi intensive di chemioterapici

per terapie antitumorali, prelevando prima di iniziare dette terapie frammenti di tessuto ovarico e criopreservandoli bancati in condizioni ottimali, per essere poi ripresi e reimpiantati negli stessi soggetti e nella stessa sede del prelievo, al termine dei programmi terapeutici e dopo ottenuta la guarigione, consentendo così di andare incontro a gravidanze naturali, utilizzando lo stesso tessuto ovarico mantenuto giovane e nelle migliori condizioni di crioconservazione nelle apposite banche. Il metodo, ancorché sperimentale, ma discretamente standardizzato ha permesso di ottenere un certo numero di gravidanze. Si tratta di una metodica relativamente semplice: il prelievo può essere effettuato al momento della diagnosi delle suddette patologie, per via laparoscopica, quindi senza ricorrere ad ulteriori interventi invasivi e i frammenti di tessuto ovarico si possono immediatamente bancare e criopreservare.

Allora, perché non ricorrere a questo metodo tecnicamente di semplice attuazione, eticamente accettabile, che consente di mantenere intatta la fertilità, di utilizzare il tessuto ovarico giovane e dello stesso soggetto donatore e che diverrà ricevente in un tempo successivo alle terapie antitumorali, dopo avere ottenuto la guarigione (oggi sempre più realistica), per esaudire il desiderio di maternità? La stessa procedura si potrebbe applicare a quei casi nei quali l'attuale assetto socio economico impone alla coppia di rinviare la gravidanza, piuttosto che richiedere una donazione ovocitaria con possibili conseguenze sulla salute e sul benessere materno e della prole. Oggi l'assetto socio antropologico del nostro Paese è tale che le coppie tendono a rinviare sempre più la decisione di diventare genitori, dopo avere raggiunto obiettivi di stabilizzazione di carriera lavorativa, di completamento di curriculum di studi e di realizzazione dei traguardi di tranquillità socio economica. E come avviene in quei casi in cui la presenza di una patologia tumorale comporta l'impiego di terapie potenzialmente lesive del patrimonio gonadico della donna, e una parte del tessuto ovarico può essere sottratto all'effetto dei farmaci, conservato, mantenuto giovane e trapiantato nella stessa sede del prelievo a guarigione avvenuta, così in quelle circostanze in cui le vicende della vita portano a rinviare il momento della prima gravidanza a quella fascia d'età che coincide con il calo fisiologico della fertilità della donna, frammenti di ovaio prelevato in giovane età si potrebbero reimpiantare nella loro sede naturale, allo scopo di ottenere una gravidanza con l'ovaio omologo mantenuto giovane e assicurando così una procreazione naturale nell'ambito della coppia, non ricorrendo quindi a innaturali e potenzialmente rischiose intromissioni di gameti estranei ma sottraendo all'azione altrettanto lesiva del tempo quel tessuto ovarico destinato alla procreazione ben oltre i 35 anni.

Per concludere, la fecondazione eterologa scompagina l'unità e l'identità della coppia, espone la donna a potenziali rischi del suo sistema immunitario, se l'età della futura madre risulta particolarmente avanzata la espone con maggior frequenza al rischio di patologie gravidiche e

comporta per il nascituro rischi di eventuali tare ereditarie (quest'ultimo rischio peraltro sarebbe ovviamente presente anche quando utilizzando una tecnica di conservazione di tessuto omologo, questa venga praticata in età della donna particolarmente avanzata) .

Ritengo quanto mai opportuno e per ragioni di onestà scientifica portare a conoscenza delle coppie e di chi ha il compito di legiferare le motivazioni su esposte, sovente taciute o mal presentate o, peggio ancora, riportate in modo volutamente incompleto.

A proposito delle questioni di legittimità costituzionale del divieto di procreazione eterologa

di
Filippo Vari

Relazione presentata al convegno "La fecondazione eterologa tra Costituzione italiana e Convenzione europea dei diritti dell'uomo", tenutosi il 2 aprile 2012 all'Università Europea di Roma.

SOMMARIO: 1. Il divieto di fecondazione eterologa e il preesistente caos nel settore della procreazione artificiale. - 2. Le questioni sottoposte al giudice delle leggi. - 3. Il fondamento costituzionale del divieto di procreazione eterologa. - 4. La presunta violazione dell'art. 117, primo comma, Cost. - 5. La peculiarità dei beni in giuoco nel caso della PMA eterologa. - 6. La salute psico-fisica della coppia e il "diritto" al figlio. - 7. La procreazione eterologa, i giudici e la politica.

1. Il divieto di fecondazione eterologa e il preesistente caos nel settore della procreazione artificiale.

Uno dei limiti più significativi posti alle pratiche di procreazione artificiale (PMA) dalla legge 19 febbraio 2004, n. 40 è rappresentato dal divieto di fecondazione eterologa. Essa è proibita dall'art. 4, comma 3 della legge, con una norma alla cui violazione l'art. 12, comma 1, collega una sanzione amministrativa di carattere pecuniario.

Prima dell'entrata in vigore della normativa ora richiamata, allorché l'Italia veniva considerata meta del c.d. turismo procreativo [1], la pratica era ritenuta ammessa. Si ricorderà il caos che regnava in materia, con coppie che vi ricorrevano e, poi, dopo litigi vedevano il marito iniziare complessi percorsi giudiziari per disconoscere il bambino nato.

Di simile problematica era stata chiamata a occuparsi anche la Corte costituzionale, in particolare con riferimento alla legittimità costituzionale dell'art. 235 c.c. nella parte in cui, secondo il giudice remittente, non precludeva al padre, che avesse prestato il proprio consenso all'inseminazione eterologa della moglie, la possibilità di esercitare in seguito l'azione per il disconoscimento di paternità. Nel dichiarare inammissibile la questione [2] e, comunque, inapplicabile il suddetto articolo del codice civile alle vicende legate a un procedimento di procreazione assistita, considerata la differenza tra quest'ultima fattispecie e la generazione derivante da un rapporto adulterino disciplinata dall'art. 235 c.c., il giudice delle leggi aveva evidenziato "la situazione di carenza" di garanzie determinata dall'assenza di una legge sulla procreazione artificiale. Carenza le cui "implicazioni costituzionali" erano tali, secondo la

Corte, da chiamare in causa il legislatore, al quale spettava, infatti, specificare le preminenti garanzie per il bambino [3] nato a seguito delle pratiche di procreazione assistita, “non solo in relazione ai diritti e ai doveri previsti per la sua formazione, in particolare dagli artt. 30 e 31 della Costituzione, ma ancor prima – in base all’art. 2 Cost. – ai suoi diritti nei confronti di chi si sia liberamente impegnato ad accoglierlo assumendone le relative responsabilità”.

In sintonia con la citata pronuncia si è venuta a porre, poco tempo dopo, una sentenza della Corte di cassazione [4] che, in un caso analogo a quello sottoposto al giudice delle leggi, ha respinto la domanda di disconoscimento di paternità presentata, ai sensi dell’art. 235 c.c., da un marito che in precedenza aveva acconsentito a che la moglie intraprendesse una procedura di fecondazione eterologa [5]. In tal modo, però, la Suprema Corte ha finito per configurare l’azione di disconoscimento di paternità – indisponibile e quindi irrinunciabile, in quanto posta a tutela di interessi superiori – come suscettibile, da parte del marito, di rinuncia tacita, conseguente al consenso a che la propria moglie fosse sottoposta a fecondazione eterologa [6].

A fronte, dunque, del caos che regnava nel settore della PMA, il legislatore, dopo dibattiti decennali, è intervenuto sancendo un divieto assoluto di procreazione eterologa, poi sottoposto a *referendum* abrogativo nel 2005, senza raggiungere il *quorum* di partecipazione, con una percentuale di votanti pari al 25,63% degli aventi diritto [7].

2. Le questioni sottoposte al giudice delle leggi.

Il divieto di fecondazione eterologa è oggi rimesso in discussione da tre ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale [8], sollevate in peculiari giudizi civili. In essi i convenuti concordano con le tesi degli attori, che esigono di sottoporsi a pratiche di procreazione artificiale con gameti di terzi estranei alla coppia, ma dichiarano di non potere soddisfare le loro pretese in ragione di quanto previsto dalla legge n. 40 del 2004, sì da dare l’idea di *lites fictae* [9].

Al di là di tali aspetti, di carattere più processuale, le questioni sollevate dai giudici rimettenti riguardano in particolare gli artt. 2, 3, 29, 31 e 117 Cost. Come è noto le ordinanze hanno tratto spunto da una sentenza della prima sezione della Corte europea dei diritti dell’uomo, relativa all’ordinamento austriaco [10]. Tale decisione condannava l’Austria per violazione del combinato disposto degli artt. 8 e 14 della CEDU, che sanciscono rispettivamente il diritto alla vita privata e familiare e il divieto di discriminazione, in ragione di alcune incongruenze previste dalla normativa ivi vigente, che consentiva forme di fecondazione eterologa *in vivo*, ma le vietava invece *in vitro*. In primo grado gli argomenti addotti dal governo austriaco a sostegno della normativa erano stati ritenuti insufficienti dalla Corte di Strasburgo.

Facendo leva su alcuni passaggi contenuti nella decisione i giudici

rimettenti hanno ritenuto che il divieto di fecondazione eterologa vigente in Italia si ponga in contrasto con gli artt. 8 e 14 della CEDU come interpretati dalla Corte europea e, dunque, con l'art. 117 Cost., primo comma, nella parte in cui prevede che "la potestà legislativa è esercitata dallo Stato ... nel rispetto ... degli obblighi internazionali". Ciò in ragione della giurisprudenza oramai consolidata del giudice delle leggi, la quale, a partire dalle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 (c.d. sentenze gemelle), "è costante nel ritenere che le norme della CEDU - nel significato loro attribuito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, specificamente istituita per dare ad esse interpretazione ed applicazione (art. 32, paragrafo 1, della Convenzione) - integrano, quali «norme interposte», il parametro costituzionale espresso dall'art. 117, primo comma, Cost., nella parte in cui impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli «obblighi internazionali»" [11].

Alcuni giudici rimettenti hanno anche eccepito, ai sensi dell'art. 3 Cost., l'irragionevolezza del divieto di fecondazione eterologa, ipotizzando principalmente che esso darebbe vita a un'illegittima discriminazione tra coppie che, utilizzando i propri gameti, possono ricorrere alla PMA e coppie che, dovendo invece fare ricorso a gameti altrui, incappano nel divieto di procreazione eterologa e, dunque, non possono fare ricorso alla procreazione artificiale.

Ulteriore profilo sottoposto al vaglio del giudice delle leggi è quello di una possibile violazione del diritto alla salute psico-fisica della coppia, che sarebbe protetto dall'art. 32 Cost., anche in ragione della lamentata intromissione del legislatore in una sfera riservata alla scienza medica, nonché dei possibili viaggi di "turismo" procreativo ai quali la coppia potrebbe decidere di sottoporsi per aggirare il divieto di procreazione eterologa vigente in Italia.

Infine, le ordinanze evocano la violazione degli artt. 2, 29 e 31 Cost., potendosi desumere dagli stessi un fondamentale diritto alla vita familiare, che parrebbe assumere, nelle ordinanze di rimessione, le connotazioni di un diritto all'autodeterminazione nella scelta delle modalità procreative, se non di un vero e proprio "diritto al figlio".

3. Il fondamento costituzionale del divieto di procreazione eterologa.

In realtà, il divieto di fecondazione eterologa sembrerebbe costituire attuazione di alcune disposizioni costituzionali [12].

In particolare, un obbligo del legislatore di vietare tale pratica potrebbe dedursi anzitutto dall'esistenza, nell'ordinamento costituzionale italiano, del principio della responsabilità per procreazione. Tale responsabilità, che sorge per il fatto in sé della generazione [13], è fondata sul primo comma dell'art. 30 Cost., ai sensi del quale "è dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio" [14].

La responsabilità per procreazione si connette a una vera e propria

funzione dei genitori, come evidenziato anche dalla Corte costituzionale, secondo la quale la potestà dei genitori nei confronti del bambino “è riconosciuta dall’art. 30, primo e secondo comma, della Costituzione non come loro libertà personale, ma come diritto-dovere che trova nell’interesse del figlio la sua funzione ed il suo limite” [15].

Analizzando in maniera più dettagliata il contenuto della funzione affidata ai genitori, va osservato che il mantenimento “si traduce nel dare al figlio i mezzi economici necessari affinché possa realizzare e acquisire un grado di cultura personale e professionale e quindi autonomia nella vita sociale” [16].

Quanto all’istruzione e all’educazione, si tratta di compiti che “si integrano a vicenda e si compongono tra loro”, in quanto finalizzati i primi alla formazione intellettuale, nozionale e professionale e i secondi alla trasmissione dei valori etici, morali e religiosi su cui il figlio possa fondare la propria vita [17].

I compiti ora ricordati non sono né derogabili né disponibili da parte dei genitori. Infatti, l’art. 30 Cost., comma secondo, stabilisce che soltanto nei “casi di incapacità dei genitori” “la legge provvede a che siano assolti i loro compiti”.

In contrasto con tali previsioni l’introduzione di tecniche di procreazione eterologa darebbe vita a un grave pregiudizio nei confronti del minore, che verrebbe privato dei propri diritti nei confronti del genitore naturale. “L’eterologa”, infatti, fondandosi sulla regola per cui il genitore biologico perde qualsiasi forma di legame giuridico con il figlio, finisce per rendere disponibile la responsabilità per procreazione del genitore che presta i propri gameti, con evidente nocumento del figlio e in contrasto con la disposizione costituzionale.

Dall’esistenza della responsabilità dei genitori per il fatto della procreazione deriva, dunque, la conseguenza che il legislatore ordinario “non può recidere”, ammettendo la fecondazione eterologa, “il vincolo giuridico che il precetto costituzionale determina come effetto della procreazione” [18].

Ulteriore fondamento del divieto di procreazione eterologa può essere rinvenuto nell’esigenza di garantire il diritto fondamentale della persona a conoscere le proprie origini e il proprio patrimonio genetico [19].

Di recente, sia pure in relazione ad altre problematiche, anche la Corte costituzionale ha riconosciuto che “la verità biologica della procreazione costituisce una componente essenziale dell’interesse del medesimo minore, che si traduce nella esigenza di garantire ad esso il diritto alla propria identità e, segnatamente, alla affermazione di un rapporto di filiazione veridico” [20].

Il diritto della persona a conoscere le proprie origini merita tutela “sia per necessità patrimoniali assistenziali”, garantite a livello costituzionale dal sopra citato art. 30, “sia per superiori esigenze di salute che impongono di accertare la parentela genetica per prevenire o curare situazioni patologiche di cui la persona ... sia o possa essere affetta” [21].

E’ noto, infatti, che lo sviluppo delle moderne acquisizioni scientifiche in

tema di cura di alcune malattie tende a basarsi sul patrimonio genetico, la cui conoscenza è sempre più importante [22]. In riferimento a questo profilo, la garanzia del diritto a conoscere le proprie origini genetiche potrebbe trovare fondamento costituzionale tanto nell'art. 32 Cost., sotto il profilo della tutela della salute, quanto nell'art. 2 Cost., notoriamente interpretato dalla giurisprudenza, anche costituzionale, come norma "a fattispecie aperta" [23].

Sempre riguardo alla tutela del diritto alla salute del nascituro, protetto dall'art. 32 Cost., vanno considerati i rischi che la fecondazione eterologa pone in relazione allo sviluppo della personalità del bambino, il quale verrebbe a trovarsi in una situazione di scissione tra genitori biologici e genitori "sociali". E' vero che ciò avviene anche nel caso dell'adozione. Tuttavia quest'ultimo istituto è il rimedio che l'ordinamento prevede per garantire i preminenti diritti del minore nel caso in cui i genitori naturali non siano in grado di assolvere ai propri compiti. Come ha efficacemente notato Augusto Barbera, l'adozione "rimedia un male, non lo crea; ha la funzione primaria di trovare i genitori per un minore non un figlio per coppie desiderose di genitorialità" [24].

La necessità di proteggere gli interessi del nascituro è tanto più rilevante ove si consideri che la Convenzione ONU sui diritti del fanciullo del 1989, cui è stata data esecuzione anche in Italia con legge n. 176 del 1991, all'art. 3, par. 1, impone che: "*dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale*" [25].

Parte della dottrina, inoltre, sottolineando come il divieto di procreazione eterologa ricomprende anche ipotesi di surrogazione di maternità, ha richiamato l'attenzione sul fatto che la realizzazione di tale pratica, sia nell'ambito delle famiglie fondate sul matrimonio, sia delle convivenze *more uxorio*, sconvolgerebbe "del tutto la formazione sociale, non importa qui se legittima o solo naturale, composta dai genitori e dai figli", con conseguente lesione dei precetti costituzionali che ad esse danno tutela [26].

4. La presunta violazione dell'art. 117, primo comma, Cost.

Va riconosciuto che le considerazioni innanzi esposte non hanno trovato unanime consenso nella dottrina, parte della quale ritiene che dalla Costituzione non possa dedursi un divieto assoluto di procreazione eterologa [27]. Anche ad accogliere tale tesi, tuttavia, è arduo sostenere, come hanno fatto invece i giudici *a quibus*, che dalla Carta fondamentale si dedurrebbe un obbligo di consentire tale pratica.

Non è un caso, infatti, che l'argomento su cui sono incentrate le ordinanze di rimessione è rappresentato da una decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo e, dunque, da una violazione "mediata" della Costituzione,

per mancato rispetto di una fonte interposta come la CEDU e, dunque, dell'art. 117 Cost., primo comma.

Sul punto va, anzitutto, ricordato che la problematica ora richiamata è in realtà superata [28], giacché la sentenza di primo grado più volte evocata dai giudici rimettenti e già ricordata all'inizio è stata riformata in appello dalla *Grande Chambre* della Corte europea [29].

Quest'ultima ha riconosciuto, sia pure con alcuni paletti, il margine d'apprezzamento di cui godono gli Stati nel disciplinare la fattispecie della procreazione eterologa, rigettando le domande dei ricorrenti proposte contro l'Austria.

La questione sollevata per violazione mediata dell'art. 117 Cost. è oramai senz'altro infondata.

Su un piano più generale va, però, rilevato che la giurisprudenza costituzionale inaugurata dalle c.d. sentenze gemelle sembrerebbe richiedere talune precisazioni da parte del giudice delle leggi. La necessità delle stesse emerge ove si consideri il comportamento dei giudici *a quibus*, acutamente stigmatizzato da Borrego Borrego [30]. La decisione di primo grado della Corte EDU non era definitiva, ma le questioni di legittimità costituzionale sono state sollevate, senza attendere l'esito del giudizio di secondo grado, dopo la proposizione dell'appello da parte del governo austriaco (Tribunale di Firenze) ovvero dopo che tale appello era stato dichiarato ammissibile (Tribunale di Catania) o, addirittura, qualche giorno prima della discussione della causa davanti alla *Grande Chambre* (Tribunale di Milano).

Si ha, dunque, la sensazione di una certa "fretta" dei giudici nell'utilizzare la decisione di primo grado della Corte europea, "fretta" tanto più evidente se comparata all'atteggiamento invece prudente del giudice delle leggi, che ha accolto l'istanza dell'Avvocatura dello Stato di rimandare la discussione della causa al fine di attendere la decisione della *Grande Chambre*. Occorre domandarsi che cosa sarebbe successo se la Corte avesse, invece, deciso la questione sottoposta, senza attendere l'esito del giudizio d'appello, e avesse, in ipotesi, dichiarato l'illegittimità costituzionale del divieto di "eterologa" per violazione mediata dell'art. 117 Cost., facendo leva sulla sentenza di primo grado, poi cancellata dalla *Grande Chambre*.

Il comportamento dei giudici rimettenti è ancor più peculiare ove si tenga conto del fatto che la questione sottoposta alla Corte di Strasburgo verteva su una normativa, quella austriaca, diversa da quella italiana, come riconosciuto anche dal Tribunale di Catania e da quello di Firenze nelle proprie ordinanze di rimessione.

Stante la diversità della normativa austriaca rispetto a quella italiana e il tipo di argomenti utilizzati dal Governo austriaco per la propria difesa, la decisione della Corte nel caso *S.H. and Others v. Austria* non poteva essere correttamente richiamata per desumerne alcuna conseguenza in ordine al rinvio che l'art. 117, primo comma, Cost. fa agli obblighi internazionali che il legislatore italiano è chiamato a rispettare. E ciò senza nemmeno il bisogno di prendere in considerazione un eventuale contrasto tra la

decisione della Corte EDU e le norme della Costituzione italiana, come ad esempio l'art. 30 Cost. sopra richiamato, contrasto come noto idoneo a impedire l'applicazione delle norme della Convenzione europea in Italia [31].

Al di là di tali considerazioni relative al caso specifico occorre riflettere, su un piano più generale, sul fatto che il giudizio davanti alla Corte EDU ha un carattere estremamente concreto, valutando il giudice di Strasburgo gli argomenti che legittimano o meno, in un caso specifico, un certo comportamento "incriminato" da parte di uno Stato membro della Convenzione.

Lo ricorda anche nella sentenza *S.H. la Grande Chambre* della Corte di Strasburgo quando afferma che "*in cases arising from individual applications the Court's task is not to review the relevant legislation or practice in the abstract; it must as far as possible confine itself, without overlooking the general context, to examining the issues raised by the case before it*" [32].

In altri termini, mentre il giudizio di legittimità costituzionale davanti alla nostra Corte, anche se proposto in via incidentale, riguarda il generale problema della compatibilità con la Costituzione di una certa normativa, il processo promosso dai singoli davanti alla Corte di Strasburgo - e la decisione di quest'ultima - ha ad oggetto il comportamento tenuto da uno Stato in un caso specifico e la compatibilità tra tale comportamento specifico e i motivi che lo sorreggono con la CEDU.

La giurisprudenza inaugurata con le sentenze gemelle, sia pure per il tramite dell'art. 117 primo comma Cost., finisce per dare efficacia generale, *erga omnes* a sentenze che ne sono "strutturalmente" prive (nell'ordinamento da cui provengono), essendo adottate con valore *inter partes*. Non è un caso che la richiesta di dare efficacia *erga omnes* alle decisioni della Corte EDU, avanzata in occasione della Conferenza di Interlaken del 2010, sia stata accolta con sfavore dagli Stati membri della Convenzione.

Queste problematiche assumono proporzioni assai gravi quando - ed è questo il tentativo operato dai giudici *a quibus* - si vuole dare in Italia efficacia, sia pure mediata, a decisioni che condannano Paesi diversi dall'Italia stessa, per normative che sono oltretutto diverse da quelle vigenti nel nostro Paese.

5. La peculiarità dei beni in giuoco nel caso della PMA eterologa.

Così conclusa l'analisi del precedente della Corte EDU, le altre tematiche sollevate nelle ordinanze di rimessione hanno in realtà soltanto una funzione "rafforzativa" della problematica relativa alla violazione dell'art. 117 Cost. [33], ma meritano comunque qualche considerazione.

L'obbligo di prevedere nell'ordinamento italiano la fecondazione eterologa non solo non emerge da un'interpretazione letterale del testo costituzionale, ma non può nemmeno essere desunto - come invece

ipotizzano il Tribunale di Catania e quello di Milano nelle rispettive ordinanze di rimessione – richiamandosi a una presunta lesione del principio di eguaglianza o di quello di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost., che sarebbero determinate dalla discriminazione che il divieto di eterologa produrrebbe a danno delle coppie sterili che vi vogliono ricorrere: al contrario di quanto affermano i giudici rimettenti, le coppie che hanno bisogno di accedere alla fecondazione eterologa si trovano, infatti, in una situazione peculiare rispetto a tutte le altre alle quali è sufficiente ricorrere a quella omologa. Mentre queste ultime per giungere a procreare utilizzano i propri gameti, le prime, per farlo, sarebbero costrette a ricorrere a gameti esterni alla coppia. Tale necessità fa sì che la situazione si presenti diversa rispetto alla fecondazione omologa, venendo in giuoco, nel caso dell'eterologa, ulteriori interessi di rilievo costituzionale che nella prima non rilevano [34]: si è detto del problema legato alla responsabilità per procreazione e al diritto del bambino a conoscere il proprio patrimonio genetico, che non sono in alcun modo toccati dalla fecondazione con gameti propri della coppia.

Va ricordato, inoltre, l'ulteriore elemento che differenzia la procreazione eterologa da quella omologa, e cioè la presenza di un donatore di gameti [35], la cui figura pone delicati problemi di tutela non solo per i suoi diritti, come quello alla salute, ma anche per quelli che il figlio potrebbe eventualmente chiedere di far valere nei suoi confronti.

Infine la scienza medica evidenzia come alcuni tipi di fecondazione eterologa – quelli fondati sulla donazione di ovociti, che sono alquanto diffusi – potrebbero comportare specifiche conseguenze negative per la salute della donna gestante [36], la cui tutela si fonda sull'art. 32 Cost., oltre che sulle previsioni dell'art. 31 Cost., comma secondo, che affida alla Repubblica la protezione della maternità. In caso di donazione di ovociti da parte di una donna estranea, la gestante si troverebbe a portare nel grembo un bambino “che geneticamente contiene il 50% del genoma di una donna sconosciuta insieme al corrispettivo 50% del genoma paterno”: dunque, un “concepito per il 100% estraneo al suo organismo”, fenomeno biologico non naturale, che potrebbe causare delicati problemi alla sua salute [37].

Le considerazioni svolte dimostrano come “il reclamato diritto alla fecondazione eterologa richiede la compulsione di diritti fondamentali... o meramente patrimoniali”, che nel caso della procreazione omologa non sono invece in giuoco [38]. Il giudice delle leggi insegna che “si ha violazione dell'art. 3 della Costituzione quando situazioni sostanzialmente identiche siano disciplinate in modo ingiustificatamente diverso”; mentre non c'è violazione della Carta costituzionale, come nel caso in esame, “quando alla diversità di disciplina corrispondano situazioni non sostanzialmente identiche, essendo insindacabile in tali casi la discrezionalità del legislatore” [39].

Parte della dottrina e della giurisprudenza – anche il Tribunale di Catania e quello di Milano negli atti con cui introducono il giudizio di legittimità costituzionale – cercano di ovviare alle considerazioni sopra riportate,

richiamando un erroneo e fuorviante parallelo tra la procreazione eterologa e l'adozione. Il parallelo è erroneo perché, come si è già evidenziato, con la previsione dell'adozione, lo Stato interviene nella realtà sociale per cercare di porre rimedio a situazioni patologiche, nelle quali i genitori non sono nelle condizioni di crescere i propri figli [40]. Si ricordi, in proposito, quanto previsto dal sopra citato art. 30 Cost., come anche dalla legge 28 marzo 2001, n. 149 che stabilisce, all'art. 1, comma 1, che "il minore ha diritto di crescere ed essere educato nell'ambito della propria famiglia".

In altri termini, l'istituto dell'adozione mira a tutelare il minore nelle ipotesi in cui, per vari motivi, non possa crescere ed essere educato dai propri genitori naturali, secondo quanto invece previsto dall'art. 30 Cost. La normativa sull'adozione muove dall'esigenza di protezione di un soggetto debole - appunto il minore - e, a tal fine, consente alle coppie, che ne facciano richiesta, di ricorrervi, subordinatamente al rispetto di una serie di requisiti e condizioni posti a tutela del minore stesso. In tal caso, dunque, i peculiari rapporti familiari che si vengono a determinare - la relazione genitore-figlio che si configura dopo l'adozione non è basata sulla discendenza biologica - sono consentiti dall'ordinamento perché preferiti rispetto alla situazione patologica in cui diversamente verserebbe il minore.

Al contrario, qualora lo Stato consentisse la procreazione eterologa, finirebbe esso stesso per produrre quella situazione patologica - genitori naturali che non crescono i figli - che proprio l'adozione è volta a superare. E ciò con evidente pregiudizio del minore, il cui interesse dovrebbe essere considerato invece in maniera prioritaria anche nel settore in esame, come sottolineato in precedenza.

6. La salute psico-fisica della coppia e il "diritto" al figlio.

Alcune ordinanze di rimessione pongono anche il problema della lesione dell'art. 32 Cost., sotto il profilo della tutela della salute psico-fisica della coppia, provata dall'impossibilità di poter ricorrere alla procreazione eterologa. Si prospetta anche una lesione delle competenze proprie della scienza medica, evocando in proposito la sentenza n. 151 del 2009 [41], con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 14, comma 2, della legge n. 40 nella parte in cui prevedeva il tetto massimo di tre embrioni creabili e dell'art. 14, comma 3, della stessa nella parte in cui non prevedeva "che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, come stabilisce tale norma", dovesse "essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna". Nella motivazione della decisione il giudice delle leggi ha sottolineato che, "in materia di pratica terapeutica, la regola di fondo deve essere l'autonomia e la responsabilità del medico che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali".

In relazione a tali questioni, appare discutibile la pretesa di far rientrare tra le cure mediche i tentativi di superare in via artificiale la sterilità [42], che

non solo come tale oggi non è curabile, ma tantomeno può essere oggetto di cura tramite la fecondazione eterologa. Modugno ha da tempo chiarito che “la P.M.A. non è *sicuramente* un vero e proprio trattamento sanitario”, non essendo “oggettivamente idonea (*a fortiori* se eterologa) ad eliminare le cause di infertilità o sterilità”, sicché “non è né irragionevole e neppure contrastante con il diritto alla salute il divieto *de quo*” [43].

Come è stato efficacemente notato, pur fondando l’art. 32 Cost. un diritto alla cura, esso “non implica invece che si ponga rimedio con ogni mezzo (diverso dalla cura)” alla sterilità [44].

Preclusiva in tal senso è la considerazione della pluralità di interessi costituzionali che sono in giuoco – si è cercato di dimostrarlo nelle pagine che precedono – nel caso della procreazione artificiale, come sottolineato più volte anche dalla Corte costituzionale. Si pensi, in proposito, alla nota sent. n. 45 del 2005 [45], con la quale la Corte ha dichiarato inammissibile il *referendum* volto ad abrogare integralmente la legge n. 40 del 2004, dal momento che la ha ritenuta una disciplina “costituzionalmente necessaria”, e cioè, come si legge nella stessa decisione, una normativa diretta “a rendere effettivo un *diritto fondamentale della persona*”, dando “tutela minima per situazioni che tale tutela esigono secondo la Costituzione” [46]. Si ricordi, anche, la precedente sent. n. 347 del 1998, già innanzi citata, nella quale il giudice delle leggi ha ricordato il valore costituzionale degli interessi toccati dalla procreazione artificiale [47].

Nelle ordinanze di rimessione manca invece la considerazione di questi interessi di rango costituzionale che vengono in giuoco nella vicenda della procreazione assistita, in generale, e in quella della fecondazione eterologa, in particolare. Tra di essi un posto importante, si è visto, spetta alla salute della donna gestante, come anche di quella chiamata eventualmente a “donare” gli ovuli [48], potenzialmente poste a rischio dalle pratiche di fecondazione eterologa.

Diversamente, nella prospettiva dei giudici rimettenti, l’unico aspetto preso in considerazione è invece legato a una (presunta) salute della coppia, che assume in realtà un rilievo tale da configurare quasi un diritto a un figlio. È significativo, anzi, che si richiamino (impropriamente) gli artt. 29 e 31 Cost. per fondare un presunto diritto a procreare con qualsiasi mezzo o, meglio, a qualsiasi costo. Altro è, infatti, la libertà di procreare, che rientra tra i diritti fondamentali della persona, come riconosciuto anche dalla Corte costituzionale [49], altro è un inesistente diritto costituzionale alla “procreazione con ogni mezzo” [50] che non trova alcun fondamento nella Costituzione e, se tutelato, dovrebbe coerentemente portare a eliminare qualsiasi limite a ogni forma di procreazione artificiale.

La problematica evocata, poi, in un’ordinanza di rimessione circa la necessità per le coppie di spostarsi all’estero al fine di sfuggire ai limiti posti dalla legge n. 40, pur suggestiva, non tiene conto dei beni di rango costituzionale sopra ricordati e, oltretutto, è, come sottolinea Principato, “meramente astratta ed ipotetica in rapporto con il giudizio *a quo*”, mancando “qualsiasi deduzione, nel giudizio principale” [51].

7. La procreazione eterologa, i giudici e la politica.

Dopo decenni di dibattiti in Parlamento e nell'opinione pubblica la legge n. 40 del 2004 ha rappresentato un punto di compromesso, sia pure precario, tra coloro che sono assolutamente contrari a ogni forma di procreazione artificiale e i sostenitori del ricorso a tutte le tecniche che la scienza offre per raggiungere l'obiettivo di mettere al mondo un figlio.

Senza vietare *in toto* la procreazione artificiale la normativa approvata dal Parlamento ne ha regolato il fenomeno, ponendo limiti alle pratiche tecnicamente possibili e, soprattutto, un freno alla prevalenza degli immensi interessi economici di cui sono portatori i centri medici che praticano la PMA [52], anche a tutela di alcuni "principi generali di civiltà" [53].

I tentativi di scardinare tali limiti, una volta fallita la via del *referendum*, si sono intensificati sul versante giudiziario, con un proliferare di processi nei quali si è cercato di eliminare il numero massimo di embrioni creabili per ogni ciclo di procreazione e il divieto di congelazione degli stessi, i limiti all'accesso alla PMA, il divieto di diagnosi pre-impianto volta a scartare gli embrioni ritenuti malati e, infine, con i giudizi in esame, il divieto di procreazione eterologa [54].

La Corte costituzionale, con la richiamata sent. 151 del 2009, ha eliminato il "tetto" al numero di embrioni che possono essere creati per ogni ciclo di PMA, fissato dalla legge n. 40 in tre, ampliando anche le fattispecie nelle quali è possibile procedere alla crioconservazione degli stessi. In tal caso, tuttavia, il giudice delle leggi è intervenuto nello sforzo - non è questa la sede per analizzare se riuscito o meno [55] - di garantire la salute della donna, protetta a livello costituzionale dall'art. 32 Cost. Nella vicenda della procreazione eterologa la fattispecie è diversa [56], come si è cercato di dimostrare nelle pagine che precedono, e il diritto alla salute è solo oggetto di un richiamo infondato da parte dei giudici *a quibus* [57].

Appare, pertanto, insuperabile quanto su un piano generale ha autorevolmente ricordato Massimo Luciani, e cioè che "una comunità politica ha la responsabilità di *decidere* sulle questioni che la agitano attraverso i propri organi politicamente responsabili, non può sempre scaricare sui giudici il fardello della soluzione dei problemi" [58]. Nel caso della fecondazione eterologa la scelta degli organi rappresentativi è stata chiara. Il tentativo di superarla attraverso "scorciatoie giudiziarie" rischia non solo di trascinare soggetti terzi e imparziali sul terreno proprio della politica, ma di minare, come hanno evidenziato di recente Borrego Borrego e Principato, lo stesso carattere democratico del sistema [59].

Note:

[1] Al riguardo v. il rapporto promosso dalla Commissione europea, dal titolo "*Ethics, Law, and Practice in Human Embriology*", citato da C.

Piciocchi, *La Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e la biomedicina: verso una bioetica europea ?*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2001, 1308.

[2] Sent. 22 settembre 1998, n. 347 in *Giur. cost.*, 1998, 2632 ss. con commento di E. Lamarque, *La prima decisione della Corte costituzionale sulle conseguenze dell'utilizzo delle tecniche di procreazione medicalmente assistita*, *ivi*, 2637 ss. Su tale decisione v. anche G.F. Ferrari, *Biotecnologie e diritto costituzionale*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2002, 1569.

[3] Sulla preminenza dei diritti del bambino cfr. Corte costituzionale sent. 5 febbraio 1998, n. 10, in *Giur. cost.*, 1998, 49 ss., sent. 24 luglio 1996, n. 303, *ibid.*, 1996, 2503, con osservazione di E. Lamarque, *L'eccezione non prevista rende incostituzionale la regola (ovvero il giudice minorile è soggetto alla legge, ma la legge è derogabile nell'interesse del minore)*, sent. 1 aprile 1992, n. 148, *ibid.*, 1992, con osservazione di A. Cerri, *Scandagli e rilievi sulle «logiche» di un'interessante sentenza in tema di adozione*.

Su tale giurisprudenza e, più in generale, sulla protezione dei minori nell'ordinamento italiano v. A. Barbera, *Mezzi di comunicazione televisiva e tutela della personalità dei minori*, disponibile sul sito Internet della Rivista *Quaderni costituzionali*, all'indirizzo www.forumcostituzionale.it.

[4] Sez. I civ., sent. 16 marzo 1999, n. 2315, in *Giust. civ.*, 1999, I, 1317 ss.

[5] Al riguardo v. anche Tribunale di Napoli, sent. 24 giugno 1999, in *Arch. civ.*, 2000, 891 ss., resa nell'ambito del processo nel quale era stata sollevata la questione di legittimità costituzionale risolta dal giudice delle leggi con la sent. n. 347 del 1998.

[6] Per tale critica alla decisione v. F. Gazzoni, *Osservazioni non solo giuridiche sulla tutela del concepito e sulla fecondazione artificiale*, in *Dir. fam. pers.*, 2005, 170 s., il quale evidenzia come si trattasse di una sentenza “*contra legem*”, ma pur sempre “presentabile, perché chiunque comprende come, in termini di buon senso e di protezione del figlio, essa sia stata, se non legittima, sicuramente opportuna” (p. 171).

Sul punto v. anche F.D. Busnelli, *Giurisprudenza e bioetica*, in *Frammenti di un dizionario*, Torino, 2001, 114 s.

[7] Cfr. archivio storico dell'elezioni del Ministero dell'Interno, all'indirizzo Internet

<http://elezionistorico.interno.it/index.php?tpel=F&dtel=12/06/2005&tpa=Y&tpe=A&lev0=0&levsut0=0&es0=S&ms=S>

[8] V. rispettivamente ordinanza di rimessione del Tribunale di Firenze del 6 settembre 2010, pubblicata in GU, 1^a serie speciale, n. 6 del 2 febbraio 2011; ord. del Tribunale di Catania del 21 ottobre 2010, pubblicata in GU, 1^a serie speciale, n. 10 del 2 marzo 2011; ord. del Tribunale di Milano del 2 febbraio 2011, pubblicata in GU, 1^a serie speciale, n. 30 del 13 luglio 2011.

[9] Sulla complessa tematica della *lis ficta* v. A. Ruggeri – A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, IV ed., Torino, 2009, 190 s. Ivi ampia dottrina sull'argomento.

[10] Sentenza *S.H. and Others v. Austria* del 1° aprile 2010 (*Application no. 57813/00*), disponibile sul sito Internet della Corte, all'indirizzo www.echr.coe.int.

[11] Così Corte costituzionale sent. 8-12 marzo 2010, n. 93, §. 4 del *Considerato in diritto*, in *Giur. cost.*, 2010, 1065 ss.

Sulle sentt. 24 ottobre 2007, n. 348, in *Giur. cost.*, 2007, 3475 ss., 24 ottobre 2007, n. 349, *ibid.*, 3535 ss., v. A. Ruggeri, *Ancora in tema di rapporti tra CEDU e Costituzione: profili teorici e questioni pratiche*, nel sito Internet dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, all'indirizzo www.associazionedeicostituzionalisti.it; Id., *Conferme e novità di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e CEDU*, disponibile su Internet, nel sito della Rivista Quaderni costituzionali, all'indirizzo www.forumcostituzionale.it; C. Pinelli, *Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi con essa confliggenti*, nel sito Internet dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, cit.; S.M. Cicconetti, *Creazione indiretta del diritto e norme interposte*, *ibid.*; A. Moscarini, *Indennità di espropriazione e valore di mercato del bene: un passo avanti e uno indietro della Consulta nella costruzione del patrimonio costituzionale europeo*, in *Federalismi.it*, disponibile su Internet all'indirizzo www.federalismi.it; M. Cartabia, *Le sentenze "gemelle": diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost.*, 2007, 3564 ss.; A. Guazzarotti, *La Corte e la CEDU: il problematico confronto di standard di tutela alla luce dell'art. 117, comma 1, Cost.*, *ibid.*, 3574 ss.; F. Bilancia, *Con l'obiettivo di assicurare l'effettività degli strumenti di garanzia la Corte costituzionale italiana funzionalizza il "margine di apprezzamento" statale, di cui alla giurisprudenza CEDU, alla garanzia degli stessi diritti fondamentali.*, in *Giur. cost.*, 2009, 4772 ss.; A. Travi, *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte costituzionale: alla ricerca di una nozione comune di "sanzione"*, in *Giur. cost.*, 2010, 2323 ss.

[12] Sul significato da attribuire al concetto di "attuazione" della Costituzione v., da ultimo, P.F. Grossi, *Attuazione e inattuazione della Costituzione*, Milano, 2002, 4 ss. V., inoltre, A. D'Atena, *L'autonomia legislativa delle regioni*, Roma, 1974, 25 s.; Id., voce *Regione (in generale)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, ora in *Costituzione e regioni*, Milano, 1991, 21 s.; A. Loiodice, *Attuare la Costituzione. Sollecitazioni straordinarie*, Bari, 2000, 7 ss.

[13] G. Giacobbe, *La famiglia nell'ordinamento giuridico italiano. Materiali per una ricerca*, Torino, 2006, 66; M. Bessone, Art. 30-31, in *Commentario della Costituzione. Rapporti etico-sociali*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1976, 93 ss.

Parte della dottrina, sulla base di un'esigenza di "certezza giuridica dei rapporti sociali", ritiene che "tale regime presupponga quanto meno l'esistenza di un riconoscimento o di una dichiarazione già avvenuti

relativamente alla filiazione” (P.F. Grossi, *Lineamenti di una disciplina della famiglia nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in Id., *Il diritto costituzionale tra principi di libertà e istituzioni*, Padova, 2005, 160).

Altri autori sostengono, invece, che la Costituzione esprime in proposito una volontà che è “illimitata” (A.M. Sandulli, *Art. 30 Cost.*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, a cura di G. Cian - G. Oppo - A. Trabucchi, vol. I, Padova, 1992, 36 s., nt. 4, 41 s.).

[14] Cfr. Corte di Cassazione, sez. I civ., sent. 15 marzo 2002, n. 3793

[15] Corte costituzionale, sent. 27 marzo 1992, n. 132, in *Giur. cost.*, 1992, 1108 ss.

[16] G. Giacobbe, *La famiglia nell’ordinamento giuridico italiano*, cit., 82. Sul punto v. anche P. Perlingieri - P. Pisacane, *Art. 29*, in P. Perlingieri, *Commento alla Costituzione italiana*, Napoli, 1997, 196.

[17] A.M. Sandulli, *Art. 30 Cost.*, cit., 49.

[18] G. Giacobbe, *loc. ult. cit.*

[19] Sul punto cfr. G.F. Ferrari, *Biotecnologie e diritto costituzionale*, cit., 1566; I. Nicotra, *Anonimato del donatore e diritto alla identità personale del figlio nella procreazione assistita*, in *Quad. cost.*, 2002, 795; F. D’Agostino, *Gli interventi sulla genetica umana nella prospettiva della filosofia del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, 29 ss.

[20] Corte cost., ord. 9 gennaio 2012, n. 7, disponibile sul sito Internet della Corte, all’indirizzo www.cortecostituzionale.it.

[21] M. M. Fracanzani, *Osservazioni in margine alla procreazione assistita mediante inseminazione eterologa*, AA.VV., *La fecondazione eterologa tra Costituzione italiana e Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, Atti del seminario svoltosi a Roma, il 2 aprile 2012, Torino, 2012, in corso di stampa.

[22] Sul punto v. A. Barbera, *La procreazione medicalmente assistita: profili costituzionali*, in AA.VV., *Procreazione assistita: problemi e prospettive*, Atti del Convegno di studi tenutosi presso l’Accademia nazionale dei Lincei, Roma, 31 gennaio 2005, a cura di G. Razzano, Fasano, 2005, 356 s.

[23] Per la tesi dell’art. 2 come clausola a fattispecie aperta v. A. Barbera, *Articolo 2 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, *Principi fondamentali*, Bologna-Roma, 1975, 66. Sul punto v., inoltre, A. Loiodice, *Il rispetto dei diritti umani come limite di ogni regime*, in AA. VV., *Il processo di Norimberga a cinquanta anni dalla sua celebrazione*, a cura di A. Tarantino - R. Rocco, Milano, 1998, ora in P. Giocoli Nacci - A. Loiodice, *Materiali di Diritto costituzionale*, Bari, 2000, 118; Id., *Libertà religiosa, Costituzioni e globalizzazione*, in *Rass. Parl.*, 2002, 233 s.

Per una critica di tale tesi v., invece, P. Grossi, *La famiglia nella evoluzione della giurisprudenza costituzionale*, in AA.VV., *La famiglia nel diritto pubblico*, a cura di G. dalla Torre, Roma, 1996, 14; M. Mazziotti di Celso, *Lezioni di diritto costituzionale*, parte seconda, II ed., Milano, 1993, 57 ss.; P. Caretti, *I diritti fondamentali. Libertà e Diritti*

sociali, II ed., Torino, 2005, 135 ss. Sia, inoltre, consentito il rinvio a F. Vari, *Concepito e procreazione assistita. Profili costituzionali*, I, Bari, 2008, 59 ss.

Diversa è la posizione di A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, III ed., Padova, 2003, 22 ss., il quale, pur ritenendo “che rigidamente intesa né la tesi della fattispecie «chiusa», né quella della fattispecie «aperta» può dirsi pienamente soddisfacente”, fonda la tutela del diritto alla vita del concepito sull’art. 2 della Costituzione, dal momento che esso riconosce “la soggettività giuridica di tutti gli esseri umani” e ne presuppone “la fisica personalità”.

[24] A. Barbera, *La procreazione medicalmente assistita: profili costituzionali*, cit., 355.

[25] Sul punto v. C. Casini, *La coerenza del divieto di P.M.A. eterologa in rapporto all'istituto dell'adozione e al diritto a conoscere le proprie origini*, in AA.VV., *La fecondazione eterologa*, cit.

[26] A. Baldassarre, *Le biotecnologie e il diritto costituzionale*, in AA.VV., *Le biotecnologie: certezze e interrogativi*, a cura di M. Volpi, Bologna, 2001, 41. V. G. Razzano, *La legge sulla procreazione medicalmente assistita: incostituzionale o costituzionalmente necessaria*, in AA.VV., *Procreazione assistita: problemi e prospettive*, cit., 511.

Di queste problematiche non si rinviene alcuna traccia nella sentenza n. 49 del 2005 della Corte costituzionale, in *Giur. cost.*, 2005, 388 ss., che ha ammesso il *referendum* volto ad abrogare le norme che vietano la fecondazione eterologa.

È vero che le decisioni nei giudizi sull’ammissibilità dei referendum abrogativi sono (o dovrebbero essere) ben diverse da quelle emesse nell’ambito di un giudizio di legittimità costituzionale (sul punto v. i rilievi di M. Luciani, *Art. 75*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, *La formazione delle leggi*, t. I, 2, 2005, *passim*, il quale evidenzia criticamente come il giudizio di ammissibilità abbia assunto le caratteristiche di un giudizio di costituzionalità anticipato). Tuttavia, le problematiche sopra evidenziate erano state sollevate da alcuni Comitati contrari all’ammissibilità del *referendum* costituitisi nel procedimento davanti alla Corte (sui problemi legati alla costituzione di detti Comitati dinanzi alla Corte costituzionale v., criticamente, A. Pugiotto, *Referendum sulla procreazione assistita: affollamento a Corte e fuga dal referendum*, in *Quad. cost.*, 2005, 377 ss.).

[27] V., ad es., F. Modugno, *La fecondazione assistita alla luce dei principi e della giurisprudenza costituzionale*, in AA.VV., *Procreazione assistita: problemi e prospettive*, cit., 281 ss.; A. Barbera, *La procreazione medicalmente assistita: profili costituzionali*, cit., 355 ss.

[28] Sul punto v. in particolare i contributi – pubblicati in AA.VV., *La fecondazione eterologa*, cit. – di A. Loiodice, *Spunti introduttivi per un approfondimento delle ragioni di costituzionalità del divieto di fecondazione eterologa*; F.J. Borrego Borrego, *La prudencia judicial en la interpretación de los derechos humanos*; R. Chieppa, *Fecondazione*

eterologa e Corte Europea C.E.D.U.: quali effetti vincolanti nel contrasto di interpretazione tra due decisioni ed altri profili processuali e di costituzionalità; A. Osti, La procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo di fronte alla Corte costituzionale. Spunti di riflessione sull'uso delle sentenze della Corte di Strasburgo da parte dei giudici italiani e sul diritto alla salute; L. Principato, Il divieto di fecondazione assistita eterologa e la tutela della salute.

[29] Sentenza *S.H. and Others v. Austria* del 3 novembre 2011 (*Application no. 57813/00*), disponibile sul sito Internet della Corte, all'indirizzo www.echr.coe.int.

[30] F.J. Borrego Borrego, *La prudencia judicial en la interpretación de los derechos humanos*, cit.

[31] Sul punto v. Corte cost. sent. 8-12 marzo 2010, n. 93, cit., in cui il giudice delle leggi chiarisce che “la Corte costituzionale, pur non potendo sindacare l'interpretazione della CEDU data dalla Corte di Strasburgo, resta legittimata a verificare se la norma della Convenzione, come da quella Corte interpretata – norma che si colloca pur sempre ad un livello sub-costituzionale – si ponga eventualmente in conflitto con altre norme della Costituzione: ipotesi eccezionale nella quale dovrà essere esclusa la idoneità della norma convenzionale a integrare il parametro considerato (sentenze n. 311 del 2009, n. 349 e n. 348 del 2007)”.

[32] §. 92 della decisione. Sul punto v. A. Osti, *La procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo di fronte alla Corte costituzionale*, cit.

[33] V. A. Loiodice, *Spunti introduttivi per un approfondimento delle ragioni di costituzionalità del divieto di fecondazione eterologa*, cit.

[34] Sul punto v. M. M. Fracanzani, *Osservazioni in margine alla procreazione assistita mediante inseminazione eterologa*, cit.

[35] M. M. Fracanzani, *Osservazioni in margine alla procreazione assistita mediante inseminazione eterologa*, cit.

[36] S. Mancuso, *Riflessioni biomediche sulla fecondazione eterologa e sulla maternità surrogata*, in AA.VV., *La fecondazione eterologa*, cit.

[37] S. Mancuso, *loc. ult. cit.*

[38] M. M. Fracanzani, *Osservazioni in margine alla procreazione assistita mediante inseminazione eterologa*, cit.

[39] In tal senso, tra le tante, v. [sentenze n. 340, n. 136 e n. 35 del 2004](#) (in *Giur. cost.*, 2004, rispettivamente, 3817 ss., 1485 ss., 487 ss.), [n. 208 del 2002](#) (*ibid.*, 2002, 1633 ss., con osservazione di P. Carnevale, *A proposito delle interferenze tra legislazione di delega e decretazione di urgenza*), [ordinanza n. 168 del 2001](#) (*ibid.*, 2001, 1334 ss.). Sul tema v. A. Ruggeri – A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., 109 s.

[40] Sul punto v. A. Barbera, *La procreazione medicalmente assistita: profili costituzionali*, cit., 355.

[41] Corte cost. 1° aprile – 8 maggio 2009, n. 151 in *Giur. cost.*, 2009, 1656 ss. con nota di M. Manetti, *Procreazione medicalmente assistita:*

una political question disinnescata e di C. Tripodina, *La Corte costituzionale, la legge sulla procreazione medicalmente assistita e la "Costituzione che non vale più la pena di difendere"?*.

[42] A. Osti, *La procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo di fronte alla Corte costituzionale. Spunti di riflessione sull'uso delle sentenze della Corte di Strasburgo da parte dei giudici italiani e sul diritto alla salute*, cit.; M. Palma, *Divieto di fecondazione eterologa e diritto alla salute: l'ipotesi di un diritto al concepimento tutelato ai sensi dell'art. 32 Cost.*; L. Principato, *Il divieto di fecondazione eterologa e la tutela della salute*, cit.; G. Rocchi, *Il divieto di fecondazione eterologa viola il diritto costituzionale alla salute?*.

[43] F. Modugno, *La fecondazione assistita alla luce dei principi e della giurisprudenza costituzionale*, cit., 284 s.

[44] A. Barbera, *La procreazione medicalmente assistita: profili costituzionali*, cit., 355.

[45] Sent. 28 gennaio 2005, n. 45, in *Giur. cost.*, 2005, 337 ss., con osservazione di G. Monaco, *Il referendum per l'abrogazione delle legge sulla procreazione medicalmente assistita di fronte al limite delle «leggi costituzionalmente necessarie»*.

[46] Nella stessa data in cui è stata depositata la sent. n. 45 del 2005, la Corte costituzionale ha depositato altre quattro decisioni che rappresentano indubbiamente un segno di contraddizione rispetto alla prima sentenza; e cioè le sentenze con le quali la Corte ha dichiarato ammissibili altrettante richieste di *referendum* volte ad abrogare parzialmente la legge sulla procreazione assistita n. 40 del 2004: la proposta che, almeno secondo i promotori del referendum, in caso di esito positivo dello stesso, avrebbe consentito di poter operare ricerche manipolative cliniche e sperimentali sugli embrioni, a scopo diverso dalla cura degli stessi (sent. 28 gennaio 2005, n. 46, in *Giur. cost.*, 2005, 361 ss.); quella per poter produrre un numero di embrioni maggiore rispetto a quelli impiantati nell'utero della donna e per potere crioconservare, senza obbligo di impianto, gli embrioni prodotti in soprannumero (sent. 28 gennaio 2005, n. 47, *ibid.*, 368 ss.); la proposta per ottenere, oltre che le ultime conseguenze ora descritte, anche l'abrogazione dell'art. 1 della legge il quale proclama che essa "assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito" (sent. 28 gennaio 2005, n. 48, *ibid.*, 377 ss.); quella per consentire la fecondazione eterologa (sent. 28 gennaio 2005, n. 49, cit.).

La dottrina non ha mancato di rilevare come tutte le sentenze rese dalla Corte sull'ammissibilità dei *referendum* sulla legge sulla procreazione assistita appaiano contrassegnate da "una impressionante carenza di svolgimenti argomentativi" (A. Ruggeri, *"Tutela minima" di beni costituzionalmente protetti e referendum ammissibili (e... sananti) in tema di procreazione medicalmente assistita (nota "a prima lettura" di Corte cost. nn. 45-49 del 2005)*, disponibile sul sito Internet della Rivista *Quaderni costituzionali*, all'indirizzo www.forumcostituzionale.it). D. Tega, *Referendum sulla procreazione assistita: del giudizio di*

ammissibilità per valori, in *Quad. cost.*, 2005, 385, sottolinea l'evidente contraddizione presente nel giudizio della Corte chiedendosi: "che senso ha giudicare inammissibile la richiesta di abrogazione totale della legge in nome della tipologia delle c.d. leggi costituzionalmente necessarie, per poi ritenere ammissibile quesiti che hanno come bersaglio proprio quelle disposizioni che, nel ragionamento seguito nella sent. n. 45, apprestano una tutela minima, non rinunciabile, a rilevanti interessi costituzionali?". Per ulteriori critiche verso la posizione della Corte v. G. Azzariti, *A proposito di procreazione medicalmente assistita (editoriale)*, in AA.VV., *Costituzionalismo.it. Archivio*, Torino, 2006, 258 s.; G.M. Salerno, *Solo una riforma completa e organica può restituire vigore all'iniziativa popolare*, in *Guida al diritto*, 2005, n. 8, 42 ss.

In riferimento alla sent. n. 45 del 2005 v. anche E. Lamarque, *Referendum sulla procreazione assistita: l'inammissibilità del quesito totale*, in *Quad. cost.*, 2005, 383 s., la quale ritiene che la Corte avrebbe dovuto fare riferimento alla mancanza della omogeneità del quesito referendario, giacché la legge n. 40 "non si occupa di un'unica «materia», ma *almeno* di *due* - se non di più - differenti settori materiali di attività: la PMA, appunto, e la ricerca scientifica sugli embrioni".

[47] Cfr. al riguardo M.R. Morelli, *Valori fondamentali della persona e tecniche di interpretazione costituzionalmente orientata della nuova disciplina in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *Dir. fam. pers.*, 2005, 244.

[48] Sul punto v. l'analisi di G. Rocchi, *Il divieto di fecondazione eterologa viola il diritto costituzionale alla salute?*, cit.

[49] V. sent. 332 del 2000, in *Giur. cost.*, 2000, 2455 ss. Sul punto v. M. Palma, *Divieto di fecondazione eterologa e diritto alla salute*, cit.

[50] Cfr. A. Barbera, *La procreazione medicalmente assistita: profili costituzionali*, cit., 355.

[51] L. Principato, *Il divieto di fecondazione assistita eterologa e la tutela della salute*, cit.

[52] Sui quali v. A. Loiodice, *I "miliardari della provetta". Aspetti mercantili della Fivet*, in *Studi cattolici*, aprile 2005.

[53] Così v. G. Vassalli, *Prefazione a F. Vari, Concepito e procreazione assistita*, cit., VII.

[54] Cfr. il giudizio pendente davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo *Costa Pavan v. Italy (Application no. 54270/10)*; ord. del Tribunale di Salerno del 13 gennaio 2010; ord. del Tribunale di Bologna del 29 giugno 2009; sentenza del Tribunale di Cagliari del 22 settembre 2007.

[55] Nella motivazione della decisione la Corte richiama, infatti, la possibile lesione della salute della donna derivante dal limite al numero massimo di embrioni creabili per ogni ciclo di PMA, citando come esempio la sindrome da iperstimolazione ovarica. In realtà, i dati forniti dal Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche sociali nella "Relazione del Ministro della Salute al Parlamento sullo stato di attuazione della legge contenente norme in materia di procreazione

medicalmente assistita”, dell’aprile 2008, provavano l’esatto contrario. In detta relazione, infatti, si legge che, dopo l’entrata in vigore della legge n. 40 del 2004, che all’epoca limitava appunto il numero di embrioni che potevano essere creato per ogni ciclo di procreazione artificiale, si è verificato un “crollo delle complicanze per iperstimolazione ovarica (OHSS)”, passandosi dai “670 casi del 2005 ai 161 casi del 2006” (pag. 80 della Relazione). Da tali dati emergeva chiaramente che la disciplina dettata dalla legge n. 40, limitando il numero di ovuli femminili fecondabili, aveva ridotto il ricorso alla deleteria e dannosa pratica di sottoporre la donna a violenti cicli di stimolazione ovarica per ricavare numerosi ovociti, con la conseguente sindrome da iperstimolazione.

[56] Sul punto v. L. Principato, *Il divieto di fecondazione eterologa e la tutela della salute*, cit.

[57] Sul punto v. A. Osti, *La procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo di fronte alla Corte costituzionale. Spunti di riflessione sull’uso delle sentenze della Corte di Strasburgo da parte dei giudici italiani e sul diritto alla salute*, cit.

[58] M. Luciani, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2006, 1663 s.

[59] F.J. Borrego Borrego, *La prudencia judicial en la interpretación de los derechos humanos*, cit.; L. Principato, *Il divieto di fecondazione eterologa e la tutela della salute*, cit.

***Resoconto della Tavola Rotonda "Nuovi servizi e contenuti digitali tra
semplificazione amministrativa, diffusione della conoscenza e diritti
individuali"***

9 marzo 2012

Università Europea di Roma

di

Redazione Diritto Mercato Tecnologia

Lo scorso venerdì, 9 marzo 2012, alle ore 10, si è svolto presso l'Università Europea di Roma (via degli Aldobrandeschi, 190) una Tavola Rotonda sul tema "Nuovi servizi e contenuti digitali tra semplificazione amministrativa, diffusione della conoscenza e diritti individuali", volta a fare il punto sul recepimento degli impegni dell'Agenda Digitale europea ed italiana e a discutere delle criticità incontrate all'interno delle istituzioni nel processo di semplificazione amministrativa e dei risultati che si intendono ottenere, con particolare riferimento alla diffusione della conoscenza e all'incremento della tutela dei diritti individuali.

Dopo gli indirizzi di saluto del Magnifico Rettore, Prof. Paolo Scarafoni, e del Direttore Generale per le Biblioteche, gli Istituti Culturali ed il Diritto d'Autore, Dott. Maurizio Fallace, ha aperto la Tavola Rotonda il Prof. Alberto M. Gambino, Direttore della Scuola di Specializzazione per le Professioni Legali dell'Università Europea di Roma, e coautore, con il Prof. Andrea Stazi, del volume "Diritto dell'Informatica e della Comunicazione", Giappichelli, di cui è stata presentata la seconda edizione.

Il Prof. Gambino nel suo saluto ha sottolineato come "Non bastano cabine di regia istituzionali e parole magiche come 'agenda digitale' per rilanciare amministrazioni dello Stato davvero al passo con il progresso tecnologico: occorre che alla guida di questi processi si pongano i veri protagonisti della rivoluzione informatica di quest'ultimo decennio, a cominciare dai creatori delle piattaforme tecnologiche che oggi fanno dialogare miliardi di persone online".

"In Italia - ha ricordato Gambino - con il Decreto Semplificazioni è stata istituita la Cabina di Regia per l'Agenda Digitale cui partecipano vari ministri; ma questo ennesimo "tavolo" risulterà sterile se non ci si metterà subito nel solco dell'orizzonte tracciato pochi mesi fa dal commissario europeo all'Agenda digitale Neelie Kroes, che ha ricordato, in occasione del Digital

Agenda Summit, che per uscire dalla crisi economica una delle ricette più credibili ed efficaci è l'investimento in ICT, in quanto i Paesi europei leader per produttività, sono gli stessi che più hanno investito nel settore delle tecnologie digitali".

"In questo contesto - ha concluso il Prof. Gambino - due appaiono davvero gli obiettivi più urgenti: implementare l'amministrazione pubblica online, con l'obiettivo europeo di garantire entro il 2015 il ricorso all'e-Government ad almeno il 50% della popolazione ed incrementare la diffusione delle tecnologie connesse alla sanità online per migliorare la qualità dell'assistenza medica, ridurre i costi e favorire la dignità e l'autonomia delle persone, in particolare nelle aree rurali e più isolate".

La tavola è stata moderata dalla conduttrice di SkyTg24 Ilaria Iacoviello, che ha coinvolto per primo il Sottosegretario allo Sviluppo Economico, Prof. Massimo Vari, delegato *in pectore* alle telecomunicazioni. Nel suo intervento il Sottosegretario ha sottolineato l'importanza di procedere nel modo più sollecito possibile all'apertura dei cantieri per la banda larga, rimarcando l'impegno del Governo per abbattere il digital divide nel nostro Paese.

Nel successivo intervento il Pres. Riccardo Chieppa, Presidente Emerito Corte Costituzionale, ha ricordato l'importanza di saper apportare innovazione nella PA predisponendo una struttura che sia costantemente in grado di adeguarsi al costante ed incessante sviluppo tecnologico.

L'Ing. Roberto Viola, Segretario Generale dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, ha offerto agli uditori un suo contributo riferendosi in particolare alla disciplina sul diritto d'autore ed al Regolamento Agcom in materia. L'intenzione dell'Autorità, ha affermato il Segretario Generale Viola, è di andare avanti anche senza i chiarimenti legislativi del parlamento, anticipando la terza, imminente, audizione in Parlamento ed il successivo passaggio con l'Unione Europea.

Il Dott. Davide Giacalone, Presidente dell'Agenzia per l'Innovazione, ha ricordato come la connettività sia maggiormente importante per le medie e le piccole imprese rispetto a quanto non sia per le grandi, in quanto le prime hanno nella connettività parte dell'infrastruttura del servizio offerto. Quanto detto è maggiormente vero se si considera che l'Italia è uno dei paesi all'avanguardia sull'offerta dei servizi digitali, ma è tra le ultime in graduatorie OCSE nell'utilizzo degli

stessi. Questo - secondo il Presidente Giacalone - dipende dal basso tasso di alfabetizzazione informatica, dalla circostanza che la PA tratta i dati di cui dispone come se fossero propri non mettendoli a disposizione degli operatori economici rendendone difficoltoso l'accesso, nonché, da ultimo, dall'incapacità di predisporre un unico sistema di autenticazione, che è, invece, frammentato per ogni servizio, portale, e così via. Per uscire da questa empasse tecnologica deve farsi riferimento all'unicità del mezzo digitale, come fanno i commercialisti che operano nel loro lavoro solo telematicamente.

L'Avv. Alessandro Luciano, presidente della Fondazione Ugo Bordoni, ha riportato agli uditori l'esperienza della Fondazione nella gestione del Registro delle Opposizioni evidenziando come il lavoro fin qui svolto abbia indotto il Governo ad inserire la Fondazione Bordoni nella cabina di regia dell'Agenda Digitale in Italia affidandole il delicato compito di sovrintendere all'implementazione della sicurezza delle reti per l'ICT. Tale ruolo - ha ricordato il Presidente Luciano - è molto importante in quanto, come comprovato da recenti studi europei, la sicurezza delle reti è fondamentale per lo sviluppo dell'Agenda Digitale, nonché per accrescere la fiducia dei cittadini nei nuovi servizi.

La Tavola Rotonda è stata organizzata dall'Università Europea di Roma, Centro di Ricerca di Eccellenza per il Diritto d'Autore, in collaborazione con il Ministero dei Beni Culturali, Direzione Generale per le Biblioteche, gli Istituti Culturali ed il Diritto d'Autore, nell'occasione dell'inaugurazione dell'anno accademico della Scuola di Specializzazione per le Professioni Legali dell'Università Europea di Roma e della pubblicazione della seconda edizione del volume di A.M. Gambino e A. Stazi (con la collaborazione di D. Mula), "Diritto dell'informatica e della comunicazione", Giappichelli Editore, 2012, e rientra nella settimana della Scienza e Tecnologia organizzata dall'Ufficio della Pastorale Universitaria di Roma. Nel contesto dell'evento è stata esposta l'opera "Articolo 9" dell'artista Angelo Savarese.

Presto su questa Rivista verranno rese disponibili su questa Rivista le immagini della Tavola Rotonda.

Quali modelli di copyright per favorire la diffusione della cultura?

di
Fiona Macmillan

Intervento al Workshop sul tema "Innovazione, concorrenza, benefici per i consumatori nella proprietà intellettuale: l'emersione di "altri" modelli normativi e stakeholders" tenutosi il 9 marzo 2012 presso la LUISS Guido Carli.

Abstract: L'idea del copyright come modello per favorire la diffusione della cultura ha sofferto molto negli ultimi anni. In questa fase storica viviamo una situazione in cui la battaglia che riguarda il copyright viene presentata generalmente come uno scontro d'ideali e di cultura.

Sostanzialmente tre sono i motivi su cui si fonda questa battaglia. Il primo è il fenomeno che vede la progressiva concentrazione dei diritti di copyright nelle mani delle grandi imprese, che spesso si rivelano aggressive nella difesa di questi diritti. Il secondo è il fatto che, a livelli globali, regionali e nazionali, l'equilibrio tra i diritti dei titolari di copyright e i diritti degli utenti delle opere soggette a copyright è cambiato a favore, sembra, dei titolari. In terzo luogo la battaglia si è intensificata a seguito della legge sulle cosiddette "misure tecnologiche di protezione" ("technological protection measures"), adottata per ottemperare agli obblighi internazionali. Questa legge (1) considera reato l'elusione di una misura tecnologica di protezione; e (2) dà al titolare del copyright, per i prodotti in versione digitale e dotati di sicurezza, un livello di controllo superiore rispetto a quello tradizionalmente assicurato ai titolari del diritto d'autore sui prodotti analogici. Il motivo è che questa legge ha abolito l'eccezione relativa al "fair use"/"fair dealing". Questo è il caso per esempio, del Digital Millennium Copyright Act negli Stati Uniti.

I risultati per la nuova immagine di copyright sono, essenzialmente, riassumibile come segue:

1. L'idea che il copyright rappresenta potere e autoritarismo, contro il quale potrebbe essere contrapposta la libera scelta, la libertà di parola e la libertà di innovare e di creare, di "fare conoscenza" ("produce knowledge").

2. L'idea che il copyright rappresenta chiusura e limitazione: le limitazioni dell'uso, compreso l'uso derivativo, e le limitazioni della distribuzione. L'une e le altre sono possibili conseguenze

dell'applicazione del copyright. Mi sembra che quest'idea sia strettamente legata all'ambiente digitale e alla "società informatica". L'idea che il modello di copyright fosse così chiuso era molto meno evidente prima dell'arrivo dell'Internet, che ha prodotto modelli di condivisione e di scambio veloce di informazioni.

Almeno in teoria, quest'idea costituisce un detrimento al copyright. È vero che il copyright è in grado di limitare in modo assai significativo la distribuzione e l'uso. Però, teoricamente, abbraccia un modello aperto di creatività, attraverso concetti come fair use/fair dealing, la dicotomia tra idea ed espressione (proteggendo solo l'espressione), le limitazioni della durata, e molte altre eccezioni. È probabile che, nella fase storica che stiamo vivendo, queste eccezioni non funzionino in maniera efficiente. E il fatto che non sia possibile usare le eccezioni del fair use per i prodotti che rientrano tra quelli protetti dalle "technological protection measures" non migliora l'immagine del copyright.

3. C'è la dicotomia tra autori ed utenti. Il copyright è fondato sull'idea che gli autori e gli utenti sono diversi. Devo dire che in questo periodo questa dicotomia ha assunto connotati estremi, parallelamente al fenomeno che vede sempre più diritti di copyright di grande valore concentrati nelle mani delle grandi imprese. In un certo modo, questo sviluppo tradisce le origini del copyright, che erano basate sull'idea che gli autori fossero anche utenti. Per questo motivo una volta, nella prima infanzia del copyright, dominava l'idea che il copyright avrebbe dovuto incoraggiare e non limitare la creatività.

Ci sono poi una serie di critiche, non nuove e che forse non sono legate in modo così netto agli sviluppi recenti, ma, invece, riflettono problemi che sono diventati più evidenti nel contesto digitale. Ad esempio: l'idea che il copyright non è in grado di riconoscere la realtà della creatività, perchè al cuore del copyright c'è l'idea dell'autore o del genio individuale. E, nonostante che quest'idea non sia più di moda, si riflette ancora nel paradigma del copyright. Il copyright è stato criticato in alcuni contesti per il fatto che non riconosce le comunità dei creatori e i diritti che dovrebbero collegarsi ai risultati della loro creatività. In particolare, il problema del copyright è che non esprime bene l'idea del cosiddetto "dominio pubblico" ("public domain").

Mi piacerebbe vedere nel sistema del copyright un modello per favorire la creatività e la diffusione della creatività e della cultura perchè non credo che le limitazioni del copyright non possano non essere connesse alla tutela di un bene pubblico. Quindi mi chiedo: il problema è la distorsione del sistema di copyright o il sistema stesso ad essere il problema?

Per il tempo che mi rimane vorrei soffermarmi su questa domanda. Mi sembra che sia necessario considerare la questione anche a livello sopra-nazionale. La realtà è che le grandi imprese sono multinazionali e operano a livello globale e, in questo contesto, spesso isolano i mercati

nazionali e approfittano delle differenze tra le leggi nazionali per manipolare i prezzi di accesso ai prodotti soggetti a copyright.

Allo stesso modo, quando parliamo della diffusione della cultura, non riconosciamo sempre i confini nazionali. Anzi, oggi è più probabile che parliamo della diffusione almeno in Europa e forse a livello mondiale.

In Europa abbiamo avuto recentemente un caso molto interessante su questo tema, il caso di *Murphy v English Football Association*. In questo caso, the English Football Association ha fatto causa alla Signora Murphy, una titolare di una licenza per una birreria – una cosiddetta “British pub-landlady” – al fine di impedirle di mostrare nella sua birreria le trasmissioni via satellite delle partite della “Premier League” inglese per mezzo di un decoder greco. Utilizzando questo “decoder card”, la Signora Murhy pagava molto meno e poteva mostrare le partite quasi in diretta, con una lieve sfasatura temporale.

Ovviamente il caso è anche molto interessante dal punto di vista sociologico. Il fatto che quando parliamo della diffusione della cultura in Inghilterra parliamo del calcio non è privo di importanza sociologica. Ma, forse più interessante è il fatto che in Inghilterra il concetto del “British pub-landlady” incarna i valori popolari. Quindi la Signora Murphy incarna una sorta di Davide contro Golia. Purtroppo, però, il tempo a mia disposizione non mi consente di analizzare il rapporto tra questa dimensione sociologica e la dimensione legale.

Dal punto di vista legale, l’effetto dell’uso della card del decoder annulla il modo in cui la Football Association ha usato il suo copyright, frazionando il mercato europeo in mercati nazionali e, quindi, l’uso liberalizzato di card straniera per i decoder ha introdotto una forma di concorrenza per quanto riguarda il prezzo di accesso.

Secondo la Corte di Giustizia dell’Unione Europea, che è sposato la tesi dell’Avvocato Generale (che è stata un’Avvocata Generale in questo caso), la questione centrale, nel caso di specie, è stato il rapporto tra copyright e il diritto alla libera circolazione dei servizi all’interno dell’Unione così come disciplinato nell’ articolo 56 del Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea.

Come ha detto l’Avvocata Generale: dividere l’Unione Europea nei mercati nazionali pregiudica questo diritto alla libera presentazione dei servizi all’interno dell’Unione. E questo problema tocca anche la vendita, ad esempio, di software, opere musicali, libri elettronici e i film tramite Internet. Inoltre, secondo la Corte, la divisione del mercato non può essere giustificata sulla base della necessità di proteggere i diritti relativi alle trasmissioni in diretta.

Ma, per la Football Association, le brutte notizie non si sono fermate qui. L’Avvocata Generale ha aggiunto che i contratti di licenza esclusiva validi per il territorio di uno Stato membro dell’Unione, che vietano la concorrenza tra gli altri Stati membri, violano le regole del Trattato relative alla concorrenza.

Forse vedremo una nuova alba in Europa. Forse in Europa i mercati isolati dalla concorrenza grazie al copyright non esisteranno più. Però il

punto interessante è che se è così non è perché il copyright è funzionato per ottenere questo risultato – invece, e grazie ai principi di concorrenza dell’Unione Europea. E certo, il titolare di copyright può ancora imporre le limitazioni pesanti sull’accesso – e solo necessario evitare la divisione del mercato europeo nei mercati nazionali. Il problema che abbiamo adesso in Europa è che, salvo per la possibilità di isolare i mercati nazionali, il potere dei titolari di copyright è diventato fortissimo mentre i diritti degli utenti, incluso il diritto di accesso, sono diventati progressivamente più deboli.

Se ci spostassimo a livello globale avremmo lo stesso copyright senza anche la protezione dei principi relativi alla concorrenza. Significa per me che c’è qualcosa nel sistema, nel modello, di copyright che non va, che non favorisce la diffusione della cultura a livello globale.

Non sono sicura se questo è una distorsione del sistema o il problema sia il sistema del copyright. Ma mi sento sicura nel dire che se vogliamo favorire la diffusione della creatività e della cultura dobbiamo prevedere nelle leggi nazionali le limitazioni al potere dei titolari di copyright.

In alcuni settori ci sono dei modelli molto noti. Ad esempio, nel campo del software c’è il modello *open source* che dipende dal copyright per limitare il funzionamento del copyright stesso. È possibile parlare dei “diritti” nell’ambiente di Open Source, ma questi diritti dipendono da un sistema di licenze. La licenza di copyleft, ad esempio, permette l’uso e lo sviluppo del software ma proibisce l’uso commerciale di ogni versione che sia stata creata con l’autorizzazione della licenza. Inoltre, è molto importante che il trasferimento della versione sia soggetta alle stesse limitazioni. In altre parole, le innovazioni successive devono rientrare nel dominio pubblico. Questo è il cosiddetto aspetto “virale” della licenza. È stata sollevata la questione della validità di queste licenze. Però, secondo l’opinione prevalente, esse sono valide, purchè non implicino la totale rinuncia al copyright.

Un altro modello è quello del “creative commons” che parimenti dipende da un sistema complesso di licenze di copyright. A Lawrence Lessig, il creatore di creative commons, piace dire che “Creative Commons” è una zona “lawyer-free”, ma solo grazie ad una architettura legale molto complessa ed estesa.

Tuttavia questi modelli non possono risolvere il problema del controllo della cultura dalle grandi imprese. Per questo, come ho detto, dobbiamo prevedere nelle leggi nazionali le limitazioni sul potere dei titolari di copyright. In altre parole dobbiamo riparare il modello di copyright stesso.

Un esempio interessante di questo in Italia è rappresentato dall’articolo 99 della legge sul diritto d’autore che prevede un tipo di dominio pubblico a pagamento per le opere che costituiscono le soluzioni ai problemi tecnologici. Una volta quest’idea del dominio pubblico a pagamento era molto più diffusa nell’architettura del copyright. Forse

CONVEGNI

adesso potrebb'essere una risposta ben equilibrata al problema che dobbiamo affrontare.

***Proprietà intellettuale e tutela dei consumatori:
verso un nuovo framework?***

di
Andrea Stazi

Intervento al Workshop sul tema "Innovazione, concorrenza, benessere dei consumatori nella proprietà intellettuale: l'emersione di "altri" modelli normativi e stakeholders" tenutosi il 9 marzo 2012 presso la LUISS Guido Carli.

1. Proprietà intellettuale "sbilanciata", economia della conoscenza e diritti fondamentali

I diritti di proprietà intellettuale sono caratterizzati da una tensione interna tra due obiettivi regolatori opposti: incentivo e accesso. Per ridurre gli impatti negativi del monopolio riconosciuto attraverso essi, in particolare, brevetti e diritti d'autore sono concessi per un periodo limitato, sono soggetti ad eccezioni e limitazioni, a licenze obbligatorie, a costi di rinnovo crescenti, *etc.*

D'altronde, nell'ambito di tali discipline si registrano norme considerate derivanti da fenomeni di "cattura del regolatore": per il diritto d'autore, si cita ad esempio il passaggio da un limite di 14 anni a uno che si estende a 70 anni dopo la morte dell'autore; per i brevetti, l'ampliamento dell'ambito e del numero di essi, particolarmente evidente oggi (specie negli Stati Uniti) con l'esplosione del fenomeno dei "patent trolls", che ottengono brevetti non per sviluppare l'invenzione, bensì per intentare azioni legali (in crescita esponenziale) contro terzi in modo aggressivo e opportunistico.

Negli ultimi anni, inoltre, la rivoluzione digitale sta avendo un impatto dirompente sulla proprietà intellettuale, rendendo non solo il costo della copia pressoché nullo, ma anche la qualità della copia identica a quella dell'originale. Le case di produzione cinematografiche o musicali, gli editori e le altre aziende dell'audiovisivo si trovano quotidianamente di fronte a nuove e rilevanti pressioni – od opportunità, a seconda del loro approccio – poste dai nuovi modelli di *business* digitali, relativi in particolare alla distribuzione e fruizione di video o musica *on line* [1].

Nell'economia della conoscenza, si verificano sempre più di frequente fattispecie in cui risulta evidente la necessità di bilanciare la tutela della proprietà intellettuale con altri diritti fondamentali degli interessati, siano essi le imprese o i consumatori/utenti [2].

Di recente, in materia di diritto d'autore, si sono registrate anzitutto le sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione Europea rese nel caso *Scarlet c. Sabam* del novembre 2011 e *Sabam c. Netlog* del febbraio 2012, dai contenuti sostanzialmente analoghi. Nella prima, in

particolare, la causa verteva sul rifiuto della Scarlet (fornitore di accesso a internet) di predisporre un sistema di filtraggio delle comunicazioni elettroniche realizzate tramite programmi per lo scambio di file (*peer-to-peer*), al fine di impedire gli scambi di file in violazione del diritto d'autore.

La Corte di Giustizia ha statuito che l'ingiunzione rivolta ad un fornitore di accesso a internet di predisporre un sistema di filtraggio (come quello che era stato imposto alla Scarlet nella causa principale) lo obbligherebbe a procedere ad una sorveglianza attiva su tutti i dati di ciascuno dei suoi clienti per prevenire qualsiasi futura violazione di diritti di proprietà intellettuale, in contrasto quindi con l'articolo 15 della direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico (nel diritto italiano, art. 17 del D. Lgs. 70/2003), che vieta alle autorità nazionali di adottare misure che impongano agli *internet service provider* di procedere a una sorveglianza generalizzata sulle informazioni trasmesse sulle proprie reti.

Secondo la Corte, un'ingiunzione di questo genere non rispetterebbe l'esigenza di garantire un giusto equilibrio tra, da un lato, la tutela del diritto di proprietà intellettuale, di cui godono i titolari dei diritti d'autore, e, dall'altro, quella della libertà d'impresa dei fornitori di accesso ad internet, poiché obbligherebbe questi ultimi a predisporre un sistema informatico complesso, costoso, permanente e unicamente a suo carico, in contrasto con quanto disposto all'art. 3 della direttiva c.d. *enforcement*, 2004/48/CE.

In materia di brevetti genetici, poi, negli Stati Uniti si è registrato il caso *Myriad*, in cui si è posta in discussione la validità di un insieme di brevetti su geni relativi a test diagnostici per la predisposizione al cancro al seno e alle ovaie.

Nel luglio 2011, la *Court of Appeals for the Federal Circuit* ha affermato che le rivendicazioni che coprono sequenze di geni isolate sono valide, in quanto non esistenti in natura. Inoltre, ha negato che la rivendicazione del metodo per monitorare potenziali terapie contro il cancro sulla base dei tassi delle mutazioni cellulari sia riconducibile a un principio scientifico non brevettabile. Viceversa, il *Federal Circuit* ha confermato che le rivendicazioni per i metodi diagnostici i quali si limitino a comparare o analizzare sequenze, senza avere uno *step* trasformativo, sono invalidi.

Qualora la *Supreme Court* optasse per la conferma di quest'ultima posizione espressa dalla *District Court* (e dal *Department of Justice* in un apposito *amicus brief*), i geni in sé potrebbero essere esclusi dalla brevettazione, e di conseguenza è difficile immaginare come qualsiasi test che compari sequenze di geni possa risultare ancora brevettabile, dal momento che non comporterebbe alcuna attività inventiva. Le imprese che si occupano della scoperta di geni e dello sviluppo di test genetici che confrontano sequenze di DNA potrebbero comunque immettere nel mercato questi ultimi, dovendo però affrontare la concorrenza molto prima di quanto avrebbero fatto in passato. In

questo modo, da un lato, potrebbe aversi l'effetto della promozione dello sviluppo di test meno cari e quindi più accessibili per i pazienti; dall'altro, essendovi un minore numero di rivendicazioni brevettuali a livello di scienza di base, le sequenze non tutelate potrebbero essere liberamente oggetto di studi, così da accelerare l'evoluzione della conoscenza e migliorare le prospettive delle imprese interessate a creare terapie basate su queste informazioni.

Peraltro, al di là degli interessi economici, la questione solleva altresì questioni essenziali di *consumer welfare*. In proposito, ad esempio, recenti studi della *Duke University* hanno rilevato che molti ospedali non possono offrire un servizio di diagnosi – spesso fondamentale come quello d'individuare una predisposizione o la presenza di una grave patologia – poiché altrimenti dovrebbero rispondere alle imprese titolari dei brevetti sui singoli geni interessati nel caso di specie.

2. Proprietà intellettuale e tutela dei consumatori/utenti: la Direttiva 2011/83/UE

Nel complesso scenario degli interessi in gioco nell'economia della conoscenza, un approccio pragmatico per contribuire al bilanciamento degli stessi potrebbe essere basato – quanto meno in prima battuta – sull'integrazione tra proprietà intellettuale e tutela dei consumatori. Ciò non significherebbe necessariamente l'inclusione di quest'ultima nel *corpus* normativo della proprietà intellettuale. Entrambe le discipline, mantenendo la loro autonomia, potrebbero contribuire al bilanciamento degli interessi dei vari *player* in gioco: produttori, fornitori, consumatori/utenti, *etc.*

La soluzione può non essere considerata la migliore possibile – in particolare poiché non si occupa degli interessi non economici dei consumatori/utenti (diritto alla *privacy*, libertà di espressione, *etc.*) – ma appare comunque utile per consentire un accesso informato ai prodotti dell'attività inventiva o creativa, e la possibilità per i consumatori di essere tutelati nei loro rapporti contrattuali con i fornitori dei prodotti.

In questa direzione di "integrazione proattiva" tra proprietà intellettuale e protezione dei consumatori, deve rilevarsi che la nuova direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori, adottata il 25 ottobre scorso, prevede espressamente l'estensione della tutela dei consumatori ai rapporti relativi ai contenuti digitali.

Una prima previsione rilevante della Direttiva concerne i generali obblighi d'informazione che i fornitori sono tenuti a rispettare nei confronti dei consumatori prima della stipula del contratto: per i contenuti digitali, in aggiunta alle previsioni generali, il fornitore deve informare il consumatore riguardo alle loro caratteristiche di funzionalità ed interoperabilità.

Riguardo al diritto di recesso riconosciuto ai consumatori per i contratti stipulati a distanza o fuori dei locali commerciali, se il contenuto digitale

è fornito attraverso un mezzo tangibile (come un cd o dvd), il periodo di recesso previsto scade dopo 14 giorni da quando il consumatore ha acquisito il possesso del bene; se il contenuto non è fornito tramite un mezzo tangibile, il periodo decorre dalla stipulazione del contratto.

Quindi, la Direttiva incarica la Commissione europea di valutare la necessità di ulteriori previsioni armonizzate per i contenuti digitali, ed eventualmente presentare una proposta legislativa in materia.

Infine, occorre notare come la Direttiva specifichi che, ove le sue previsioni contrastino con quelle di altri atti normativi dell'UE concernenti settori specifici, queste ultime dovranno prevalere. Una simile applicazione del principio di specialità, evidentemente, potrebbe produrre in concreto l'effetto di limitare i casi di applicazione delle suddette norme della Direttiva riguardo ai contenuti digitali.

Ad ogni modo, tali previsioni rappresentano un contributo importante nell'ottica della tutela dei consumatori/utenti anche rispetto ai prodotti oggetto di diritti di proprietà intellettuale [3].

3. L'estensione della figura del consumatore al contraente debole/cliente

Attualmente, peraltro, a rendere più complesso il quadro, si registra un *focus* crescente di attenzione legislativa che transita dal consumatore a qualunque "contraente debole", o "cliente", sia esso persona fisica, sia entità organizzata, sia operatore professionale, sia, pure, imprenditore.

I segnali al riguardo sono contenuti, a livello del diritto dell'Unione Europea, nel regolamento CE 593/2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (cosiddetto "Roma I"), e, soprattutto, in un insieme di recenti direttive che presentano la triplice caratteristica di a) riguardare servizi, b) contenere nuclei di disciplina di rapporti contrattuali, e c) orientare questa disciplina verso l'obiettivo della protezione del contraente debole. In tal senso, rilevano in particolare la direttiva generale sui servizi (2006/123/CE), le direttive settoriali sui servizi assicurativi vita e non vita (88/357/CEE e 2002/83/CE); la direttiva sull'*e-commerce* (2000/31/CE); la direttiva sui servizi di pagamento (2007/64/CE); le direttive sui servizi d'investimento (Mifid, 2004/39/CE e 2006/73/CE), che disciplinano una molteplicità di rapporti contrattuali - relativi essenzialmente alla fornitura di servizi (protagonisti dell'odierna economia della conoscenza) - in funzione della protezione del contraente debole.

A quale titolo si ritiene, quindi, che (non più il consumatore in senso tradizionale bensì) il contraente debole sia da reputarsi parte meritevole di tutela? In tal senso, si pone l'accento in particolare sulla diversa posizione del fornitore del servizio e del contraente debole, là dove la superiorità del fornitore risiede nel fatto che esso ha il controllo sulla prestazione caratteristica del contratto: rende disponibile ed offre tale prestazione, ne ha il dominio tecnico ed informativo. Il fornitore è

l'“*insider*”, mentre il cliente è l'“*outsider*”, privo di conoscenze che gli permettano di porsi in posizione di parità nel rapporto contrattuale.

Nell'ordinamento italiano, nella medesima direzione possono citarsi i decreti “Bersani” (d.l. n. 223/2006 e d.l. n. 7/2007), che hanno la caratteristica singolare di essere formalmente orientati alla protezione del consumatore, non presentando però alcuna norma che lo riguardi ove inteso in senso tecnico, ed esprimendo piuttosto una disciplina che attiene ai contraenti deboli/clienti *tout court*, per i rapporti assicurativi, di telecomunicazione, *etc.*, in quanto la figura tutelata è quella di qualunque soggetto che accede al mercato; peculiarità analoga è possibile rilevare ancora in ambito comunitario, là dove, nella direttiva 90/314/CEE sui pacchetti turistici, il destinatario dichiarato è il consumatore, ma la disciplina, poiché i criteri definitivi non sono quelli codificati per il consumatore, investe la posizione del contraente debole [4].

Infine, sempre sul piano della normativa nazionale, si pensi all'aggiunta, effettuata nel 2007, dell'art. 32-*bis* al testo unico finanziario (d.lgs. n. 164/2007), con cui si è estesa la tutela originariamente fornita ai soli consumatori a tutti gli investitori, nonché, da ultimo, alla previsione nel recente disegno di legge sulle liberalizzazioni dell'estensione delle tutele previste dal Codice del consumo alle microimprese che esercitano anche a titolo individuale o familiare con meno di 10 persone e con fatturato annuo non superiore a 2 milioni di euro [5].

4. Conclusioni

L'integrazione tra la proprietà intellettuale e la tutela dei consumatori appare un fenomeno assai utile per contribuire al ribilanciamento degli interessi in gioco.

In questo senso, la direttiva n. 2011/83/UE compie un passo importante, che potrebbe essere il primo verso un nuovo *framework* integrato di tutela del consumatore/utente dei contenuti e servizi digitali.

Peraltro, questo processo è reso più complesso (sebbene potenzialmente più efficace) dal fatto che nel frattempo la figura del consumatore tende a “dilatarsi” verso la più ampia categoria del contraente debole/cliente.

Occorre, dunque, un'armonizzazione delle evoluzioni normative in corso nelle materie della proprietà intellettuale e della tutela dei consumatori, al fine di consentire che la tutela del contraente debole del rapporto possa riguardare ogni soggetto che accede o intende accedere al mercato – poiché tale comunque è – della proprietà intellettuale.

Soltanto in questo modo, sembra possibile muovere un piccolo – ma rispetto alla situazione attuale già grande – passo verso la piena attuazione dei principi della promozione dell'arte, della cultura e della scienza, della libertà di espressione, e della tutela dell'iniziativa

economia privata (nei limiti dell'utilità sociale), previsti quali fondamentali sia nel diritto dell'Unione Europea sia in quello italiano.

Notes:

[1] Su questi temi, sia consentito rinviare, tra gli altri, a: A.M. Gambino, A. Stazi (con la collaborazione di D. Mula), *Diritto dell'informatica e della comunicazione*, Giappichelli, 2012 (II edizione), p. 143 ss.; A. Stazi, *Intellectual Property and Consumer law in the Knowledge economy*, in *Il diritto di autore*, n. 4/2010, p. 342 ss.

[2] In proposito si veda, tra gli altri: G. Ghidini, *Introduzione*, in G. Ghidini, A. Stazi (a cura di), *Accesso a informazione e conoscenza nell'era multimediale. Libertà di espressione, libertà di concorrenza e proprietà intellettuale*, LUISS University Press, 2011, p. 1 ss.

[3] Per più ampie considerazioni in argomento, sia consentito rinviare a: A. Stazi, *Digital copyright and consumer/user protection: moving toward a new framework?*, in *Queen Mary Journal of Intellectual Property*, Vol. 2 n. 2, p. 158 ss.

[4] Cfr.: V. Roppo, Relazione tenuta in occasione dell'Incontro di studi: "Squilibrio contrattuale e tutela del contraente debole", Roma, 20 ottobre 2010, Aula Magna della Corte Suprema di Cassazione, consultabile

all'indirizzo https://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:JZ7VzStDQYsJ:www.giustizia.abruzzo.it/formazione_magistrati.aspx?file_allegato%3D375+Incontro+di+studi+Squilibrio+contrattuale+e+tutela+del+contraente+debole&hl=it&gl=it&pid=bl&srcid=ADGEESigGHxqE8c2vHv3-ynZFX9ilUx_Mbol9VJh4EqWNPUYxLvColu6DsNjOajdfNI_u5n2zj3ITGb9YdDLGvA_dkL3fHO5sD3j8VRafrSRonxnfFh7j2QY7tevCVSIPn6QKYVxzTGJ&sig=AHIEtbTkPzVp8ptnixm9nxQmbfwcZ0lyjw, p. 4 ss.

[5] Attraverso un'aggiunta all'art. 18, comma 1, del d.lgs. 206/2005, in cui si innesta la lettera d-*bis*), che definisce le «microimprese» quali entità, società di persone o associazioni, che, a prescindere dalla forma giuridica esercitano un'attività economica artigianale e altre attività a titolo individuale o familiare. Rientrano nella definizione ad esempio, tra le altre, le ditte individuali, le snc e le sas.

DIRITTO MERCATO TECNOLOGIA
N. 1 - 2012

DIRITTO MERCATO TECNOLOGIA
Numero 1 - 2012
Anno II
www.dimt.it
ISSN (Online edition): 2239-7442