

# Quaderni di Diritto Mercato Tecnologia



Direttore Scientifico  
Alberto Maria Gambino

## COMITATO SCIENTIFICO

Guido Alpa  
Vincenzo Di Cataldo  
Giusella Finocchiaro  
Giorgio Florida  
Gianpiero Gamaleri  
Alberto M. Gambino  
Gustavo Ghidini  
Andrea Guaccero  
Mario Libertini  
Francesco Macario  
Roberto Mastroianni  
Giorgio Meo

Cesare Mirabelli  
Enrico Moscati  
Alberto Musso  
Luca Nivarra  
Gustavo Olivieri  
Cristoforo Osti  
Roberto Pardolesi  
Giuliana Scognamiglio  
Giuseppe Sena  
Salvatore Sica  
Vincenzo Zeno-Zencovich  
Andrea Zoppini

Rivista Scientifica

ISSN (Online edition): 2239-7442

# QUADERNI DI

## diritto mercato tecnologia



Ministero  
dei beni e delle  
attività culturali  
e del turismo



**CREDA**  
Centro di Ricerca  
di Eccellenza per  
il Diritto d'Autore

**Numero 3**  
**Anno IV**  
**Luglio/Settembre 2014**

CON CONTRIBUTI DI:

Emanuele Bilotti, Enrico Del Prato, Francesca Romana Lenzi, Enrico Moscati,  
Andrea Nuzzi, Stefania Stefanelli, Mario Palma

## SOMMARIO

### Mercato, concorrenza e regolazione

#### **Minibond e nuovi strumenti di debito a supporto alla crescita delle PMI: profili regolatori e analisi del mercato**

*di Andrea Nuzzi*

p. 7

#### **Etica, economia, universitas: lo sviluppo economico e il ruolo della ricerca nella Caritas in Veritate**

*di Francesca Romana Lenzi*

p. 27

### Biotecnologie, ogm e vita

*Atti del convegno*

**“Quale diritto per i figli dell’eterologa?”**

*Roma, 3 giugno 2014*

*Camera dei Deputati*

#### **Intento e Procreazione**

*di Enrico Del Prato*

p. 39

#### **Procreazione eterologa e azioni di Stato**

*di Stefania Stefanelli*

p. 46

#### **Il diritto alla conoscenza delle proprie origini**

*di Emanuele Bilotti*

p. 65

#### **Conclusioni**

*di Enrico Moscati*

p. 87

### Diritti della persona e responsabilità in rete

#### **Note in tema di responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione. (commento a Consiglio di Stato, sez. III, 20 marzo 2014 n. 1365)**

*di Mario Palma*

p. 91

## 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

## COMITATO DI REFEREE

- Margarita Castilla Barea
- Emanuele Bilotti
- Fernando Bocchini
- Roberto Bocchini
- Francesco Di Ciommo
- Cesare Galli
- Fiona Macmillan
- Marco Maugeri
- Enrico Minervini
- Anna Papa
- Francesco Ricci
- Maria Pàz Garcia Rubio
- Cristina Schepisi
- Antonella Tartaglia Polcini
- Raffaele Trequattrini
- Daniela Valentino
- Filippo Vari
- Alessio Zaccaria

## COMITATO DI REDAZIONE

- Davide Mula, Università Europea di Roma (Coordinatore del Comitato di Redazione)
- Martina Provenzano (Vice-coordinatore del Comitato di Redazione)
- Emanuela Arezzo, LUISS Guido Carli (Curatrice degli aggiornamenti dell'ordinamento giuridico degli Stati Uniti d'America)
- Alessio Baldi (Curatore degli aggiornamenti giurisprudenziali del Tribunale di Firenze)
- Enrico Bonadio (Curatore degli aggiornamenti dell'ordinamento giuridico del Regno Unito)
- Linda Briceño Moraia, Università degli Studi di Pavia (Curatrice degli aggiornamenti dell'ordinamento giuridico della Spagna)

- Mattia dè Grassi di Pianura, CERNA, Mines ParisTech (Curatore degli aggiornamenti dell'ordinamento giuridico della Francia)
- Maximiliano Marzetti, Universidad Católica Argentina Santa Maria de los Buenos Aires (Curatore degli aggiornamenti dell'area geografica del Sud America)
- Tobias Malte Mueller, Università di Mainz (Curatore degli aggiornamenti dell'ordinamento giuridico della Germania)
- Valerio Mosca (Curatore degli aggiornamenti giurisprudenziali Tar Lazio e Consiglio di Stato in materia di diritto della concorrenza, pratiche commerciali scorrette, diritto e regolazione delle comunicazioni elettroniche)
- Gilberto Nava, Università della Tuscia di Viterbo (Curatore degli aggiornamenti giurisprudenziali Tar Lazio e Consiglio di Stato in materia di diritto della concorrenza, pratiche commerciali scorrette, diritto e regolazione delle comunicazioni elettroniche)
- Francesca Nicolini, Università degli studi di Roma Tor Vergata (Curatrice degli aggiornamenti dell'ordinamento giuridico comunitario)
- Maria Francesca Quattrone, Università LUISS Guido Carli (Curatrice degli aggiornamenti giurisprudenziali in materia di proprietà intellettuale)
- Federica Togo, Università di Firenze (Curatrice degli aggiornamenti dell'ordinamento giuridico della Germania)
- Sveva Bernardini, Università Europea di Roma
- Maria Letizia Bixio, Università Parthenope di Napoli
- Anna Chiara Calabrese, 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, LUISS Guido Carli
- Monica La Pietra, Università Europea di Roma
- Elena Maggio, Università Europea di Roma
- Federico Mastrolilli, Università Europea di Roma
- Giuseppina Napoli, 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, LUISS Guido Carli
- Annarita Ricci, Università degli studi di Bologna
- Giovanni Maria Riccio, Università degli studi di Salerno
- Eleonora Sbarbaro, LUISS Guido Carli
- Marco Scialdone, Università Europea di Roma
- Benedetta Sirgiovanni, Università degli studi di Roma Tor Vergata
- Giorgio Spedicato, Università degli studi di Bologna
- Alessandra Taccone, Università Europea di Roma
- Francesco Vizzone, Università Europea di Roma

## Collaboratori

- Roberto Alma
- Gianni Capuzzi
- Angelo Castaldo
- Giuseppe Cassano
- Iacopo Pietro Cimino
- Massimo Di Prima
- Lifang Dong
- Nicoletta Falcone
- Raffaele Giarda
- Lucio Lanucara
- Lucia Marchi
- Raffaele Marino
- Giuseppe Mastrantonio
- Marianna Moglia
- Valeria Panzironi
- Cinzia Pistolesi
- Augusto Preta
- Silvia Renzi
- Claudia Roggero
- Guido Scorza
- Paola Solito
- Claudia Stazi
- Ferdinando Tozzi

**Minibond e nuovi strumenti di debito a supporto alla crescita  
delle PMI: profili regolatori e analisi del mercato**

*di*  
**Andrea Nuzzi**

**Abstract**

*Considering 2008's crisis and the vacuum of fiscal policies by European Community, the European banking system is going through a very critical period. The numerous interventions by the ECB, which was able to mix an accommodative monetary policy that flooded the financial markets with liquidity and a wise use of "announcement effect" related to quantitative easing programs, had the effect of preserving the financial system. However, these measures did not have remarkable effects on the real economy.*

*In this context of "liquidity trap" á la Keynes, the transmission belt between monetary policy, credit channel and real economy is still jammed: since 2011 in the EU, credit to the private channel decreased. Moreover, some of the major EU economies started a dangerous deflationary spiral. In this scenario, the development of the new regulatory framework for banking system and an approach to prudential supervision of banks worsened the overall situation and created the conditions for credit deleveraging. Given this context, the regulatory innovations, which introduced new debt tools to support the growth of Italian SMEs' (i.e. minibond) represent a very important opportunity. In fact, even if these measures are not able to mind the gap in terms of stock of loans, they can provide a concrete alternative for the funding issue of the SMEs'.*

A causa della crisi del 2008 e alla luce di un vuoto complessivo delle politiche fiscali comunitarie, il sistema bancario comunitario sta vivendo un momento estremamente delicato. I numerosi interventi da parte della BCE, in grado di miscelare una politica monetaria accomodante che ha inondato i mercati finanziari di liquidità e un sapiente utilizzo di "effetti annuncio" in relazione a programmi di *quantitative easing* hanno avuto l'effetto di preservare il sistema finanziario ma, tuttavia, non si sono ancora scaricati sul canale dell'economia reale.

In tale contesto di "trappola di liquidità" á la Keynes, la cinghia di trasmissione tra politica monetaria, canale del credito ed economia reale è ancora inceppata: il settore del credito ai privati è da oltre due anni in contrazione nell'area Euro e alcune delle principali economie comunitarie hanno intrapreso una pericolosa spirale deflazionistica. A tale scenario macro complessivo, si sono associate l'evoluzione di un contesto regolamentare ed un approccio alla vigilanza prudenziale che spingono banche e intermediari finanziari verso una progressiva disintermediazione (*deleveraging*) e il peggioramento della qualità del credito dovuto al deterioramento dello scenario economico. Alla luce di tale contesto, le innovazioni normativo-regolamentari che hanno visto l'introduzione di strumenti di debito a supporto della crescita delle imprese italiane come i *minibond* costituiscono un aspetto di grande interesse nel panorama finanziario italiano che, seppur non in grado di colmare la riduzione dello stock di prestiti alle

imprese, possono fornire un'importante opportunità in termini di predisposizione di un canale alternativo di approvvigionamento finanziario.

**Sommario:** 1. Introduzione. - 2. Il contesto macro di riferimento: il rapporto tra banche e imprese nel sistema italiano. - 3. Gli strumenti alternativi di debito nel quadro complessivo di interventi a supporto delle imprese. - 4. Le evidenze del mercato: alcune valutazioni quantitative dei primi due anni di vita. - 5. Considerazioni conclusive: alcune direzioni di sviluppo.

## 1. Introduzione.

A circa sei anni dal 15 settembre del 2008, giorno in cui Lehman Brothers, una delle cinque principali banche d'affari del pianeta, annunciò al mondo l'intenzione di avvalersi della protezione di cui al Chapter 11, prevista per le imprese in caso di bancarotta, il sistema finanziario mondiale versa ancora in una situazione complicata.

Come noto, in quel giorno fu sancita la più grande bancarotta della storia degli Stati Uniti, con debiti bancari complessivi per oltre 600 miliardi di dollari e obbligazionari maggiori di 150 miliardi. A partire da quell'evento, tutto è cambiato. Nel 2009, per la prima volta dopo la seconda guerra mondiale, il tasso di crescita dell'economia globale è stato negativo. I Governi hanno messo in piedi i più massicci interventi di salvataggio della storia dell'economia. Varie banche sono state nazionalizzate.

Oggi, a distanza di 6 anni da quell'evento, l'economia mondiale non ha ancora imboccato pienamente la via d'uscita.

Se infatti i Paesi emergenti hanno ripreso a crescere a ritmi sostenuti e gli Stati Uniti hanno faticosamente intrapreso un nuovo sentiero di moderata crescita – seppur “drogato” da interventi pubblici senza precedenti e caratterizzato da una capacità di generare nuovi posti di lavoro inferiore alle attese – l'Unione Europea si trova ancor oggi in una situazione di eccezionale difficoltà e, nei mesi passati, alcuni Paesi periferici hanno rischiato di uscire dall'area Euro.

In estrema sintesi, il fallimento di una banca d'affari americana ha indotto indirettamente la crisi dei debiti sovrani dei Paesi europei.

In questo scenario e anche alla luce di un vuoto complessivo delle politiche fiscali comunitarie, neutralizzate dall'applicazione rigida dell'approccio *austerity-based*, i sistemi bancari comunitario ed italiano hanno attraversato e stanno ancora vivendo un momento estremamente delicato.

I numerosi interventi da parte della Banca Centrale Europea, in grado di miscelare una politica monetaria accomodante che ha inondato i mercati finanziari di liquidità – i.e., il combinato disposto dell'abbassamento dei tassi di interesse e l'adozione di misure eccezionali quali il “piano di rifinanziamento a lungo termine” (LTRO: Longer-Term Refinancing Operations) che ha permesso di iniettare circa 1.020 miliardi di Euro di liquidità nel sistema [1] e le più recenti “operazioni mirate di rifinanziamento a più lungo termine (TLTRO, Targeted Longer-Term Refinancing Operations) – e un sapiente utilizzo di “effetti annuncio” in relazione a programmi di *quantitative easing* hanno avuto certamente l'effetto di preservare il sistema finanziario ma, tuttavia, tali misure non si sono ancora scaricati sul canale dell'economia reale.

In tale contesto di “trappola di liquidità” *à la Keynes*, la cinghia di trasmissione tra politica monetaria, canale del credito ed economia reale è ancora inceppata: il settore del credito ai privati è da oltre due anni in contrazione nell’area Euro e alcune delle principali economie comunitarie hanno intrapreso una pericolosa spirale deflazionistica.

A tale scenario macro complessivo, si associano, da un lato, l’evoluzione di un contesto regolamentare – Basilea 2 e Basilea 3 – ed un approccio alla vigilanza prudenziale che spingono banche e intermediari finanziari verso una progressiva disintermediazione (*deleveraging*) [2] e una limitazione della concessione del credito al canale privato (in primis, imprese) e, dall’altro, il progressivo peggioramento della qualità del credito dovuto al deterioramento dello scenario economico che, nel caso del sistema italiano, si è tradotto in un incremento delle sofferenze fino ad oltre 170 miliardi di Euro (11,9% dei finanziamenti bancari).

La conseguente situazione di restrizione creditizia al canale privato rende sempre più necessario un ripensamento complessivo degli strumenti di supporto alle imprese e, con essi, del ruolo degli intermediari finanziari.

Date queste premesse, le recenti innovazioni normativo-regolamentari che hanno visto l’introduzione di strumenti di debito a supporto della crescita delle imprese italiane, quali *minibond* e cambiali finanziarie, costituiscono un aspetto di grande interesse nel panorama finanziario italiano che merita un approfondimento specifico. A distanza di circa due anni dal primo provvedimento normativo sul tema, appare opportuno tracciare un primo bilancio sull’efficacia dello strumento e, su tale base, identificare potenziali aree di miglioramento.

Per conseguire tale obiettivo, il presente contributo è strutturato come segue: nel primo paragrafo verrà analizzato il contesto italiano che, come noto, si caratterizza per un forte banco-centrismo; nel secondo paragrafo, sarà approfondito il razionale di carattere economico dei recenti interventi normativo-regolamentari e saranno analizzate le principali novità; il terzo paragrafo sintetizza le principali evidenze di mercato desumibili dai primi due anni di operazioni di emissione; nel quarto e conclusivo paragrafo, saranno evidenziate le aree di potenziale miglioramento per incrementare l’efficacia dello strumento soffermando l’attenzione su possibili interventi sia regolamentari che di *policy* potenzialmente attuabili.

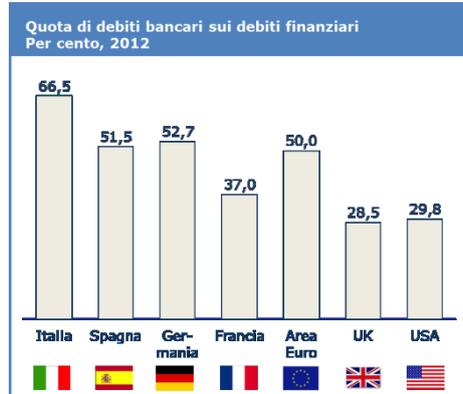
## **2. Il contesto macro di riferimento: il rapporto tra banche e imprese nel sistema italiano.**

Il rapporto tra banche e imprese costituisce un elemento di rilevante differenza tra l’Italia e gli altri Paesi avanzati. Il “banco-centrismo” del sistema italiano è considerabile infatti una peculiarità unica. Qualche “fatto stilizzato” consente di comprendere la portata del fenomeno in oggetto.

La quota dei debiti bancari sul totale dei debiti finanziari delle imprese italiane è nettamente più elevata rispetto a quella riscontrabile negli altri principali Paesi industrializzati. Come evidenziato dall’analisi dei dati di Banca d’Italia [3], il dato italiano si attesta al 66,5% mentre negli altri sistemi, questo è pari a:

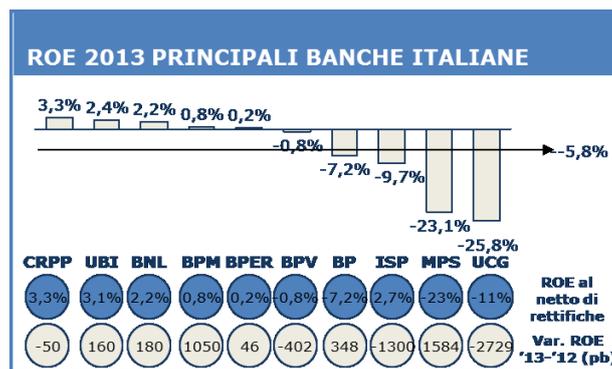
- UE: media area Euro 50,0%; Spagna 51,5%; Germania 52,7%; Francia 37,0%;
- Extra-UE: UK 28,5% e USA 29,8%.

Il modello banco-centrico sta entrando in crisi per l'effetto di alcuni fattori di scenario economico e regolamentare.



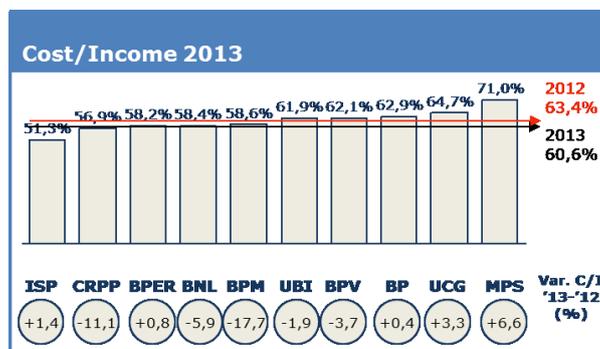
Fonte: elaborazione sui dati Banca d'Italia

Infatti, da un lato, il contesto macroeconomico e finanziario ha portato la redditività media sui mezzi propri delle banche italiane a valori prossimi allo zero o negativi.



Tale effetto è la risultante della combinazione di ricavi in contrazione (-14% tra il 2006 ed il 2012), costi in lieve aumento (+1,6%), costo del rischio in forte crescita fino ad assorbire oltre il 30% dei ricavi.

In sintesi, il principale indicatore di efficienza delle banche (Cost/ Income ratio) - pur manifestando dei segnali di calo - si attesta ancora a livelli difficilmente sostenibili nel medio-lungo periodo.



Tali livelli di redditività sui mezzi propri, oltre che sostanzialmente inferiori al costo del capitale, hanno limitato fortemente le capacità di crescita degli impieghi attraverso “autofinanziamento” (ovvero attraverso la redditività della gestione).

In altre parole, anche a causa della difficile congiuntura, gli Istituti bancari nazionali non sono più in grado di generare sufficienti profitti per stimolare una crescita “endogena” del proprio business.

Dall’altro lato, il nuovo contesto regolamentare sviluppato dal Comitato di Basilea e il recente approccio alla vigilanza prudenziale – *stress testing*, *asset quality review*, etc. – hanno spinto le banche verso un percorso caratterizzato dalla necessità di mantenere livelli di patrimonializzazione molto più elevati, limitare la leva finanziaria e rafforzare la propria posizione di liquidità.

Le stime dell’EBA (European Banking Authority) [4] su dati al 31 dicembre 2012 quantificano, una volta che Basilea 3 sarà entrata a regime, un fabbisogno di capitale vicino ai 100 miliardi di euro per il sistema bancario europeo, un fabbisogno di liquidità superiore ai 220 miliardi ed un gap di fonti di finanziamento stabili vicino ai 960 miliardi.

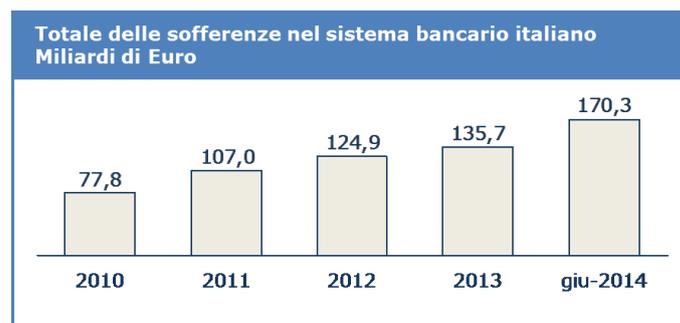
Accanto a tali dinamiche, si riscontra un progressivo deterioramento della qualità del credito soprattutto per ciò che riguarda il canale delle imprese. In particolare, il rapporto tra crediti *non performing* e importo totale dei prestiti alle imprese è quasi triplicato tra il 2009 e il 2013.



In termini di valore assoluto, l’ammontare complessivo delle rate non pagate ha superato il valore di 170 miliardi di Euro in crescita del 23% nell’ultimo anno (32,1 miliardi di Euro) [5].

La porzione più ampia di prestiti che non vengono rimborsati regolarmente agli istituti di credito è costituita da quella facenti capo alle imprese con 121 miliardi di Euro.

Nel corso dell’ultimo quadriennio, il totale delle sofferenze a livello di sistema Italia è più che raddoppiato (il dato del 2010 era pari a 77,8 miliardi di Euro).

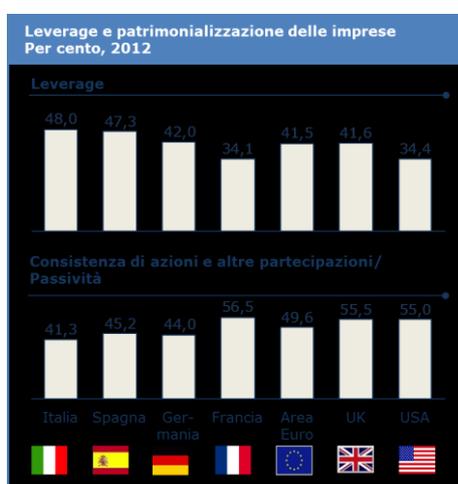


Tale contesto ha contribuito ad avviare una reazione “prociclica” sulle capacità di rilancio delle imprese italiane essendosi innestato su una situazione già complessa per le stesse.

Come noto, le aziende nazionali, oltre a caratterizzarsi per maggiore leverage e inferiore patrimonializzazione rispetto a quelle estere, hanno visto con la crisi ridursi significativamente margini industriali, capacità di autofinanziamento e sostenibilità del debito.

In particolare, sotto il profilo della leva finanziaria, il dato delle imprese italiane si attesta al 48,0% contro il 41,5% dell’area Euro, il 47,3% di quelle spagnole, il 42,0% delle tedesche e il 34,1% delle francesi. Nel Regno Unito il valore è pari a 41,6% mentre negli USA si attesta a 34,4%.

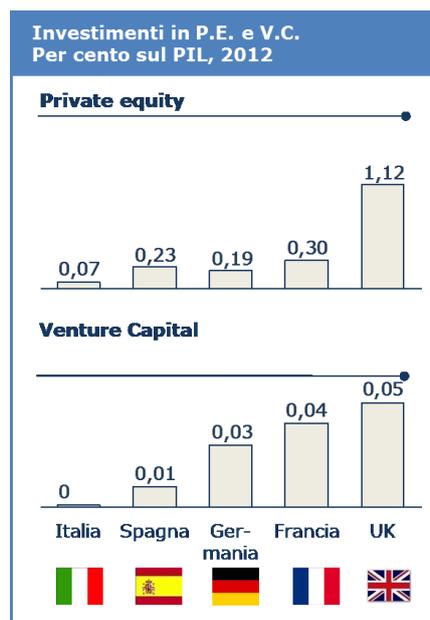
Dal punto di vista della patrimonializzazione, la consistenza di azioni e altre partecipazioni sul totale delle passività delle imprese italiane è pari al 41,3% contro il 49,6% dell’area Euro, il 45,2% di Spagna, il 44,0% di Germania, il 56,5% di Francia, il 55,5% del Regno Unito e il 55,0% degli USA [6].



In termini di margini industriali, dall’inizio della crisi, le PMI italiane hanno sofferto una rilevante contrazione dei margini, e di conseguenze della loro capacità di finanziamento e servizio del debito; ad esempio, tra il 2007 ed il 2011 l’*Ebitda margin* medio delle PMI italiane è sceso di oltre il 15% dal 8,8% al 7,5%, portando oltre il 30% delle azienda ad un rapporto Debt/Ebitda>5.

Tali difficoltà sono aggravate dal ritardo del sistema italiano sotto il profilo dell’*equity* evidenziate dallo scarso spessore dei mercati azionari e dalla limitata penetrazione degli investimenti in *private equity* e *venture capital*. Dal punto di vista degli investimenti in private equity, la percentuale sul PIL in Italia è pari allo 0,07%. Il dato è inferiore a quelli tedesco (0,19%), spagnolo (0,23%), francese (0,30%) e britannico (1,12%). La situazione sul venture capital è simile poiché la percentuale sul PIL in Italia si attesta a valori trascurabili (< 0,01%), mentre negli altri sistemi è pari a 0,02% (Spagna), 0,03% (Germania) 0,04% (Francia) e 0,05% Regno Unito [7].

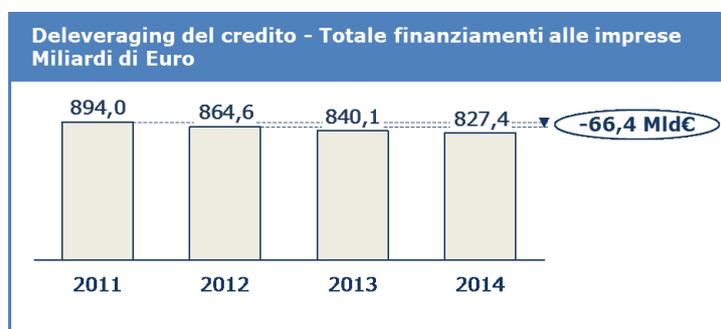
## Mercato, concorrenza e regolazione



L'effetto combinato di fattori quali la dipendenza dal canale bancario del sistema imprenditoriale italiano, la crisi di redditività delle banche unita all'evoluzione regolatoria delineata che limita fortemente le capacità di erogazione alle imprese, la scarsa disponibilità nel contesto italiano di strumenti evoluti ed alternativi di supporto finanziario ha innescato un circolo vizioso macroeconomico che si traduce in termini concreti nell'acuirsi di fenomeni recessivi e di peggioramento della qualità del credito.

Dal punto di vista della stabilità del sistema bancario, ciò implica uno *shortage* complessivo di capitale che potrebbe minare alla base le potenzialità di rilancio dell'economia italiana.

In uno scenario di questo tipo, la principale via d'uscita passa per un ripensamento complessivo di dimensione e assetto del credito bancario. In particolare, appare necessario avviare azioni finalizzate al recupero di efficienza, nell'obbligato contesto di *deleveraging* del credito bancario (il calo complessivo dei finanziamenti alle imprese è stato pari a oltre 65 miliardi di Euro nell'ultimo quadriennio), ed intraprendere un percorso che prevede l'utilizzo di forme evolute di sostegno finanziario alle imprese [8].



In questa prospettiva, le opportunità offerte dalle recenti innovazioni normative contenute nei due Decreti Legge Sviluppo, nel Decreto Legge Destinazione Italia e nel Decreto Crescita che hanno predisposto la cornice normativa per l'utilizzo di

strumenti di debito alternativi al credito a supporto delle PMI – *in primis*, minibond e cambiali finanziarie – rappresentano un elemento di indubbio interesse e novità nel panorama creditizio italiano.

### **3. Gli strumenti alternativi di debito nel quadro complessivo di interventi a supporto delle imprese.**

La restrizione dell'accesso al credito che ha caratterizzato gli ultimi anni e l'innescarsi del circolo vizioso sopra descritto hanno reso necessari una serie di interventi da parte del policy maker italiano che, volendo sintetizzare radicalmente, sembra aver seguito una duplice direttrice di marcia: da un lato, sono state adottate misure definibili "emergenziali" finalizzate a iniettare liquidità nel sistema, "fluidificare" il canale del credito e limitare le restrizioni all'accesso al credito; dall'altro lato, sono state sviluppate alcune iniziative di respiro più ampio ispirate a creare basi per avviare un percorso di crescita sostenibile nel medio-lungo termine.

Senza la pretesa di fornire un elenco esaustivo delle misure adottate, è opportuno ricordare sul fronte "emergenziale":

- i vari interventi adottati per ampliare la dotazione del Fondo Centrale di Garanzia di cui alla legge 662/1996 [9] e per allargarne il respiro operativo mediante, ad esempio, l'innalzamento della percentuale di garanzia e controgaranzia fino all'80% e dell'importo massimo garantito a 2,5 milioni di Euro, l'estensione della garanzia ai fondi comuni di investimento mobiliari chiusi per sostenere il capitale di rischio, la possibilità di utilizzare la garanzia per operazioni di portafoglio "tranché cover";
- le quattro versioni del plafond PMI di Cassa Depositi e Prestiti [10], grazie al quale, è stata fornita provvista finanziaria a condizioni competitive di mercato alle banche che erogano prestiti alle PMI per impieghi focalizzati su investimenti a medio-lungo termine e supporto al circolante e per i ritardi dei pagamenti della Pubblica Amministrazione;
- le misure di "iniezione indiretta" di liquidità nel sistema delle PMI derivanti dalle iniziative di moratoria del credito coordinate dal Ministero dell'economia e delle finanze (c.d. "Accordi per il credito") [11] che hanno permesso complessivamente di sospendere 380.000 mutui a PMI e di apportare liquidità per 20 miliardi di Euro prevalentemente grazie a operazioni di sospensione e allungamento dei finanziamenti;
- gli interventi finalizzati allo smaltimento dei debiti pregressi della Pubblica Amministrazione mediante il meccanismo della certificazione che ha visto la luce – sotto il profilo operativo – nei due decreti del Ministero dell'Economia e delle Finanze del 22 maggio 2012 pubblicati nella Gazzetta Ufficiale del 21 giugno 2012, n. 143. Gli stessi hanno dato piena operatività al combinato disposto dell'art. 9 del D.L. n. 185/2008 (facoltà, per Regioni ed enti locali, di certificare i caratteri di certezza, liquidità ed esigibilità dei crediti), dell'art. 13 della legge n. 183/ 2011 (obbligo di certificazione entro 60 gg. dalla ricezione dell'istanza) e dell'art. 12 del D.L. n. 16/2012 (estensione dell'istituto della certificazione ad amministrazioni statali). Di recente, sono state

approvate ulteriori disposizioni normative finalizzate a mettere a disposizione sufficienti risorse per coprire il *backlog* di debiti della PA [12].

Sotto il profilo della predisposizione delle migliori condizioni per sostenere lo sviluppo in un'ottica di medio-lungo termine, sono state introdotte alcune importanti innovazioni sia sul fronte dell'*equity* e della patrimonializzazione che su quello degli strumenti alternativi di debito.

In ambito di *equity*/ patrimonializzazione, gli interventi principali sono stati quelli relativi alla costituzione e al lancio del Fondo Italiano di Investimento per le PMI e il Fondo Strategico Italiano per le grandi aziende, gli incentivi agli investimenti sul *venture capital* [13] e la possibilità concessa alle imprese di dedurre dal reddito netto una percentuale degli utili reinvestiti per interventi di patrimonializzazione (c.d. ACE: aiuto alla crescita economica) [14].

Il rationale di tali interventi risiede, come noto, nella già citata ridotta penetrazione strutturale degli investimenti in *private equity* e *venture capital* in Italia (dovuta anche ad aspetti culturali). Volendo semplificare, l'interesse del policy maker per il capitale di rischio è ascrivibile fondamentalmente a due ordini di ragioni: da un lato, contribuire a risolvere un fallimento del mercato e, dall'altro, porre le basi per stimolare il rilancio della crescita economica.

Sul primo fronte, è noto come il contesto di riferimento caratterizzante gli investimenti in capitale di rischio costituisca un caso tipico di fallimento del mercato. Nel mercato del capitale di rischio si riscontrano infatti rilevanti distorsioni nell'allocazione delle risorse imputabili principalmente a due ragioni. Da un lato, si rileva informazione imperfetta e asimmetrica tra investitore e impresa target; dall'altro, si riscontra la presenza di costi di transazione proporzionalmente molto alti rispetto all'entità di investimento tipica delle aziende (in Italia generalmente Piccole e Medie Imprese).

In questo contesto, gli investimenti nell'*equity* sono scarsamente attrattivi per gli investitori i quali, percependo una rischiosità intrinseca elevata dell'operazione non giustificata *ex ante* da rendimenti altrettanto rilevanti, rinunceranno ad apportare le proprie risorse su questa classe di asset. L'esito di questa situazione è l'insufficienza di capitale di rischio nel mercato (definito per la prima volta dal rapporto Macmillan del 1931 "equity gap" [15]) e, date queste premesse, l'obiettivo dell'intervento pubblico è quello di limitare il gap creando condizioni favorevoli all'apporto di capitali o - se tale opzione risulta praticabile - apportando direttamente gli stessi.

Tale gap si è ampliato a causa della recessione poiché si è riscontrato un calo addizionale della disponibilità di capitali da parte degli investitori, una riduzione drastica dell'attrazione di capitali stranieri e uno spostamento verso investimenti meno rischiosi e caratterizzati da dimensioni più ridotte (minore propensione al rischio degli investitori).

Sul fronte del debito, l'idea di base dei principali interventi è stata quella di annullare la disparità di trattamento tra grandi imprese quotate e PMI nell'ambito delle operazioni di emissione obbligazionaria.

Sotto il profilo della strumentazione, le principali novità sono rappresentate dalle obbligazioni subordinate partecipative [16] e dai cosiddetti [17] minibond.

Sotto il profilo delle obbligazioni subordinate, l'innovazione si traduce nella possibilità per le società non quotate di procedere all'emissione di titoli

obbligazionari prevedenti clausole di partecipazione agli utili di impresa e di subordinazione.

La durata minima di tali strumenti è stata fissata in trentasei mesi. In termini di qualificazione oggettiva, tali titoli sono considerabili nell'ambito delle forme di equity-debito "ibride" non dando luogo a diritti partecipativi. L'analogia con uno strumento "equity" deriva dal fatto che una parte della remunerazione del *bond holder* dipende dal risultato economico dell'impresa emittente.

Quanto ai minibond, focus del presente contributo, i principali interventi sono stati concentrati nell'articolo 32 (Strumenti di finanziamento alle imprese) del D.L. n. 83/2012 [18], nell'articolo 36 (Misure in materia di confidi, strumenti di finanziamento e reti d'impresa) del D.L. n. 179/ 2014 [19] e nell'articolo 12 (Misure per favorire il credito alle PMI) del D.L. n. 145/2014 [20].

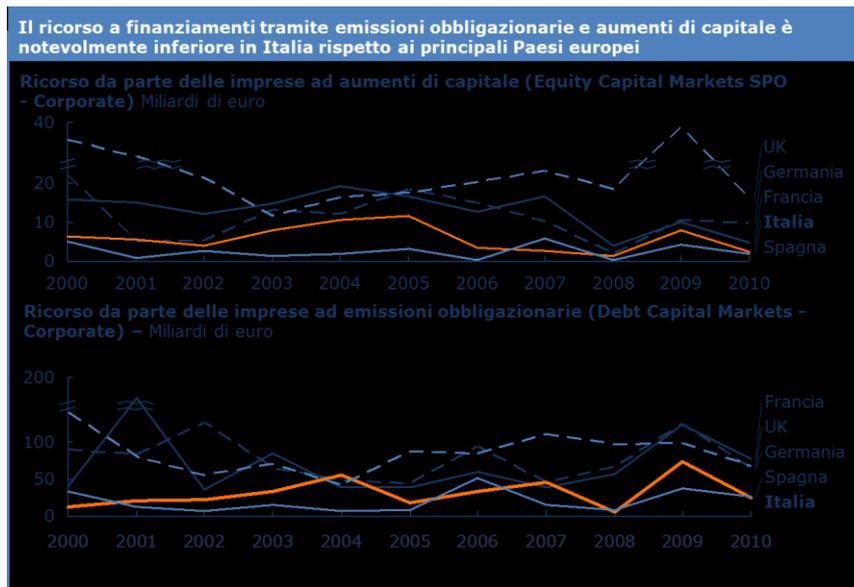
I principali razionali economici di tali misure sono identificabili, come noto, nel consentire alle società non quotate di fruire delle medesime agevolazioni fiscali concesse alle società quotate, di permettere alle PMI – come da definizione comunitaria [21] – di poter raccogliere capitali accedendo direttamente al mercato degli investitori qualificati e professionali e di rimuovere i limiti legali di cui al primo comma dell'art. 2412 del codice civile [22] in base ai quali le società non quotate potevano emettere obbligazioni per un ammontare non superiore al doppio della somma di capitale sociale, riserva legale e riserve disponibili.

Quanto ai vantaggi fiscali introdotti, il combinato disposto delle normative sopra richiamate ha concesso, lato emittente, la possibilità di dedurre pienamente nel limite del 30% del Reddito operativo lordo annuo spese di emissione e interessi passivi e, lato investitore, l'esenzione della ritenuta fiscale del 20% ex art. 26 DPR 600/73 per titoli negoziati in mercati regolamentati.

Come noto, l'effetto combinato dei limiti quantitativi imposti agli emittenti non quotati, della forte penalizzazione fiscale derivante dal precedente regime e della rilevante quota di diffusione della PMI nel tessuto imprenditoriale italiano è stato quello di uno scarsissimo accesso al mercato delle emissioni obbligazionarie da parte delle imprese nazionali.

Come dimostrato dall'analisi dei dati storici, il mercato dei corporate bonds in Italia è stato caratterizzato da limitatissimi livelli di spessore, ampiezza e liquidità. Come conseguenza indiretta di tali fattori, le imprese si sono approvvigionate unicamente dal canale bancario andando a "rafforzare" il "banco-centrismo" italiano.

## Mercato, concorrenza e regolazione



In termini più ampi, le novità introdotte hanno contribuito a lanciare un nuovo mercato dei corporate bond in Italia e a predisporre i requisiti per un percorso di crescita, anche culturale, del tessuto imprenditoriale italiano.

Evidenza di questo secondo elemento si desume, *inter alia*, nel prerequisito imposto per la quotazione sui mercati regolamentati dei titoli emessi dalle PMI consistente nella necessità di avere il bilancio certificato da revisore contabile o società di revisione iscritta nel registro dei revisori [23].

Ponendo tale pre-requisito, si delinea implicitamente un percorso di avvicinamento da parte delle PMI verso i mercati regolamentati e, coerentemente a ciò, si evidenzia la necessità di offrire piena trasparenza dei numeri delle aziende al mercato. Dal punto di vista degli investitori che sottoscrivono gli strumenti, l'elemento della piena trasparenza è infatti del tutto essenziale per poter "prezzare" in modo opportuno il rischio emittente. Tale necessità si ritiene ancor più importante in un contesto di mercato di assoluta novità in cui non c'è ancora familiarità a valutare il rischio PMI da parte degli investitori qualificati.

È nella medesima prospettiva che, sotto impulso del policy maker, è stato creato un mercato regolamentato ad hoc per tale tipologia di strumenti finanziari alternativi: l'approccio del legislatore è stato quello, nella prima fase di start-up del mercato, di vincolare la fruizione dei benefici fiscali introdotti dal Decreto Sviluppo, alla quotazione dello strumento su un mercato regolamentato o all'ammissione alla negoziazione su un sistema multilaterale di negoziazione.

È in questa ottica che è stato lanciato da Borsa Italiana, nell'ambito del sistema multilaterale di negoziazione ExtraMot, un nuovo segmento - ExtraMot PRO [24] - espressamente dedicato agli investitori professionali interessati a sottoscrivere, *inter alia*, obbligazioni e altri titoli di debito e gli strumenti partecipativi.

Anche in tale contesto, il dettato normativo è stato ispirato a una rilevante semplificazione in merito ai requisiti informativi necessari per l'ammissione al mercato.

Rispetto ai normali mercati regolamentati, è infatti possibile essere ammessi alla negoziazione presentando un "documento di ammissione semplificato" che si caratterizza per maggiore snellezza rispetto a un prospetto redatto conformemente al Regolamento 809/2004.

Sotto il profilo della trasparenza informativa, è poi necessario che l'emittente abbia depositato i bilanci degli ultimi due esercizi e rispettato il criterio della revisione contabile rispetto all'ultimo bilancio.

Volendo sintetizzare i tratti distintivi dei principali interventi normativi fin qui adottati, si può notare come il legislatore abbia tentato di intervenire su tutti gli elementi caratterizzanti la "filiera verticale" del mercato.

Si è infatti preoccupato di predisporre condizioni di stimolo all'emissione per le imprese rimuovendo i disallineamenti esistenti tra grandi imprese quotate e PMI, ha incentivato il coinvolgimento degli investitori mediante interventi sulla leva fiscale e l'ampliamento della platea degli stessi [25], ha infine contribuito a creare una piattaforma ad hoc per gli strumenti alternativi che, in futuro, potrà essere utilizzata anche come strumento per stimolare lo sviluppo del mercato secondario.

Alla valutazione degli effetti concreti sul mercato di tali interventi è dedicato il seguente paragrafo.

#### **4. Le evidenze del mercato: alcune valutazioni quantitative dei primi due anni di vita.**

In questi primi due anni di vita [26], sono stati ammessi alla quotazione titoli per un ammontare totale di debito pari a 4,122 miliardi di Euro.

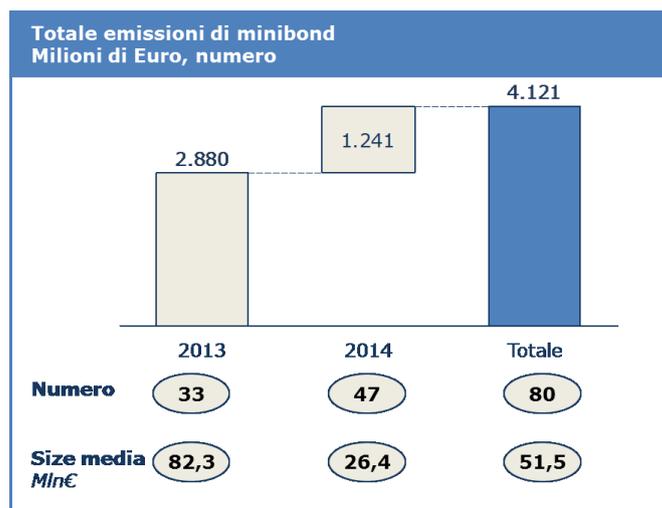
In termini numerici, sono stati quotati 80 titoli di debito. Le società che si sono affacciate complessivamente sul mercato sono state 62. La dimensione media delle operazioni è stata pari a 50,269 milioni di Euro.

Considerando i trend più significativi degli anni 2013-2014, le evidenze riscontrate sono così sintetizzabili:

- 2013: 33 operazioni per un totale emesso pari a 2,880 miliardi di Euro e size media di 82,31 milioni di Euro;
- 2014: 47 operazioni per un totale emesso pari a 1,241 miliardi di Euro e ticket medio dell'emissione di 26,4 milioni di Euro.

I dati sopra richiamati testimoniano un'importante evidenza empirica: nella prima fase di mercato, le imprese di minori dimensioni si sono dimostrate meno preparate a cogliere le importanti opportunità offerte dalle innovazioni normative. Conseguentemente le dimensioni delle operazioni di emissione sono state estremamente rilevanti.

## Mercato, concorrenza e regolazione



Alcuni dati numerici contribuiscono a confermare tali evidenze:

- 2013: le prime 10 operazioni per dimensione complessiva hanno cubato 2,559 miliardi di Euro con dimensione media di 255,9 milioni di Euro e dimensione massima di 424 milioni di Euro [27];
- 2014: le prime 10 operazioni per dimensione complessiva hanno cubato 945,7 milioni di Euro con dimensione media di 94,5 milioni di Euro e dimensione massima di 284,65 milioni di Euro [28].

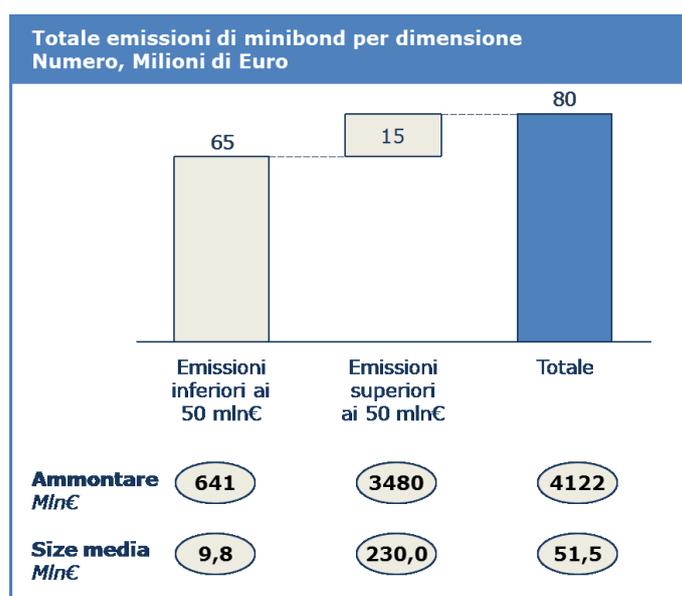
In termini dimensionali:

- l'azienda di più ampie dimensioni che ha perfezionato un'emissione ha un Valore della Produzione pari a 787,5 milioni di Euro (Matunecoop SpA che ha emesso 425 milioni di Euro in due tranches). Il valore della produzione medio delle più grandi 10 società emittenti è pari a 348,2 milioni di Euro;
- ad eccezione di alcune aziende "outlier", la società emittente di più ridotte dimensioni ha un valore della produzione pari a 1,5 milioni di Euro (JSH Group che ha emesso titoli per 1,8 milioni di Euro). Il valore della produzione medio delle più piccole 10 società emittenti è pari a 5,0 milioni di Euro.

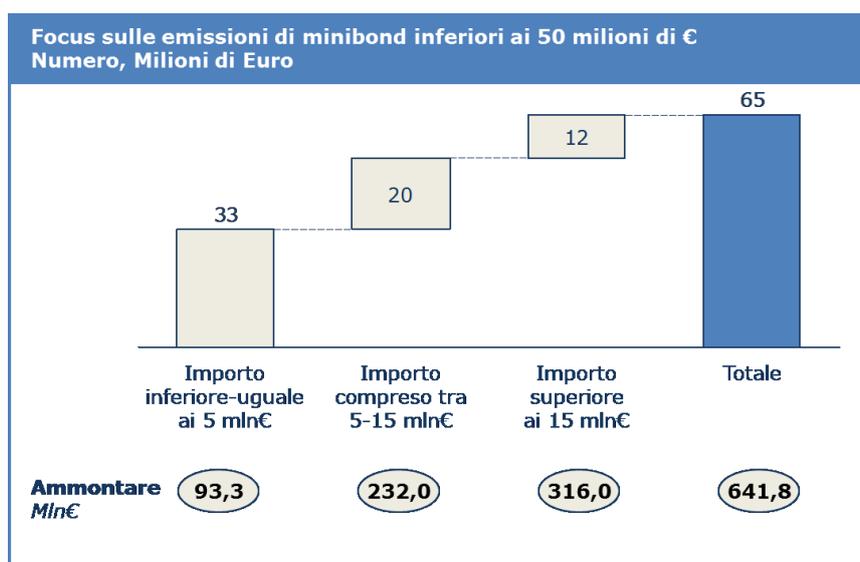
Ponendo come criterio di definizione della Piccola e Media Impresa i 50 milioni di Euro di valore della produzione, sono state 36 le aziende emittenti (con dimensione media pari a 20,2 milioni di Euro di valore di produzione) che si sono affacciate a questo mercato per un totale emesso di 306,3 milioni di Euro (i.e., dimensione media pari a 8,5 milioni di Euro).

Nei fatti - e questo è il tema di maggior criticità di questa prima fase di sviluppo del mercato - le PMI, vero target dell'impianto normativo predisposto nell'ultimo triennio, hanno emesso titoli per un ammontare pari al 7,4% dell'ammontare totale.

Limitando l'analisi alle emissioni di "dimensione media e piccola" - definite come tutte quelle inferiori ai 50 milioni di Euro totali - si riscontra come queste siano state pari a 65; in termini comparativi, le emissioni medio-piccole sono state pari all'81,2%.



In termini complessivi, le emissioni inferiori ai 50 milioni di Euro cubano circa 640 milioni di Euro (15,6% del totale minibond emessi) mentre quelle superiori a 50 milioni di Euro sviluppano un importo pari a 3,48 miliardi di Euro.

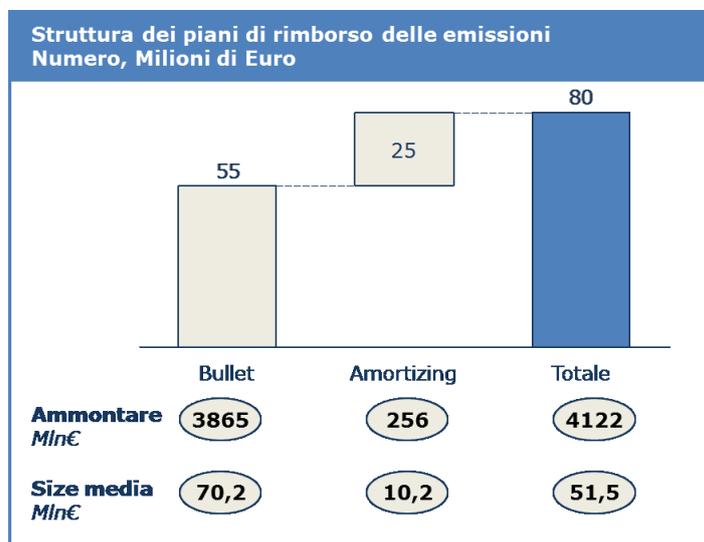


Passando all'analisi della struttura delle operazioni, un'indicazione molto forte data dal mercato è la presenza di un consistente appetito per piani di rimborso di tipo *bullet*.

In particolare, tale struttura è stata scelta in 55 casi su 80 (68,75% delle emissioni). I piani di rimborso *amortizing* sono stati selezionati in 25 occasioni (31,25%).

L'ammontare delle emissioni *bullet* è stato pari a 3,86 miliardi di Euro (dimensione media 70,2 milioni di Euro) mentre il totale emesso con strutture *amortizing* ammonta a 256,8 milioni di Euro (dimensione media 10,2 milioni di Euro).

L'implicazione di tale evidenza è che le imprese di dimensioni più rilevanti – in genere più disciplinate nelle attività di pianificazione e gestione della funzione finanza – appaiono in grado di gestire più agevolmente strutture con piani di ammortamento sbilanciati verso la scadenza.



In termini di struttura di tasso, la preferenza degli emittenti è largamente per il tasso fisso. Tale opzione è stata scelta dagli emittenti in 71 casi (88,75%) su 80 per un totale emesso di 3,457 miliardi di Euro e dimensione media delle operazioni pari a 48,7 milioni di Euro.

Solo in 9 casi, l'emittente ha scelto una struttura di tasso variabile (11,25% in termini assoluti) per un totale emesso di 664,7 milioni di Euro e dimensione media delle operazioni pari a 73,8 milioni di Euro.

Seppur scarsamente significativo in considerazione delle differenti durate delle operazioni di emissioni, il tasso medio [29] delle operazioni di emissione a tasso fisso è stato pari al 6,39%.

Focalizzando l'attenzione sulle emissioni a tasso fisso:

- in 15 casi, il tasso è stato inferiore/uguale alla soglia del 5% (254,3 milioni di Euro);
- in 18 casi (423,7 milioni di Euro) compreso tra 5 (escluso) e 6% (incluso);
- in 13 casi (413,0 milioni di Euro) tra 6 (escluso) e 7% (incluso);
- in 18 casi (1,734 miliardi di Euro) tra 7 (escluso) e 8% (incluso);
- nei restanti 7 casi il tasso è stato superiore all'8% (632,2 milioni di Euro).

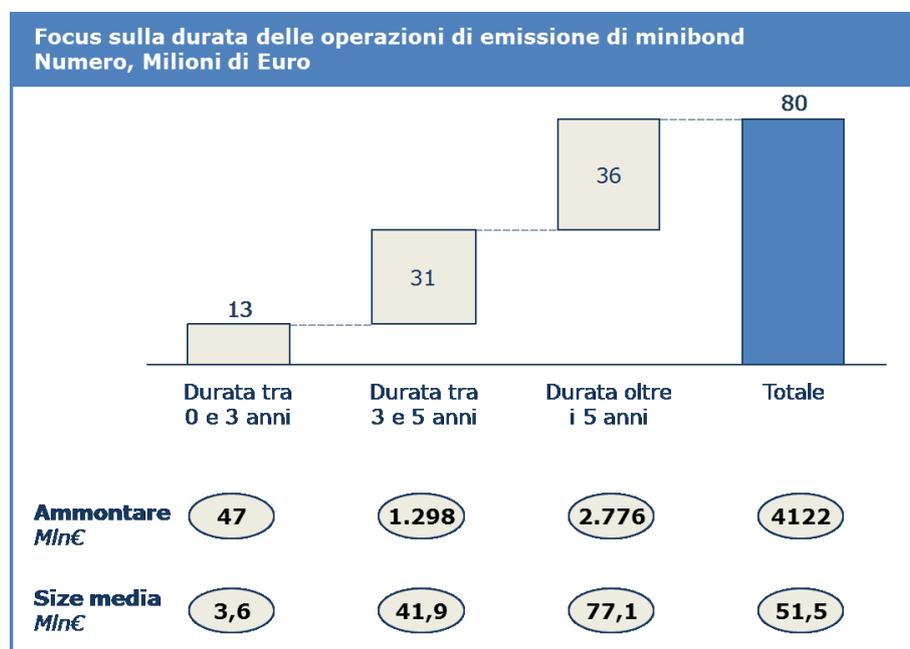
Il tasso medio [30] delle emissioni a tasso fisso del 2014 è stato pari al 5,82% in netto calo rispetto al 7,13% del 2013. Ciò anche in virtù delle differenti condizioni di macrocontesto finanziario che si sono create nell'ultimo anno grazie ai già citati massivi interventi della BCE.

La durata (nominale) delle operazioni è stata mediamente pari a 6,6 anni.

In 13 casi, gli emittenti hanno quotato titoli di durata inferiore/uguale ai 3 anni per un ammontare complessivo di 47 milioni di Euro (size media 3,6 milioni di Euro); in 31 casi, la durata è stata compresa tra 3 e 5 anni per un totale di 1,298 miliardi di Euro (size media 41,9 milioni di Euro); mentre, nei restanti 36 casi la

durata è stata superiore ai 5 anni con debito outstanding totale di 2,776 miliardi Euro (size media 77,1 milioni di euro).

L'evidenza che emerge dall'analisi delle durate nominali delle operazioni di emissione è che al crescere dell'importo, si assiste a un incremento della durata nominale del titolo.



## 5. Considerazioni conclusive: alcune direzioni di sviluppo.

Volendo trarre alcune conclusioni dall'analisi empirica del *data set* raccolto dall'avvio della piattaforma ExtraMot Pro fino al 30 settembre 2014, queste sono così sintetizzabili:

- lo strumento dei minibond, originariamente pensato per lanciare un mercato dei corporate bond per le PMI è stato in realtà utilizzato maggiormente - soprattutto nei primi mesi di vita - da imprese di dimensione medio-grande in virtù della loro maggiore capacità di pianificazione finanziaria;
- con il passare dei mesi, la platea delle imprese emittenti si sta gradualmente allargando ad imprese di piccola e media dimensione anche in virtù del maggior grado di informazione che si è diffuso sul mercato;
- in termini assoluti, il taglio tipico delle operazioni di emissione è inferiore ai 15 milioni di Euro;
- in termini strutturali, le aziende propendono per emissioni a tasso fisso e gli investitori manifestano un certo appetito per piani di rimborso di tipo *bullet*;
- le emissioni obbligazionarie sono tipicamente di medio-lunga durata e i tassi - sia grazie a considerazioni di contesto generale che in virtù della minore diffidenza degli investitori - sembrano aver imboccato un trend decrescente.

Proseguendo nella strada già ben delineata del legislatore e anche nella prospettiva di attirare un numero maggiore di emittenti e investitori (anche stranieri) nel mercato, alcune misure correttive potrebbero rivelarsi di estrema utilità.

In particolare, sembrano due i principali *bottleneck* da rimuovere per una piena maturazione del mercato: da un lato, l'ulteriore percorso di limitazione delle barriere all'entrata per le PMI; dall'altro, l'adozione di strumenti di incentivo all'investimento per gli investitori istituzionali.

Per quanto riguarda il primo aspetto, è piuttosto evidente come il pre-requisito soggettivo costituito dall'obbligo di certificazione del bilancio da revisore contabile o società di revisione iscritta nel registro dei revisori possa "tagliare" gran parte delle PMI.

Queste infatti, o per motivi culturali o per ragioni di natura economica, potrebbero correre il rischio di interpretare la revisione come una "spesa improduttiva".

Una misura determinante in quest'ottica potrebbe essere costituita dalla copertura delle spese sostenute dalle imprese per la certificazione (idealmente in ottica pluriennale sia per il primo anno che per gli anni successivi di monitoraggio).

In ordine al secondo aspetto, nei primi mesi di sviluppo del mercato, si poteva riscontrare una limitata fiducia per lo strumento da parte degli investitori qualificati. Questi apparivano restii ad allocare parte dei propri portafogli su tali titoli anche alla luce del fatto che non era ancora disponibile un *track record* consolidato sugli stessi.

A livello più ampio, la combinazione di "rischio-Paese" e rischio associato alle PMI ha nei fatti inibito anche gli investitori internazionali ad affacciarsi sul mercato.

La scarsa propensione a entrare da parte degli investitori ha avuto anche una certa influenza sul pricing delle emissioni.

In ottica sistemica, al fine di limitare gli effetti negativi di tale scenario, gli investitori richiedono tipicamente alcuni interventi nella prospettiva di veder mitigato il rischio delle operazioni.

Nello specifico, le misure che sembrano maggiormente percorribili sembrano essere l'ottenimento di garanzie (pubbliche e a prima richiesta) su parte delle emissioni obbligazionarie - l'intervento ridurrebbe il rischio per gli investitori, rendendo gli strumenti più appetibili e semplici da collocare - e la copertura delle spese sostenute dagli investitori per il coinvolgimento delle Agenzie di rating nella valutazione indipendente delle operazioni.

Una notazione a tale proposito appare necessaria: in considerazione della presenza di Agenzie di rating che valutano in modo indipendente l'emittente, i *supplier* tipici di strumenti garanzia pubblica presenti nel mercato creditizio dovrebbero essere estremamente interessati a tale tipo di operatività.

Ciò in virtù del fatto che - rispetto a una normale operazione creditizia - nell'ambito dell'emissione di minibond esiste appunto un doppio canale valutativo: quello dell'originator (tipicamente una banca) e quello dell'Agenzia di rating.

---

Note:

[\*] Il presente contributo è stato preventivamente sottoposto a referaggio anonimo affidato ad un componente del Comitato di Referee secondo il Regolamento adottato da questa Rivista.

[1] Nelle due aste di dicembre 2011 e febbraio 2012 sono stati rispettivamente erogati 489,2 miliardi di Euro a 523 banche e 529,5 miliardi di Euro a 800 banche.

[2] Cfr. Banca d'Italia (2014): tra giugno 2013 e giugno 2014 i finanziamenti a imprese e famiglie sono calati di 20 miliardi di (da 1.446,4 a 1.426,08 miliardi di Euro).

[3] Banca d'Italia, 2013, *Relazione annuale*, Roma.

[4] EBA, 2012, *Final report on the implementation of Capital Plans following the EBA's 2011 Recommendation on the creation of temporary capital buffers to restore market confidence*, disponibile al sito: <http://www.eba.europa.eu/documents/10180/15956/Finalreportrecapitalisationexercise.pdf/87602d3f-ec8d-4788-9aa8-fae0f28f4c23>

[5] Banca d'Italia, 2014, *Supplementi al Bollettino Statistico - Indicatori monetari e finanziari n. 51*, Roma.

[6] Banca d'Italia, 2013, *Relazione annuale*, Roma.

[7] Elaborazioni su dati tratti da European Venture Capital Association, 2013, *2012 Pan-European Private Equity and Venture Capital Activity*, disponibile al sito: [http://www.evca.eu/media/12067/2012\\_Pan-European\\_PEVC\\_Activity.pdf](http://www.evca.eu/media/12067/2012_Pan-European_PEVC_Activity.pdf).

[8] Banca d'Italia, 2014, *Supplementi al Bollettino Statistico - Indicatori monetari e finanziari n. 51*, Roma.

[9] Come noto, il meccanismo di rimozione delle restrizioni all'accesso al credito previsto dal Fondo centrale di garanzia si basa sul fatto che, per la porzione di finanziamenti assistiti dalla garanzia pubblica, la ponderazione ai fini del calcolo dell'RWA (risk weighted assets) è pari a zero. Ciò poiché la garanzia dello Stato che opera in caso di inadempimento dell'impresa finanziata è di ultima istanza. In sostanza, sugli importi garantiti vige il meccanismo della ponderazione zero che permette agli Intermediari di ridurre l'importo degli accantonamenti a bilancio necessari a fronte delle erogazioni creditizie.

[10] 8 miliardi di Euro per la prima Convenzione ABI-CDP firmata il 28 maggio 2009, 8 miliardi per la seconda datata 17 febbraio 2010, 1 miliardo per la terza del 17 dicembre 2010 (c.d. "Plafond 10 anni"), 10 miliardi di Euro per la quarta firmata il 1° marzo 2012 di cui 8 per investimenti e circolante e 2 per i crediti verso la Pubblica Amministrazione e, da ultimo, 5 miliardi di Euro nell'ambito della quinta (5 agosto 2014) per investimenti ed esigenze di circolante delle piccole e medie imprese (4 miliardi), per i bisogni delle reti di imprese (500 milioni) e per il supporto all'export (500 milioni).

[11] In dettaglio, il riferimento è agli accordi firmati da ABI e rappresentanti delle Associazioni di categoria e rinnovati in varie occasioni: 3 agosto 2009, 16 febbraio 2011, 28 febbraio 2012 e, da ultimo, 1° luglio 2013.

[12] In particolare, D.L. n. 35/2013 (che ha messo a disposizione 40 miliardi di Euro per il biennio 2013-2014), D.L. n. 102/2013 (7,2 miliardi di euro per il 2013), Legge di Stabilità 2014 (0,5 miliardi) e nel D.L. n. 66/2014 (9,3 miliardi).

[13] Fondi per il Venture capital (FVG) di cui all'articolo 31 del D.L. n. 98/2011 come applicato dal Decreto del Ministero dell'economia e delle finanze del 21 dicembre 2012, pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 28 febbraio 2013.

[14] Articolo 1, comma 3, del D.L. n. 201/2011, convertito con legge n. 214/2011-

[15] Committee on Finance and Industry Report, 1931, *Macmillan Report*, H.M.S.O., Londra.

[16] Ai sensi dei commi 19 e 20 dell'articolo 32 del Decreto Sviluppo (D.L. n. 83/2012), *19. le obbligazioni e i titoli similari emessi da società non emittenti strumenti finanziari rappresentativi del capitale quotati in mercati regolamentati o in sistemi multilaterali di negoziazione, diverse dalle banche e dalle micro-impresе, come definite dalla raccomandazione 2003/361/CE della Commissione, del 6 maggio 2003, possono prevedere clausole di partecipazione agli utili d'impresa e di subordinazione, purché con scadenza iniziale uguale o superiore a trentasei mesi.*

*20. La clausola di subordinazione definisce i termini di postergazione del portatore del titolo ai diritti degli altri creditori della società e ad eccezione dei sottoscrittori del solo capitale sociale. Alle società emittenti titoli subordinati si applicano le norme di cui all'articolo 2435 del codice civile. Le emissioni di obbligazioni subordinate rientrano tra le emissioni obbligazionarie e ne rispettano i limiti massimi fissati dalla legge”.*

[17] La definizione minibond è estremamente imprecisa e si utilizzerà unicamente per esigenze di sintesi.

[18] C.d. Decreto Sviluppo, convertito dalla Legge n. 134 del 7 agosto 2012.

[19] C.d. Decreto Crescita, convertito dalla Legge n. 221 del 17 dicembre 2012.

[20] C.d. Decreto Destinazione Italia, che ha modificato la Legge n. 130/ 1999.

[21] Cfr. Raccomandazione 2003/361/CE della Commissione europea del 6 maggio 2003 come recepita dal Decreto del Ministero delle Attività Produttive del 18 aprile 2005, pubblicato sulla GU n. 238 del 12 ottobre 2005. In base alla Raccomandazione, si definisce micro-impresa, l'impresa con meno di 10 dipendenti e fatturato o totale di bilancio annuale inferiore ai 2 milioni di euro, piccola impresa, quella con meno di 50 dipendenti e fatturato o totale del bilancio annuale non superiore ai 10 milioni di euro e media impresa, quella con meno di 250 dipendenti e fatturato inferiore a 50 milioni di euro o totale di bilancio annuale inferiore a 43 milioni di euro.

[22] Art. 2412, commi I e II (Limiti all'emissione): *1. La società può emettere obbligazioni al portatore o nominative per somma complessivamente non eccedente il doppio del capitale sociale, della riserva legale e delle riserve disponibili risultanti dall'ultimo bilancio approvato. I sindaci attestano il rispetto del suddetto limite. 2. Il limite di cui al primo comma può essere superato se le obbligazioni emesse in eccedenza sono destinate alla sottoscrizione da parte di investitori professionali soggetti a vigilanza prudenziale a norma delle leggi speciali. In caso di successiva circolazione delle obbligazioni, chi le trasferisce risponde della solvenza della società nei confronti degli acquirenti che non siano investitori professionali.*

[23] Cfr. comma 2, punto b. dell'articolo 32 del D.L. n. 83/2012: “l'ultimo bilancio dell'emittente sia assoggettato a revisione contabile da parte di un revisore legale o di una società di revisione legale iscritti nel Registro dei revisori legali e delle società di revisione”.

[24] La partenza ufficiale del segmento è datata 11 febbraio 2013.

[25] Il riferimento è alle previsioni normative del Decreto Legge “Destinazione Italia” (D.L. n. 145/2013) che hanno incluso nel perimetro degli investitori le

imprese di assicurazione (gli investimenti in minibond sono compatibili con le disposizioni in materia di copertura delle Riserve Tecniche delle Assicurazioni) e i Fondi di Investimento riservati a investitori qualificati dedicati alla sottoscrizione di obbligazioni emesse da PMI.

[26] In realtà, l'orizzonte temporale è ristretto da marzo 2013 (data della prima emissione quotata su ExtraMot PRO) al 30 settembre 2014 (data a cui è stata chiusa l'analisi dell'evidenza empirica di questo contributo).

[27] L'operazione in questione è quella conclusa da Matutencoop ad agosto 2013 che, complessivamente, ha emesso 425 milioni di Euro in due tranches.

[28] L'operazione in questione è quella conclusa da CMC a luglio 2014 che, complessivamente, ha emesso 300 milioni di Euro in due tranches.

[29] Media aritmetica non ponderata per il ticket delle emissioni.

[30] Media aritmetica non ponderata per il ticket delle emissioni.

#### Riferimenti bibliografici

Banca d'Italia, Relazione annuale, 2013, Roma

Banca d'Italia, Supplemento al Bollettino Statistico n. 43, 2014, Roma

Banca d'Italia, Supplementi al Bollettino Statistico - Indicatori monetari e finanziari n. 51, 2014, Roma

A., Bompani, E., Catelani, Project Bond & Commercial Paper, obbligazioni garantite, subordinate, partecipative e cambiali finanziarie alla ricerca di investitori qualificati, Franco Angeli, 2012, Milano

Committee on Finance and Industry Report, Macmillan Report, H.M.S.O., 1931, Londra

Commissione europea, Il finanziamento a lungo termine dell'economia europea, Libro Verde, 2013, Bruxelles

A., De Socio, V., Nigro, Does corporate taxation affect cross-country firm leverage?, Banca d'Italia, Temi di discussione n. 889, 2012, Roma

De Socio A., 2010, La situazione economico-finanziaria delle imprese italiane nel confronto internazionale, Banca d'Italia, Questioni di economia e finanza n. 66, Roma

EBA, Final report on the implementation of Capital Plans following the EBA's 2011 Recommendation on the creation of temporary capital buffers to restore market confidence, 2012, disponibile al sito: [http://www.eba.europa.eu/documents/10180/15956/Final\\_reportrecapitalisation\\_exercise.pdf/87602d3f-ec8d-4788-9aa8-fae0f28f4c23](http://www.eba.europa.eu/documents/10180/15956/Final_reportrecapitalisation_exercise.pdf/87602d3f-ec8d-4788-9aa8-fae0f28f4c23)

European venture capital association, 2012 Pan-European Private Equity and Venture Capital Activity, 2013, disponibile al sito: [http://www.evca.eu/media/12067/2012\\_PanEuropean\\_PEVC\\_Activity.pdf](http://www.evca.eu/media/12067/2012_PanEuropean_PEVC_Activity.pdf)

M., Gabrielli, D., D'Affronto, R., Bellina, P., Chiappa, Dal Decreto Sviluppo al Decreto Destinazione Italia con i minibond per il rilancio delle PMI Italiane, 2014, disponibile al sito: <http://www.anda.it/public/documenti/Articolo%20-%20Mini%20bond.pdf>

G., Schirone, Finanziamento della crescita e mini-bond: il problema e una possibile (parziale) soluzione, 2014, disponibile al sito: <http://www.prometeiaadvisor.it/it-it/informazione/newsletter-anteo/archivio-download/2014/n-75-gennaio-2014/osservatorio-prometeia.aspx?idC=65852&LN=it-IT>

**Etica, economia, *universitas*: lo sviluppo economico e il ruolo della ricerca  
nella *Caritas in Veritate***

*di*

**Francesca Romana Lenzi**

**Abstract**

Il 29 giugno 2009 papa Benedetto XVI presenta al mondo la lettera enciclica *Caritas in Veritate*. Essa si colloca sulla scia della tradizione delle lettere papali dal forte contenuto sociale, economico e dal profondo significato storico, quali l'enciclica di Leone XIII, pubblicata il 15 maggio del 1891 alle soglie della prima, fondamentale fase di internazionalizzazione degli scambi mondiali, e la *Populorum progressio* di Pio XI, che nel 1967 focalizzò l'attenzione sul fenomeno del sottosviluppo conseguente alla fine della colonizzazione, all'indomani della seconda guerra mondiale. L'enciclica di papa Benedetto si pone come risposta alla crisi del 2008, recuperando la prospettiva critica del mercato come superamento dei sistemi economici dominanti, che fu espressa già nel 1991, dalla *Centesimus annus* di Giovanni Paolo II, di cui Ratzinger fu consigliere, dopo la caduta del muro di Berlino e la fine del confronto tra quegli stessi sistemi ideologici ed economici globali. La dottrina sociale della Chiesa - specie nelle sue recenti evoluzioni - costituisce un fattore connotante e di innegabile influenza nell'evoluzione delle politiche economiche e sociali dei Paesi a matrice cattolica. Il paper si propone di analizzare alcune debolezze del sistema Italia alla luce degli assunti riportati dalla lettera enciclica e offrire alcuni spunti di riflessione sul ruolo dell'accademia come risorsa per superare tali emparse

*On 29 June 2009 Pope Benedict XVI presents to the world the encyclical letter "Caritas in Veritate". It belongs to the tradition of papal letters with strong social, economic and deep historical significance, such as the encyclical of Leo XIII, published on 15 May 1891 at the turn of the first, crucial step of internationalization of the world market, and the Populorum Progressio of Pius XI, who in 1967 focused the attention on the underdevelopment phenomenon as the result of the end of the colonization, immediately after the second world war. The encyclical of Pope Benedict is a response to the crisis of 2008, proposing a critical methodological vision of the market seen as the overcoming of the economic systems - capitalism and socialism - that was expressed earlier in 1991 with the Centesimus Annus of John Paul II, who had Ratzinger as counsellor, after the fall of the Berlin Wall and the end of the confrontation between two global economic and political systems. The social doctrine of the Church - especially in its recent developments - represents a connoting and definitely influential factor in the evolution of the economic and social policies of the Catholic countries.*

*The paper aims to focus on some weaknesses of the Italian system in the light of the assumptions given by the encyclical letter and to offer some ideas on the role of the academy as a resource to overcome such impasse.*

**Sommario:** 1. *Caritas in Veritate* e lo sviluppo umano nell'era della globalizzazione. - 2. Verità nel mercato, etica nell'economia e nella finanza. 3. L'Italia ed il suo modello economico sociale.

### **1. La *Caritas in Veritate* e lo sviluppo umano nell'era della globalizzazione.**

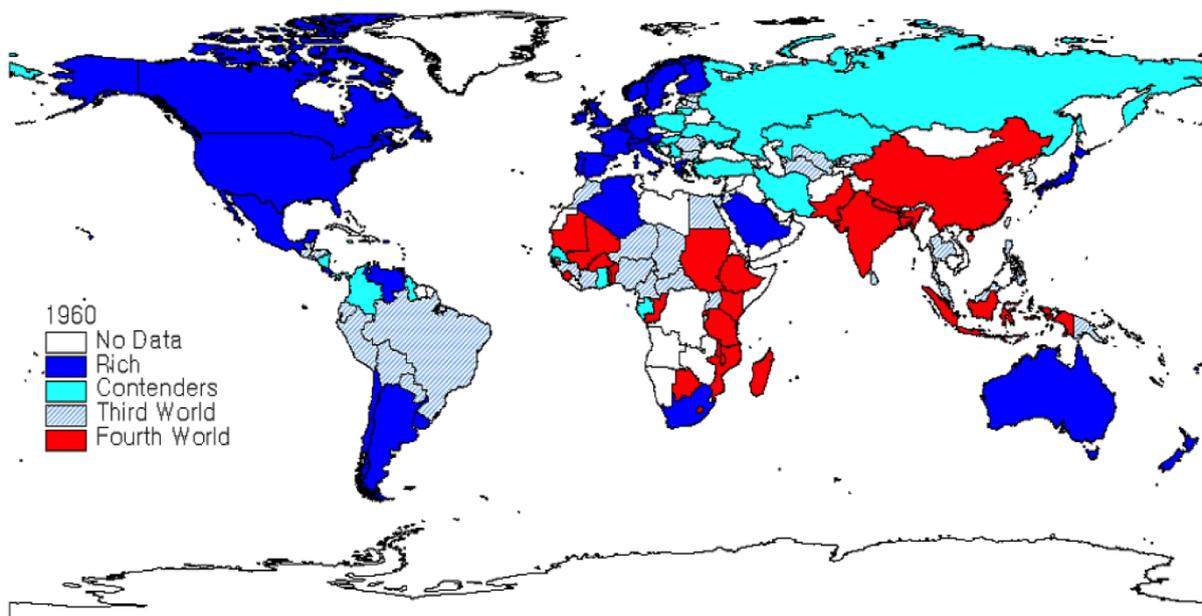
L'enciclica di papa Benedetto XVI nasce dall'esplicita esigenza di rispondere alla crisi del 2008 e, più in generale, alla deriva dei sistemi economici e sociali globali, in una prospettiva di metodo rivoluzionaria e indispensabile.

La *Caritas in veritate* costituisce un momento di riflessione nei confronti delle criticità del nostro tempo: il documento si caratterizza per una profonda concretezza, poiché propone con decisione il ripensamento del modello capitalistico e del ruolo svolto dalla finanza, rispetto all'economia reale.

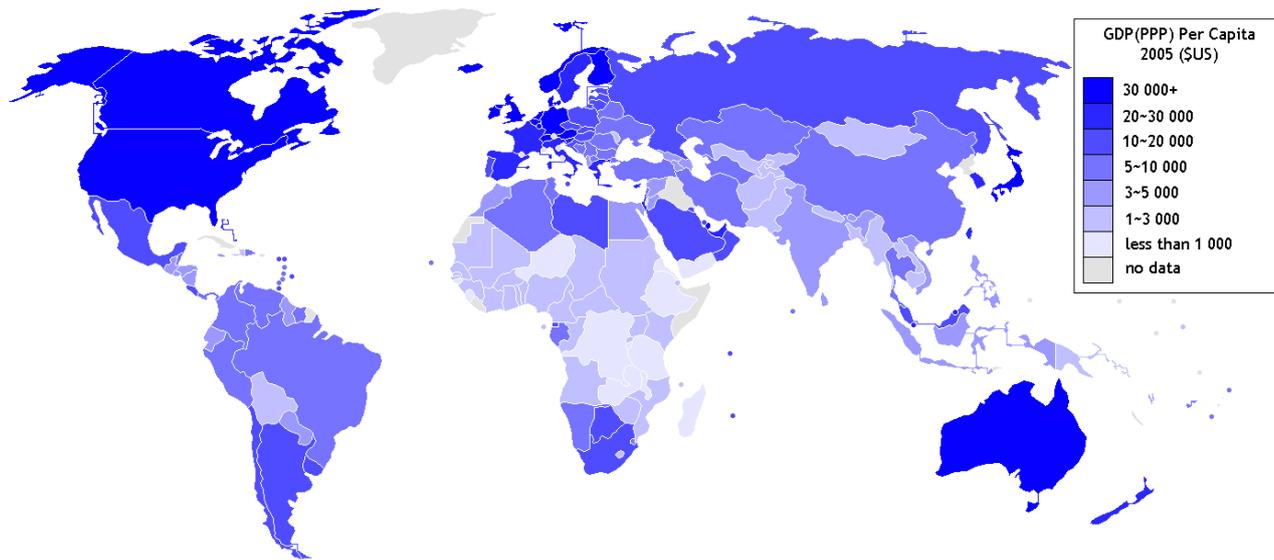
La lettera papale afferma che la globalizzazione dei mercati, sebbene abbia favorito la crescita dei Paesi emergenti, anche attraverso una migliore allocazione delle risorse finanziarie a livello internazionale, ha reso evidente la fragilità e l'instabilità dei traguardi ottenuti.

Le aspettative riposte nel fatto che la liberalizzazione degli scambi di merci e di capitali avrebbe automaticamente generato un aumento del benessere globale, in una sorta di gioco a somma zero, sono state, in buona parte, smentite. In altre parole, il mondo è cresciuto, ma senza tendere all'ottimo paretiano[1].

### **Livelli di reddito procapite nel 1960**



## Livelli di reddito procapite nel 2005



Source: World Bank, 2008

Come emerge dalle cartine della Banca Mondiale, tra il 1960 e il 2005 si osserva un aumento del numero dei Paesi con un reddito procapite minimo, sotto la soglia di povertà (il cosiddetto quarto mondo), a fronte di una crescita dello stesso fattore nei Paesi più ricchi. L'aumento del reddito mondiale in termini assoluti, non ha quindi prodotto una redistribuzione, secondo criteri di equità.

Il recupero dell'importanza della dimensione etica, oggi fortemente invocata da numerosi ambienti, anche culturalmente e politicamente distanti tra di loro, offre l'opportunità di riflettere sugli effetti prodotti da un certo tipo di capitalismo di ventura, ma anche sulla qualità della *governance* dei mercati. In tale prospettiva la crisi *deve* assumere un valore "provvidenziale", «*occasione di discernimento e di nuova progettualità*»[2] poiché obbliga a riprogettare il nostro cammino, a elaborare nuove regole e a trovare forme di impegno più efficaci. Come sostenuto dall'allora ministro dell'economia, Giulio Tremonti, e dal segretario generale dell'OCSE, Angel Gurría, nell'ambito della Riunione annuale del Consiglio dell'OCSE a livello ministeriale[3], il fallimento del sistema di controllo del mercato acquisisce una grande rilevanza. Regole mal definite e non rigorosamente applicate hanno condotto alla condizione di crisi: mentre le imprese e il settore finanziario sono state globalizzate, le leggi sono rimaste locali. Per tali ragioni ci si è cominciati ad interrogare su quali siano le metodologie e i criteri per riformare l'intero sistema. Il premio nobel Joseph Stiglitz ha definito indispensabile abbandonare i tentativi di revisione dei sistemi che si sono rivelati fallimentari, mentre si rende opportuno pensare da zero un nuovo paradigma[4]

Alcuni cambiamenti osservati negli ultimi decenni, - tra cui l'apparizione di nuovi prodotti e attori non regolamentati (i derivati), situazioni di presa di rischio eccessiva determinata dalla tendenza a obiettivi di breve termine (speculazione) e la creazione di strutture tali da facilitare le attività illecite (paradisi fiscali e società *off-shore*) - si sono sviluppati al di fuori delle strutture tradizionali legislative e di *governance*. Tali cambiamenti istituzionali testimoniano una visione personalistica, che non rispetta meccanismi di solidarietà, né promuove un individualismo entro le regole, che, correttamente gestito nel rispetto degli altri, potrebbe agevolare lo sviluppo economico.

In tal senso, la dottrina sociale della Chiesa e le sue recenti evoluzioni possono rappresentare una chiave di lettura utile e condivisibile anche da ambienti strettamente laici, poiché segnalano con determinazione l'esigenza di una dimensione umana e sociale del mercato, perseguibile garantendo la diffusione del benessere, l'efficienza organizzativa e tecnologica e la sostenibilità nell'utilizzo delle risorse ambientali e produttive.

Come emerge dall'enciclica papale, lo sviluppo ha bisogno della verità. Senza di essa, afferma il Pontefice, «l'agire sociale cade in balia di privati interessi e di logiche di potere, con effetti disgregatori sulla società»[5]. Papa Benedetto XVI riprende un concetto espresso già da Paolo VI nell'enciclica *Popolorum progressio*: «le cause del sottosviluppo non sono primariamente - di ordine materiale»[6]. Ciò nonostante, il Pontefice mette in luce che vi sono urgenze nuove, proprie del nostro tempo: «Le forze tecniche in campo, le interrelazioni planetarie, gli effetti deleteri sull'economia reale di un'attività finanziaria mal utilizzata e per lo più speculativa, gli imponenti flussi migratori, spesso solo provocati e non poi adeguatamente gestiti, lo sfruttamento sregolato delle risorse della terra, ci inducono oggi a riflettere sulle misure necessarie per dare soluzione a problemi non solo nuovi rispetto a quelli affrontati dal Papa Paolo VI, ma anche, e soprattutto, di impatto decisivo per il bene presente e futuro dell'umanità.»[7]. Queste considerazioni rendono possibile una riflessione molto seria sui fallimenti del mercato e generano la forte esigenza di un nuovo modo di pensare e di agire. Le distorsioni che hanno portato alla crisi attuale devono essere rimosse, non per spirito di bontà, bensì per la consapevolezza che una visione più umana e condivisa consenta di raggiungere *performance* migliori nel lungo periodo, come anche nel breve.

La dottrina sociale della Chiesa fornisce una risposta alle questioni sollevate dal mondo scientifico e della ricerca, attraverso l'elaborazione di un proprio modello di sviluppo che, ponendo al centro l'uomo in un contesto di crescita economica, rende possibile la convergenza di posizioni culturalmente differenti. Non a caso, nella *Caritas in Veritate*, si affronta la tematica dello "sviluppo umano integrale": si ripropone il concetto di benessere (*well-being*) che richiama la differenza tra crescita economica e sviluppo economico.

## **2. Verità nel mercato, etica nell'economia e nella finanza.**

L'importanza della verità espressa nell'Enciclica si traduce, nel mercato, in due dimensioni: una oggettiva, rivolta all'abbattimento delle asimmetrie informative e all'esigenza di trasparenza e d'informazioni complete e reali; ma anche una dimensione soggettiva, che consiste nei comportamenti corretti dei singoli attori economici. Se queste componenti fossero rispettate, allora il mercato risulterebbe efficiente, consentirebbe di operare a costo medio minimo, ovvero di raggiungere il livello ottimale nell'allocazione delle risorse. Per raggiungere tale obiettivo, secondo l'enciclica di Benedetto XVI, occorre ripensare lo scopo dell'impresa. Se quest'ultima producesse al costo medio minimo, e quindi operasse in un mercato concorrenziale, riuscirebbe a garantire la coincidenza dell'obiettivo economico con quello sociale. Oggi però, la realtà dei mercati è ben diversa, poiché le regole non sono rispettate dagli operatori economici, che, in molti casi, non sono perfettamente informati. L'esigenza di un approccio etico per la regolamentazione dei mercati, la gestione delle imprese, le scelte d'investimento (anche internazionali) è quindi funzionale al perseguimento dell'efficiente allocazione delle risorse (che è la motivazione della concorrenza) e, in tale prospettiva, esso deve essere considerato una "necessità economica".

L'etica in economia vuol dire prima di tutto il rispetto di regole certe e condivise. Tale asserzione implica il rifiuto da parte degli operatori di comportamenti distortivi e l'assenza di asimmetrie informative. Ciò nondimeno esiste anche la possibilità di ampliare il concetto, predisponendo strumenti che finanzino iniziative nelle quali prevalga una motivazione sociale e promuovendo azioni economiche rispettose della generazione presente, in un'ottica di sussidiarietà, e di quelle future, rispondendo al criterio della sostenibilità.

Il ripristino o la creazione di regole tendenti alla realizzazione del mercato concorrenziale perfetto, unitamente al riconoscimento del valore dell'azione umana etica permetterebbe di conseguire un'evoluzione dell'economia sostenibile, a misura d'uomo, qual è lo sviluppo umano integrato sollecitato dalla lettera enciclica. Tale questione è al centro dell'attuale dibattito riguardante la necessità di trovare criteri di misurazione che vadano oltre il Pil per assicurare una rappresentazione sociale e di progresso civile (Oecd, 2008).

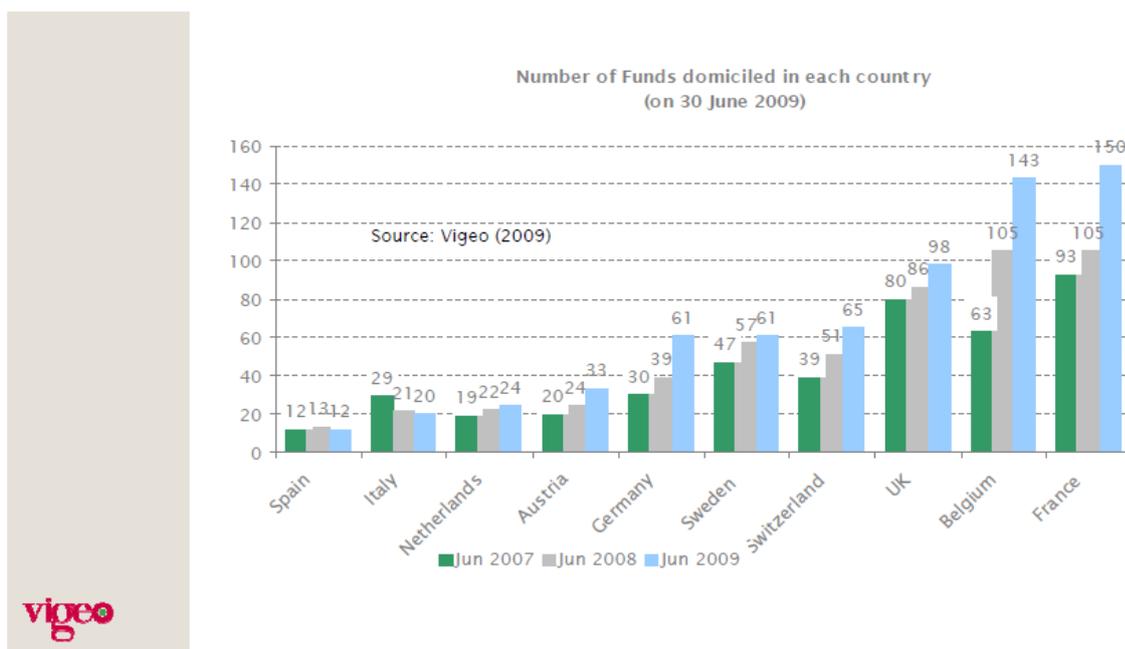
In tale contesto, la finanza etica assume il ruolo di motore della creazione di valore rispetto all'economia reale. L'esigenza di finanziare "comportamenti virtuosi" (sussidiari e sostenibili) può essere colta nella crescita dei fondi etici registrata in molti Paesi. La finanza etica rappresenta un fenomeno relativamente nuovo, tuttavia il suo progredire è un segnale della sempre maggiore attenzione rivolta a temi etici da parte di privati ed istituzioni.

L'analisi dell'andamento del numero dei fondi etici in Europa dimostra un'elevata variabilità tra i Paesi.



## Number of SRI funds

8.



Source: Vigeo 2010

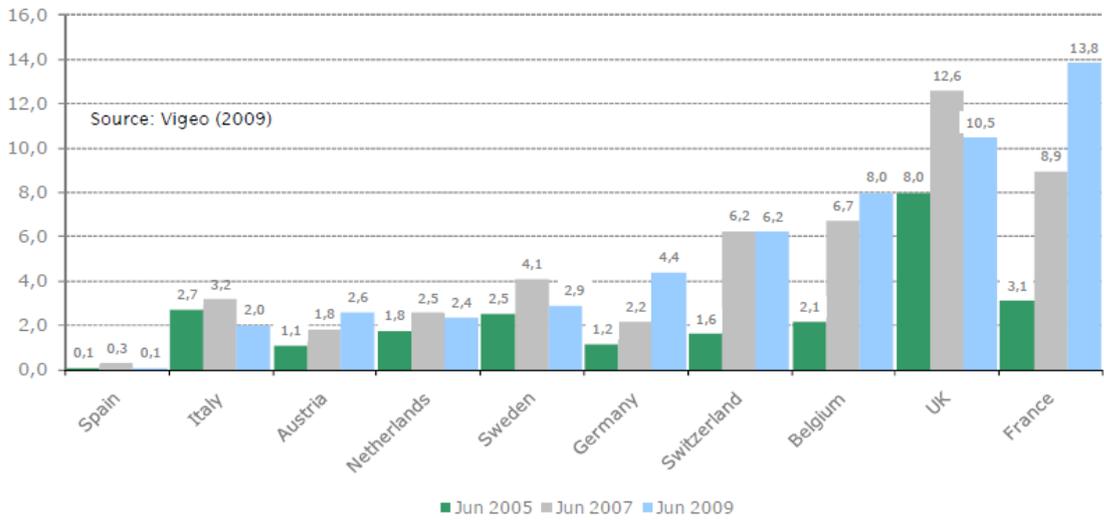
Dal grafico emerge che l'Italia, insieme alla Spagna, non si caratterizza per una consistente diffusione di questo genere di fondi. Nello specifico il nostro Paese ha visto diminuire il numero di tali fondi tra il 2007 e il giugno 2009. In Francia, Belgio, Inghilterra, invece, il numero è ben maggiore e in aumento. Lo stesso accade per la "patrimonializzazione" dei fondi etici (*assets*).



SRI funds' assets per country

11.

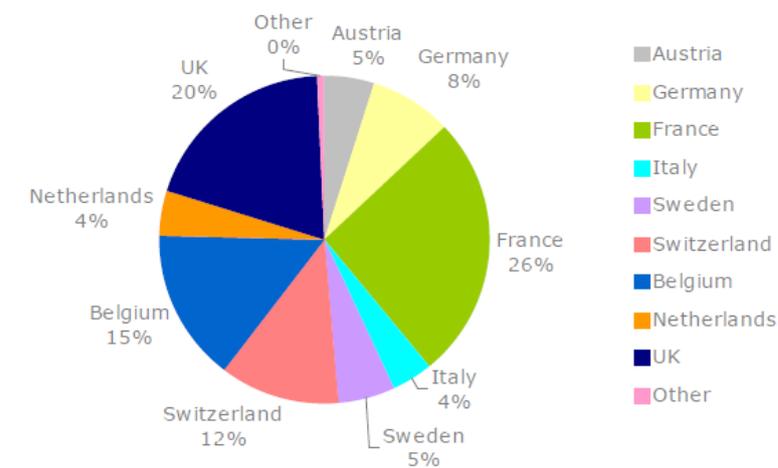
SR funds assets per country (bln Euro on 30 June 2009)



SRI funds' assets: Country/Total (%)

12.

SR funds assets per country (% breakdown, 30 June 2009)



Source: Vigeo (2009)



Source: Vigeo 2010

I dati che emergono dai grafici sono tuttavia, solo parzialmente coerenti con quanto descritto in relazione al numero dei fondi etici[8]. Sono opportune, a tal riguardo, alcune considerazioni.

La classifica dei Paesi per numero di fondi etici è differente dalla classifica per *assets*, poiché il volume di fondi etici non coincide necessariamente con la loro patrimonializzazione (si può avere un unico fondo “spesso”, o tanti, non necessariamente consistenti). Questo però non si verifica per la Spagna e per l’Italia che infatti possiedono un numero esiguo di fondi etici e una scarsa patrimonializzazione. In secondo luogo, per quanto riguarda alcuni Paesi come Inghilterra, Svezia e Svizzera, si nota che l’evoluzione del tempo del numero dei fondi non necessariamente è connessa all’evoluzione della patrimonializzazione.

### 3. L’Italia ed il suo modello economico sociale

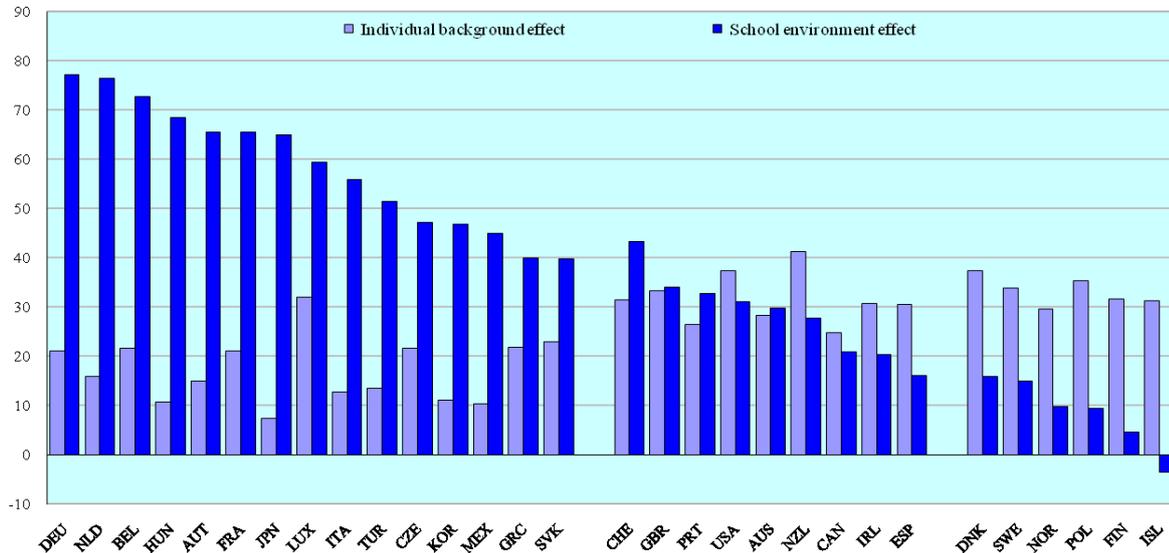
Nonostante uno sviluppo contenuto in termini di finanza etica, il modello economico italiano a livello territoriale è contrassegnato da una forte caratterizzazione sociale. In Italia, storicamente, la dimensione territoriale della produzione permette di gestire, laddove non si possano risolvere, situazioni di crisi e squilibri temporanei, proprio attraverso una solidarietà concreta. Il *distretto industriale* assume un ruolo chiave, laddove è inteso come comunità di persone che partecipano con un’identificazione culturale al processo produttivo (per Becattini sono, infatti, “economie sociali di mercato”), oltre che come concentrazione territoriale di imprese specializzate in una produzione[9].

Per ottimizzare tali potenzialità, si rende necessario riuscire a conservare un’intrinseca socialità del distretto industriale trasformandolo in un *cluster* produttivo ad elevata eticità. Nel distretto industriale descritto da Becattini, l’eticità è garantita da un riconoscimento culturale della comunità che è parte dell’aggregato distrettuale. Esso è una concentrazione d’imprese e singoli attori che mantengono una propria distinta cultura e identità. Il *cluster*, invece, aggiunge a tale aspetto il coinvolgimento degli *stakeholder* locali, conferendo ad essi una propria dimensione d’etica pubblica, così come avviene già nel modello inglese o di molte altre realtà europee (Antolini, Boccella, 2006).

E’ plausibile riflettere sull’utilità di coinvolgere uno *stakeholder* locale di primaria importanza e ad alto potenziale etico, quale è l’università. L’istituzione accademica può svolgere un ruolo importantissimo, sia formando le nuove generazioni, sia come attore etico, generando *spin off*, nuove imprese. Nell’istituzione accademica vi sono, infatti, il potenziale e gli strumenti idonei per creare *incubatori d’impresa*, capaci di stimolare la creatività e la progettualità di iniziative economiche sostenibili volte allo sviluppo. Con il mondo imprenditoriale, l’accademia può attivare un dialogo a vari livelli, a partire dal mercato del lavoro, fino a costruire sinergie tra mondo della ricerca e dell’impresa nel contesto delle reti d’innovazione. Il ruolo istituzionale dell’università potrebbe

dirsi compiuto in una prospettiva etica, se essa riuscisse infine a promuovere la mobilità sociale, fornendo nuove opportunità agli individui.

### Effects of individual background and school socio-economic environment on students' secondary achievement



Source: OECD, 2009. (Socio-economic gradient taking cross-country distributional differences into account)

Come emerge dal grafico, in Italia, l'istruzione sembrerebbe rappresentare uno dei principali strumenti di trasmissione delle conoscenze intergenerazionali. Dalle due colonne in comparazione si evince altresì, che la dimensione del "social environment", ossia il piano istituzionale scolastico italiano, produca maggiori effetti per la crescita delle conoscenze intergenerazionali di quanto non faccia la componente individuale, ovvero familiare.

La rilevazione statistica dell'OECD suggerisce che il contesto sociale di provenienza incide molto meno della formazione delle nuove generazioni. Tale dato è persistente in molti Paesi, anche sviluppati. Una simile analisi rafforza la convinzione che continuare ad investire nella formazione sia, in assoluto e per l'Italia nello specifico, un fattore chiave di crescita e di mobilità sociale. Essa si traduce nel bacino primario di opportunità per le nuove generazioni, in grado di realizzare le loro potenzialità ed aspirazioni.

In aggiunta, se all'università venisse riconosciuto tale ruolo di attore etico, sarebbe opportuno identificare alcuni criteri di standard etici a cui essa dovrebbe corrispondere. Tra essi si è ritenuto opportuno individuare i seguenti: *l'internazionalizzazione dell'università*, ovvero la possibilità di favorire lo studio all'estero dei propri studenti; *l'università come incubatore di impresa*, analizzando il numero di *spin-off* aziendali che si vengono a formare all'interno delle Università, perché in questo modo ciascun ateneo propone un proprio

modello di produzione; *l'interazione con il territorio*: esso può essere misurato valutando l'impegno degli atenei nell'attrarre capitali privati per la realizzazione di progetti economici o sociali; *l'università come ambiente sociale*, misurato sulla base della soddisfazione degli studenti in ordine alla formazione ricevuta e più in generale sul funzionamento dei servizi dell'ateneo.

Subordinando la disponibilità di finanziamento pubblico delle università, alla promozione e realizzazione di attività che rispondano a tali criteri, si incentiverebbe il comportamento virtuoso di tale *stakeholder* istituzionale, secondo la visione che è propria del messaggio divulgato dall'enciclica *Caritas in Veritate*.

---

Note:

[\*] Il presente contributo è stato preventivamente sottoposto a referaggio anonimo affidato ad un componente del Comitato di Referee secondo il Regolamento adottato da questa Rivista.

[1] La condizione dell'efficienza allocativa, ovvero l'ottimo paretiano, prevede che non si possa migliorare lo status di un soggetto senza peggiorare quello di un altro. Il Nobel per l'economia Amartya Sen, sulla base del paradosso di Arrow, dimostra l'incompatibilità tra l'efficienza paretiana e il liberismo. Il paradosso liberale descritto da Sen si verifica poiché la libertà implica che siano le preferenze del singolo individuo a determinare la scelta, dunque in regime di liberismo non verrà rispettata la condizione dell'ottimo di Pareto

[2] Benedetto XVI, lett. enc. *Caritas in Veritate*, cap.II, 21.

[3]OECD Forum 2010, *Road to recovery: innovation, jobs, clean growth*, Parigi, 26-27 maggio 2010.

[4] «È arduo cambiare paradigma perché ci sono stati troppi investimenti nei modelli sbagliati. Com'è accaduto con i tentativi tolemaici di conservare una visione geocentrica dell'universo, verranno fatti sforzi eroici per complicare e affinare quello attuale. Forse ne risulteranno modelli migliori e forse serviranno per politiche migliori, ma è molto probabile che falliranno di nuovo. Ci vuole niente di meno di un nuovo paradigma e credo che sia a portata di mano.» Joseph Stiglitz, *IlSole24ore*, 21 agosto 2010.

[5] Benedetto XVI, lett. enc. *Caritas in Veritate*, Introduzione, 5.

[6] Benedetto XVI, lett. enc. *Caritas in Veritate*, cap.I, 19, da Paolo VI, Lett. enc. *Populorum progressio*, 20: *I.c.*, 267.

[7] Benedetto XVI, lett. enc. *Caritas in Veritate*, cap.II, 21.

[8] Si coglie l'occasione per ringraziare il Dott.Pezzolato per aver fornito i dati; si veda al riguardo <http://customer.morningstareurope.com/it/avanzi/fundselect/>

[9] Becattini, G., *Mercato e forze locali. Il distretto industriale*, Il Mulino, Bologna, 1987

## Bibliografia

- Paolo VI, *Lett. enc. Populorum progressio*, Libreria Editrice Vaticana, 1967
- G., Becattini, *Mercato e forze locali. Il distretto industriale*, Il Mulino, 1987
- A., Sen, *On Ethics and Economics*, Basil Blackwell, 1987
- G., Becattini, E., Rullani, "Sistema locale e mercato globale" in *Prospettive degli studi di politica industriale in Italia*, G., Becattini, S., Vaccà, (a cura di), FrancoAngeli, 1994
- A., Sen, *La libertà individuale come impegno sociale*, Laterza, Bari 1997
- Regni M., *Modelli di capitalismo, Le risposte europee alla sfida della globalizzazione*, Laterza, 1999.
- F. Antolini, *Il modello di rilevazione utilizzato per il censimento degli enti non-profit: le modifiche apportate e quelle ancora possibili*, Istituto di Statistica e matematica, Università degli Studi di Napoli "Parthenope", Napoli 2002
- R., Gilpin, *The challenge of global capitalism: the world economy in the 21. century*, Princeton University Press, 2002
- A., Quadrio Curzio, M., Fortis, *Complessità e distretti industriali. Dinamiche, modelli, casi reali*, Il Mulino, 2002
- G., Becattini, *Per un capitalismo dal volto umano. Critica dell'economia apolitica*, Bollati Boringhieri, 2004
- L., Bruni, S., Zamagni, *Economia civile*, Il Mulino, Bologna 2004
- J. Bruno, *La teoria economica delle cooperative di produzione e la possibile fine del capitalismo*, vol.1 e 2, Giappichelli 2005
- F. Antolini, N., Boccella, *Sentieri di crescita e cluster di imprese*, Liguori, 2006
- Consiglio Italiano per le Scienze Sociali, *Libro Bianco sulla Valutazione della Ricerca*, Marsilio editori, 2006
- C. Ruini, *Verità è libertà*, Mondadori, 2006
- A. Sen, *Lo sviluppo è libertà*, Mondadori, 2006
- M., Pugno, *Ricchezza e ben-essere: l'importanza delle relazioni sociali e personali*, in "Studi e note di economia", 2007, vol.XII n.1, pp.23-58
- G., Sapelli, *La crisi economica mondiale*, Bollati Boringhieri, 2008;
- G., Becattini, *Ritorno al Territorio*, Il Mulino, 2009.
- Benedetto XVI, *Lett. enc. Caritas in Veritate*, Libreria Editrice Vaticana, 2009
- S., Latouche, *Breve trattato sulla decrescita serena*, Bollati Boringhieri, 2009
- OECD Forum 2010, *Road to recovery: innovation, jobs, clean growth*, Parigi, 26-27 maggio 2010.
- G., Becattini, M., Bellandi, "Distretti industriali: un paradigma socio-economico", in *Industria e distretti. Un paradigma di perdurante competitività italiana*, M. Fortis e A. Quadrio Curzio (a cura di), Il Mulino, 2006 pp. 81-108..

## Fonti statistiche e telematiche

OECD – Organization for Economic Co-operation and Development - [www.oecd.org](http://www.oecd.org)

Vigeo - [www.vigeo.com](http://www.vigeo.com)

World Bank - [www.worldbank.org](http://www.worldbank.org)

“Corriere della Sera” - [www.corriere.it](http://www.corriere.it)

“Sole24ore” - [www.ilsole24ore.com](http://www.ilsole24ore.com)

**Intento e procreazione**

di

**Enrico Del Prato**

**Sommario:** 1. Premessa. La procreazione come fatto giuridico e il principio di verità. Quale tenuta? - 2. Il regime attuale - 3. Procreazione eterologa con gamete maschile naturale e artificiale: irrilevanza dell’eventuale identità di intenti - 4. L’alterazione di stato e il regime civilistico - 5. L’interesse alla conoscenza delle proprie origini e le ragioni che possono sostenerlo - 6. La fecondazione eterologa con gameti femminili - 7. Gli atti dispositivi dei gameti - 8. Fecondazione eterologa e maternità surrogata. Relazioni parentali atipiche?

**1. Premessa. La procreazione come fatto giuridico e il principio di verità. Quale tenuta?**

Caduto - per effetto della sentenza della Corte costituzionale 10.6.2014 n. 162- il divieto di fecondazione medicalmente assistita eterologa, ci chiediamo se sia necessaria o opportuna una normativa sullo *status* dei “figli dell’eterologa”. All’interrogativo non si risponde accertando soltanto se ci sia già una disciplina, ma valutando se il regime vigente -che, in linea di principio, non può mancare- sia adeguato.

Nel fissare alcuni spunti di riflessione e alcuni interrogativi sono andato a riprendere un mio vecchio articolo del 2001 [1] intitolato *La scelta come strumento tecnico di filiazione?*. Muovendo da un’ordinanza del Tribunale di Roma del 17 febbraio 2000 in tema di maternità surrogata mi chiedevo, in quel lavoro, se l’intento potesse avere qualche ruolo nella vicenda procreativa: in positivo, creando una filiazione senza procreazione; in negativo, con una procreazione senza filiazione.

Ricordo ai non giuristi che la filiazione è una vicenda giuridica; la procreazione un fatto. I principi che, tradizionalmente, reggono la materia sono due. Il primo è che, appunto, la procreazione è un mero fatto giuridico, cioè rileva nel mondo del diritto a prescindere dall’intento dei suoi autori. Il secondo è il principio di verità, per il quale lo *status* giuridico deve corrispondere a quello genetico, che plasma la disciplina della filiazione ed è anche presidiato in sede penale dall’art. 567, 2° comma, c.p., nell’ambito dell’“alterazione di stato”.

Una volta ammessa la fecondazione eterologa, è opportuno riflettere sulla perdurante tenuta di questi principi. Già sul finire degli anni ’90, per il solo effetto dell’applicazione giurisprudenziale, il principio di verità si era incrinato dinanzi a quello di autoresponsabilità: il bilanciamento tra i due principi, attuato in sede

giudiziale [2], impediva il disconoscimento da parte del genitore che avesse consentito la fecondazione eterologa.

La prevalenza del principio di autoresponsabilità sul principio di verità è divenuta un dato normativo per effetto dell'art. 9 della l. 19 febbraio 2004 n. 40, che ha sancito il divieto di disconoscimento per il caso di inseminazione eterologa attuata in violazione del divieto ora caduto. Si noti, però, che questo limite opera solo nei riguardi del coniuge o del convivente che abbia autorizzato la fecondazione dell'altro con gameti altrui; non invece rispetto ai terzi ed allo stesso riconosciuto.

Inoltre, con la riforma della filiazione del 2013, il nuovo art. 263 c.c. preserva l'imprescrittibilità dell'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità del figlio nato fuori dal matrimonio al solo figlio, il quale rimane arbitro della corrispondenza del proprio *status* giuridico alla derivazione biologica. In tutti gli altri casi vi è un termine di decadenza quinquennale decorrente dall'annotazione del riconoscimento sull'atto di nascita, ridotto ad un anno rispetto all'autore del riconoscimento (cfr. l'art. 263, 3° comma, c.c.). Con la riforma si è inteso privilegiare l'interesse del figlio alla stabilità del rapporto genitoriale: salva la sua esclusiva legittimazione, lo *status* si consolida col decorso del quinquennio rendendo irrilevante questa ragione di impugnativa [3].

## 2. Il regime attuale.

Allo stato operano gli artt. 8 -il nato ha lo stato di figlio della coppia che ha fatto ricorso alla fecondazione- e 9, comma 3, della l. 40/2004, secondo cui "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". Questa disposizione si salda col resto dell'art. 9, secondo cui, se il "coniuge o convivente" della donna ha prestato il consenso, anche con comportamenti concludenti, non può disconoscere il figlio; né la madre, cioè la partoriente, può escludere la filiazione dichiarando di non essere nominata nell'atto di nascita. In altri termini: abbiamo una filiazione -cioè l'attribuzione dello *status* giuridico-vincolata e la negazione di ogni rapporto tra figlio e donatore di gameti.

È, tuttavia, da chiedersi se l'art. 9 l. 40/2004, che era concepito nella logica del divieto della fecondazione assistita eterologa, bilanci adeguatamente gli interessi coinvolti una volta venuto meno il divieto stesso.

La questione può essere esaminata -senza preconcetti o implicazioni religiose, ideologiche, antropologiche- sul piano della normativa prendendo in considerazione diversi angoli di osservazione. Ne vaglierò alcuni.

### **3. Procreazione eterologa con gamete maschile naturale e artificiale: irrilevanza dell’eventuale identità di intenti.**

Occorre demarcare il caso in cui il gamete estraneo alla coppia sia maschile rispetto a quello in cui sia femminile. Solo nel secondo caso, infatti, è necessario l’intervento medico perché vi sia procreazione; non nel primo, dove, *ab immemorabili*, la procreazione può avvenire in modo naturale.

Dunque, in caso di procreazione naturale eterologa con gamete maschile, non opera il regime dell’art. 9 cit., e la verità genetica può prevalere sullo *status* giuridico mediante il disconoscimento di paternità o l’impugnazione del riconoscimento del figlio per difetto di veridicità, nei limiti prima enunciati. Ciò anche quando l’intento degli interessati si attegga allo stesso modo della fecondazione medicalmente assistita: il “donatore” ha intento procreativo ma esclude la filiazione; il padre vuole la filiazione senza procreazione. Qui possiamo avere intenti eguali, ma un regime giuridico diverso solo perché l’inseminazione è artificiale.

Anche prima della l. 40/2004, quando la giurisprudenza, facendo leva sul principio di responsabilità, aveva escluso la facoltà di disconoscimento del figlio da parte del padre consenziente alla fecondazione eterologa, rimaneva il fatto che l’azione di disconoscimento poteva essere esperita dallo stesso figlio una volta raggiunta la maggiore età (art. 244, comma 5, c.c.).

### **4. L’alterazione di stato e il regime civilistico.**

Talvolta il sistema giuridico svela asimmetrie, reali o apparenti. L’art. 567, comma 2, c.p. sanziona penalmente l’alterazione di stato, che si configura quando taluno dichiara nell’atto di nascita per proprio un figlio che sa essere di altri.

Escludo, tuttavia, che incorra nel reato il marito della donna coniugata il quale dichiara per proprio il figlio della moglie pur sapendolo figlio di un altro, perché la filiazione qui deriva dal vincolo matrimoniale. Certamente l’art. 8 l. 40/2004 supera il problema anche per le coppie non unite in matrimonio: è la legge che collega al mero fatto della nascita mediante fecondazione assistita lo stato di figlio della coppia.

### **5. L’interesse alla conoscenza delle proprie origini e le ragioni che possono sostenerlo.**

Il nato da fecondazione assistita eterologa ha diritto all’accertamento della derivazione genetica facendo prevalere la verità biologica sullo *status* giuridico? Ha diritto a conoscere le sue origini? La questione non opera solo, in positivo, per sapere chi sia il genitore biologico –riguardo al quale vige il comma 3 dell’art. 9 l. 40/2004-, ma anche in negativo, cioè per recidere il vincolo giuridico rispetto al

genitore giuridico. Per il comma 1 dell'art. 9 cit. il padre giuridico non può disconoscere il figlio nato in costanza di matrimonio o impugnare per difetto di veridicità il riconoscimento: ma nulla dice circa il potere del figlio né di terzi nel caso di filiazione fuori dal matrimonio (art. 263 c.c.). Possiamo immaginare liti ereditarie.

E' poi da chiedersi se sia tutelabile l'interesse del figlio alla mera conoscenza delle proprie origini, a prescindere da risvolti patrimoniali e da vincoli giuridici. Può trattarsi di un interesse non solo morale, ma funzionale alla salute: basti pensare ai progressi della scienza nella cura delle patologie ed all'esigenza, correlativa, di conoscere la propria derivazione biologica in funzione di anamnesi clinica per la cura o la prevenzione di patologie. Per la tutela della salute sarebbe tutt'altro che anomalo configurare un diritto alla conoscenza delle proprie origini genetiche a prescindere dallo *status* di figlio e dalle prerogative che ne derivano.

La questione può essere considerata tenendo conto del regime dell'adozione di minori. L'art. 28 della l. 184/1983, come sostituito dall'art. 24 della l. 149/2001, consente l'acquisizione di informazioni concernenti l'identità dei genitori biologici in varie circostanze: prima del raggiungimento dei 25 "se sussistono gravi e comprovati motivi", in ogni caso successivamente. Recentemente la Corte costituzionale [4] ha dichiarato costituzionalmente illegittimo il comma 7 dell'art. 24 della legge 184/1983 nella parte in cui inibiva l'accesso alle informazioni nei confronti della madre che aveva dichiarato alla nascita di non volere essere nominata: si è trattato di una sentenza additiva per la quale il giudice, su richiesta del figlio, può interpellare la madre "ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione".

L'adozione dei minori è fenomeno certamente diverso dalla fecondazione assistita. Ma qui non si tratta di omologare istituti nella loro interezza, ma di identificare gli interessi e le soluzioni che, in un istituto, sono date a specifici problemi altrove non regolati.

## **6. La fecondazione eterologa con gameti femminili.**

Per l'eterologa con gameti femminili i problemi si accentuano. Qui il principio che madre sia la partoriente è legato ad un determinato stadio della scienza medica, ma non è indubbio che debba essere tenuto fermo. La soluzione dettata dall'art. 9, comma 3, l. 40/2004 è espressione del divieto di fecondazione assistita eterologa e si spiega in funzione di esso.

Su questo punto è necessario l'apporto di una approfondita riflessione scientifica, antropologica e psicologica.

## **7. Gli atti dispositivi dei gameti.**

Il divieto di fecondazione assistita eterologa si rifletteva su tutti gli atti "dispositivi" posti in essere in vista di essa: tali atti erano tutti colpiti da nullità, in quanto volti ad attuare un programma contrario a norme imperative. Si trattava, per usare una terminologia tecnica, di nullità "virtuale" (artt. 1418, comma 1, e 5 c.c.).

Caduto il divieto, qual è il regime di tali atti? Possono ipotizzarsi contratti, con la conseguente irretrattabilità del vincolo, ferma restando la non coercibilità dell'adempimento? In caso affermativo si potrebbe addirittura discorrere della pattuizione di una clausola penale (art. 1382 c.c.) per l'inadempimento da parte del datore di gameti. L'atto dispositivo non determina una menomazione permanente dell'integrità fisica, sicché l'art. 5 c.c. potrebbe essere invocato in senso contrario solo sotto il profilo della contrarietà all'ordine pubblico e al buon costume.

Se non si trattasse di contratti, invece, il datore di gameti potrebbe sempre ripensarci e rifiutare la dazione. Ho usato il termine "dazione" in luogo di donazione perché si solleva, anche, il problema dell'ammissibilità di disposizione dei gameti a titolo oneroso, cioè contro corrispettivo. Questo è un problema serissimo, per il quale le clausole generali non soccorrono.

## **8. Fecondazione eterologa e maternità surrogata. Relazioni parentali atipiche?**

Dall'eliminazione del divieto della fecondazione assistita eterologa potrebbe emergere anche una riflessione sulla ammissibilità del c.d. affitto d'utero, cioè la maternità surrogata. Si tratta di una ipotesi espressamente vietata dall'art. 12, comma 6, della l. 40 del 2004, e non censurata nel giudizio di costituzionalità deciso da Corte cost. 162/2014, ma, come è noto, ammessa in alcuni ordinamenti.

Prima del divieto posto dal citato art. 12, comma 6, la nostra giurisprudenza sul punto ne aveva affermato la nullità [5], salvo che si trattasse di impegno gratuito e mosso da intento solidale [6]. L'eliminazione del divieto di fecondazione eterologa induce a riflettere anche su questo punto, e sul conseguente problema della maternità.

Torna, quindi, in rilievo il principio che enunciavo all'inizio, ma che ora deve essere posto come interrogativo: la nascita è sempre un mero fatto giuridico, senza che l'intento che l'ha preceduta possa acquisire qualche rilevanza? La fecondazione eterologa, che è un fenomeno integralmente retto da intenti volti, da un lato, alla procreazione senza filiazione, dall'altro alla filiazione senza procreazione, induce a dubitare della perdurante tenuta del principio e ad intravedere un orizzonte di relazioni parentali "atipiche".

Ho soltanto posto questioni sul tappeto. Personalmente sono poco incline, per tante ragioni, ad invocare interventi normativi. Ma in questo caso ritengo che le questioni, per peso e numero, siano tali da imporre che il legislatore vi metta mano.

---

Note:

[\*] Il presente contributo è stato preventivamente sottoposto a referaggio anonimo affidato ad un componente del Comitato di Referee secondo il Regolamento adottato da questa Rivista.

[1] In *Familia*, 2001, 1035 ss

[2] Cass. 16 marzo 1999 n. 2315, in *Giust. civ.*, 1999, I, 1317, con nota adesiva di C.M. BIANCA, *Disconoscimento del figlio nato da procreazione assistita: la parola della Cassazione*, e nota critica di S. MORELLI – M.R. MORELLI, *Il diritto alla identità personale del nato da fecondazione eterologa al duplice vaglio della Corte Costituzionale e della Cassazione*, dopo la presa di posizione di Corte cost. 12 settembre 1998 n. 347, in *Giur. it.*, 1999, 461 ss., con note di L. BALESTRA, *Inseminazione eterologa e status del nato* e di F. UCCELLA, *consenso revocato, dopo la nascita del figlio, all'inseminazione eterologa e azione di disconoscimento: ciò che suggerisce la Corte costituzionale*. La decisione del giudice *a quo*, nello stesso senso della S.C., è Trib. Napoli, 24 giugno 1999, in *Giust. civ.*, 1999, I, 2507 ss., con nota di M. R. MORELLI, *La sentenza costituzionale n. 347 del 1998, in tema di fecondazione assistita, e la risposta del giudice a quo*.

[3] La possibilità che anche l'autore del riconoscimento del figlio naturale potesse dedurre il difetto di veridicità senza limiti di tempo, già prima della riforma del 2013, era stata negata da un giudice di merito (Trib. Roma, 5 ottobre 2012, in *Corr. Merito*, 2013, 155, con nota di L. ATTADEMO, *Mala fede nel riconoscimento del figlio naturale e possibilità di impugnazione ex art. 263 c.c.*) facendo leva sul principio di autoresponsabilità che la Corte costituzionale e la Corte di cassazione avevano impiegato per negare -prima del divieto sancito dall'art. 9 della legge 40/2004- che il marito consenziente alla fecondazione assistita eterologa potesse proporre l'azione di disconoscimento di paternità.

[4] Corte cost. 22.11.2013 n. 278, in *Fam. e dir.*, 2014, 11 ss. con nota di V. CARBONE, *Un passo avanti del diritto del figlio, abbandonato e adottato, di conoscere le sue origini rispetto all'anonimato materno*; sul tema S. STEFANELLI, *Reversibilità del segreto della partoriente e accertamento della filiazione*, in *Giur. cost.*, 2013, 4031 ss.

[5] V. Trib. Monza 27.10.1989, in *Giur. it.*, I, 2, 296, con nota di G. PALMERI, *Maternità: la prima pronuncia italiana*.

[6] L'ordinanza di Trib. Roma, 17.2.2000, (tra le molte in *Giust. civ.*, 2000, I, 1157 ss., con nota di G. GIACOBBE, *La giurisprudenza fonte primaria del diritto? Prime riflessioni su di una controversa ordinanza del Tribunale di Roma*), che aveva

Biotecnologie, ogm e vita  
*Atti del convegno: "Quale diritto per i figli dell'eterologa?"*

disposto l'impianto, non doveva, però, ai fini della decisione, decidere della validità dell'accordo, perché entrambe le parti concordavano nel darvi esecuzione, mentre il medico opponeva un sopraggiunto divieto da parte del codice deontologico dei medici.

Alcune decisioni hanno ammesso la trascrizione dell'atto di nascita redatto all'estero che attesta la maternità della committente: App. Bari, 13.2.2009, in *Fam. e diritto*, 2010, 251 ss., con nota di M. C. DE TOMMASI, *Riconoscibilità dei c.d. "parental order" relativi ad un contratto di maternità surrogata concluso all'estero prima dell'entrata in vigore della legge 40/2004*; Trib. Napoli, 1°.7.2011, in *Corr. Merito*, 2012, 13.

Sul tema, da ultimo, Corte europea diritti dell'uomo, 26.6.2014, n. 65941/11, con riferimento al diniego delle autorità francesi di concedere il riconoscimento legale di una filiazione legalmente riconosciuta negli Stati Uniti derivante da maternità surrogata. Per la Cedu, tale decisione ha minato l'identità dei bambini della società francese.

## ***Procreazione eterologa e azioni di Stato***

di  
**Stefania Stefanelli**

**Sommario:** 1. Procreazione con donazione di gameti, diritto alla genitorialità e stato giuridico dei figli - 2. Azioni di accertamento negativo della genitorialità e disparità di trattamento di paternità e maternità - 3. Nuove forme di maternità - 4. «Filiazione per scelta» e accertamento dello *status* legale

### **1. Procreazione con donazione di gameti, diritto alla genitorialità e stato giuridico dei figli.**

La recente declaratoria di incostituzionalità del divieto di utilizzo di gameti esterni alla coppia nella procreazione medicalmente assistita si fonda sull'apprezzamento del *vulnus* imposto - senza che ciò costituisca l'unico mezzo per garantire i confliggenti valori costituzionali che presidiano gli interessi del nato alla salute, alla conoscenza della propria identità biologica - alla libertà della coppia di autodeterminarsi [1], formando una famiglia con figli, riconducibile agli artt. 2, 3, 31 Cost., oltre che al diritto alla salute, di cui all'art. 32 Cost., comprensivo di quella fisica come di quella psichica.

Il diritto a diventare genitori riceve garanzia anche dall' art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, secondo l'interpretazione del concetto di «vita privata» da ultimo ribadita dalla Corte EDU, *Grande Chambre*, comprensiva del «diritto di una coppia di concepire un figlio mediante le tecniche di procreazione assistita è espressione del diritto di libera determinazione nella vita privata e familiare» [2], pur motivando la riforma della decisione di primo grado sulla legittimità del parziale divieto imposto dalla legislazione austriaca alle tecniche di procreazione eterologa in forza della opportunità di ancorarsi al progresso della scienza medica ed al consenso sociale esistenti all'epoca in cui le restrizioni vengano disposte [3].

Espressione di questo diritto alla genitorialità, inteso in senso positivo come pretesa della coppia adulta di avere dei figli anche a prescindere dal legame biologico, è l'istituto dell'adozione [4], in cui la Consulta legge l'espressione del favore dell'ordinamento giuridico per «il progetto di formazione di una famiglia caratterizzata dalla presenza di figli, anche indipendentemente dal dato genetico» (§ 6).

Tuttavia, mentre la disciplina dell'adozione di minorenni è categorica nella sostituzione del vincolo legale a quello biologico (art. 27 l. n. 184/1983), che preclude tanto il successivo accertamento diretto della discendenza biologica quanto la contestazione di quella adottiva, l'impianto della l. n. 40/2004 sulla

disciplina codicistica delle azioni di stato, attraverso i progressivi interventi demolitori [5], non sembra aver raggiunto pari coerenza sistematica.

Motivando circa «lo stato giuridico del nato ed i rapporti con i genitori» (§ 11.1), la Corte ritiene sufficiente a superare l'obiezione circa la sussistenza di vuoti normativi, avanzata dall'Avvocatura di Stato, attraverso l'applicazione a tutti i nati attraverso l'applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita, anche eterologa, del canone espresso dall'art.8 della l. n. 40/2004, in forza del quale costoro «hanno lo stato di figli nati nel matrimonio o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime».

A conferma di tale «nuova concezione della paternità» la decisione richiama l'estensione della presunzione di paternità a qualsiasi figlio «concepito o nato» durante il matrimonio, di cui all'art. 231 c.c., novellato dall'art. 8 del d.lgs. 154/2013: il riferimento, probabilmente inteso a sottolineare la possibile dissociazione tra nascita e concepimento in matrimonio, alla sola paternità matrimoniale non è casuale, come cercherà di dimostrare l'approfondimento che segue.

## **2. Azioni di accertamento negativo della genitorialità e disparità di trattamento di paternità e maternità.**

L'utilizzo di gameti esterni alla coppia incide necessariamente sulla concezione codicistica del rapporto familiare, inteso come continuità tra momento biologico e legale, evidenziata anche dalla rinnovata definizione del rapporto di parentela, di cui all'art. 74 c.c., come «discendenza» [6] da un medesimo stipite.

In specie il parto, presupposto indefettibile per la genesi legale del figlio, su cui si innestano gli effetti costitutivi dello *status* derivanti dalla dichiarazione di nascita in matrimonio o dal riconoscimento come figli non matrimoniale – che, infatti, devono essere accompagnati *ex art.* 29 D.P.R. 396/2000 dalla dichiarazione di nascita o dal certificato di assistenza al parto – fonda l'accertamento della maternità in quanto in naturale inscindibile dalla procreazione materna, ed è questo il presupposto implicito nella regola fissata nell'art. 269, 3° co., c.c.

Oggi, tuttavia, le biotecnologie sono in grado di introdurre una netta cesura tra procreazione e parto tanto in caso di procreazione con ovodonazione quanto in quello, speculare, di maternità surrogata con utilizzo di ovuli della madre sociale: eventualità assolutamente estranee all'ottica codicistica, che appronta strumenti idonei a risolvere piuttosto il conflitto tra genitorialità biologica e legale rispetto al padre, questa essendo la figura che, nella fecondazione naturale, risulta meno certa.

All'opinione che rilevava nel divieto di procreazione eterologa una «ingiustificata rivisitazione del legale di sangue», a danno del confliggente interesse della coppia a porre rimedio alla sterilità o infertilità [7], sembra contrapporsi quantomeno il dubbio circa la compatibilità della descritta cesura con il sistema codicistico dei

titoli che costituiscono, per atto di autoresponsabilità o per giudicato, lo *status filiationis* e delle azioni dirette a rimuoverlo, quando la verità legale non concida con quella biologica.

Tale conflitto si evidenzia tanto con riguardo al momento costitutivo dello *status*, a seconda che si tratti di figlio matrimoniale o non, quanto in riferimento alle azioni di accertamento negativo, e infine in termini di ingiustificata disparità di trattamento della paternità e della maternità.

Prendendo l'avvio dai giudicati negativi, l'opzione accolta dal sistema delle azioni dirette alla rimozione dello stato è significativamente indirizzata, con riguardo all'azione del figlio, all'accertamento di uno *status filiationis* legale coincidente con la verità della generazione: il figlio vanta un proprio diritto, azionabile senza limite di tempo né di prova, a rimuovere la verità legale ogni qual volta non coincida con quella biologica. Non può dirsi altrettanto per l'accertamento positivo, rispetto al quale la regola generale espressa dall'art. 269, 1° co., attraverso il rinvio all'art. 253 c.c., soffre una eccezione proprio con riguardo al donatore di gameti, ai sensi dell'art. 9, 3° co., della l. n. 40/2014 [8].

La riforma dettata con l. n. 219/2012 e d.lgs. n. 154/2013 introduce, nell'interesse del figlio alla stabilità legale ed affettiva, all'art. 244, 4° co., c.c. e all'art. 263, 4° co., c.c., un termine di prescrizione quinquennale [9] per le azioni di disconoscimento della paternità e di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità, unicamente allorquando siano introdotte da legittimati diversi dal figlio - che sono, per la prima, il presunto padre, la madre, i loro discendenti ed ascendenti (artt. 244 e 246 c.c.), e, per la seconda, qualsiasi interessato (art. 263, 1° co., c.c.).

L'azione del figlio, al contrario, non subisce né prescrizione né decadenza - a differenza del precedente dettato dall'art. 244, 3° co., c.c. - a tutela dell'interesse, di cui egli resta unico arbitro, all'accertamento dell'inveridicità [10] dello stato che gli è stato costituito per riconoscimento, dichiarazione di nascita ovvero estensione al marito degli effetti della dichiarazione materna, nell'operatività delle finzioni e presunzioni di matrimonialità (artt. 263, 2° co., 244, 5° co., c.c.).

Le relative azioni si fondano sulla prova, attraverso qualsiasi mezzo [11] e in definitiva con la prova emato-genetica, della verità biologica della generazione.

L'art. 9 l. n. 40/2004 preclude, invero, l'azione di disconoscimento e l'impugnativa del riconoscimento all'uomo che abbia consentito all'inseminazione eterologa della moglie o convivente [12], ma nulla prescrive riguardo all'azione del figlio. Né potrebbe, realizzando altrimenti una irragionevole disparità di trattamento tra persone che si godono del medesimo ed inveridico *status* - di figlio - in conseguenza di scelte a loro non imputabili, quali il ricorso a tecniche biomedicali di procreazione eterologa.

In caso di procreazione medicalmente assistita attraverso donazione di gameti maschili il figlio può dunque, in qualsiasi tempo e senza preclusione alcuna, introdurre il giudizio di disconoscimento di paternità verso il partner della madre

genetica, ed ottenere la rimozione del relativo vincolo provando, *ex art. 243 bis*, secondo comma, c.c., che non sussiste rapporto di filiazione tra lui ed il presunto padre.

Diversamente, in caso di procreazione ottenuta attraverso fecondazione dell'ovulo di una donatrice e successivo impianto la vigente disciplina codicistica non sembra ammettere l'azione diretta alla contestazione della maternità.

L'azione di disconoscimento di cui all'art. 243 *bis* è testualmente riferita soltanto all'accertamento negativo del vincolo genetico tra figlio e presunto padre, in dipendenza del ricordato presupposto implicito, integrato dalla coincidenza tra generazione materna e parto, che si esprimeva nel brocardo «*mater semper certa*». Se ne trova conferma nelle tassative le ipotesi di contestazione dello stato di figlio, di cui all'art. 240 c.c., disegnate tutte intorno all'eventualità che, per supposizione di parto, sostituzione di neonato, iscrizione come figlio di ignoti del figlio matrimoniale, il nato sia stato separato da colei che l'ha partorito.

Più complessa è la soluzione dell'interrogativo circa l'esperibilità, contro la partoriente non coniugata di un figlio procreato attraverso ovodonazione, dell'azione negativa dello *status* di non matrimonialità per inveridicità del riconoscimento.

La soluzione affermativa, che pure potrebbe sostenersi in forza dell'interpretazione letterale dell'art 263 c.c., riferito semplicemente all'«autore del riconoscimento», non appare sostenibile, realizzando una ingiustificata disparità di trattamento dipendente dall'eventuale vincolo coniugale che legghi i genitori, in aperta contraddizione col criterio di unificazione di stato dei figli, di cui all'art. 315 c.c. riformato, e comunque incompatibile col dettato dell'art. 263, 2° co., terzo periodo, chiaramente riferito alla paternità, «la madre che abbia effettuato il riconoscimento è ammessa a provare di aver ignorato l'impotenza del presunto padre».

Resta comunque, e fino all'auspicabile intervento armonizzatore del riformatore, l'evidente e difficilmente giustificabile disparità di trattamento rispetto all'accertamento negativo della paternità, in sostanza consentendosi al figlio solo in caso di procreazione attraverso donazione di gameti maschili di rimuovere lo *status* e le situazioni giuridiche soggettive che ne derivano, patrimoniali e non, in qualsiasi tempo, una volta apprese – anche fortuitamente – le vicende della propria generazione [13].

### **3. Nuove forme di maternità.**

In caso procreazione attraverso impianto e gestazione nell'utero di una madre surrogata dell'embrione risultante dalla fusione dei gameti della coppia richiedente, l'applicazione della disciplina dettata dall'art. 269 c.c. introduce una dissociazione critica tra la regola di accertamento della discendenza genetica con ogni mezzo, e preferenzialmente con il DNA, prescritta al secondo comma, e

quella di accertamento della maternità attraverso il parto, di cui al terzo comma: scollamento provocato, ancora una volta, dal richiamato presupposto implicito della coincidenza tra procreazione e parto.

Ne possono derivare incertezze interpretative non dissimili da quelle introdotte dal colposo scambio di embrioni in procedura di fecondazione omologa, a seguito del quale sono stati impiantati nella donna embrioni provenienti da altra coppia, di cui ovviamente possiedono le caratteristiche genetiche, senza il consenso dei fornitori di gameti [14].

Difettando i presupposti di applicabilità dell'art. 9 l. n. 40/2014, che ricollega al consenso all'inseminazione eterologa l'accertamento positivo della genitorialità, e al rifiuto della stessa da parte del donatore l'esclusione di «alcuna relazione giuridica parentale», formula in cui sembra compendiarsi la nozione di *status filiationis*, la maternità dovrebbe accertarsi secondo il criterio generale della compatibilità genetica, al pari della paternità, e condurre in tal senso alla costituzione dello *status* nei riguardi della madre biologica.

La discendenza materna può infatti essere provata con ogni mezzo, e soltanto in prima istanza essa viene dimostrata secondo la regola contenuta nel 3° comma dell'art. 269 c.c., risultante dalla coincidenza tra l'identità di colui che pretende di essere figlio e quella di colui che fu partorito dalla donna, la quale si assume per questo esserne madre.

Quest'ultima regola, confermata anche dalla riforma del 2012-2013, che non ha eliminato il contrasto con il 2° comma, è evidentemente espressione dell'assunto secondo cui *mater semper certa est, pater numquam*, postulato che poteva assumere valenza in una realtà in cui l'evento procreativo era affidato al corretto funzionamento di elementi naturali e la partoriente era sicuramente madre biologica del nato, ma che non ha più senso alcuno in quella attuale, almeno nei casi in cui l'analisi di compatibilità del DNA è tecnicamente praticabile.

Al contrario, in caso di fecondazione di ovocita della portatrice è necessario l'intervento legislativo per conferire rilevanza all'accordo di maternità surrogata, allo scopo di evitare il ripensamento della partoriente, il cui riconoscimento sarebbe inattuabile perché veridico.

Sebbene la decisione in commento non manchi di ribadire che la dichiarata incostituzionalità non tocca in alcuna misura il divieto di surrogazione materna, di cui è espressione la sanzione dell'art. 12, comma 6, l. n. 40/2004, l'intervento normativo sul punto si mostra imprescindibile alla luce dell'analisi del laboratorio giurisprudenziale, che ha evidenziato una progressiva apertura verso il riconoscimento della genitorialità sociale in caso di procreazione attraverso maternità surrogata, praticata fuori dai confini nazionali, e disciplinata dai relativi ordinamenti [15].

In specie, rileva il disposto dell'art. 15 D.P.R. 396/2000, che rinvia la disciplina dell'atto di nascita alla legge del luogo in cui sia formato, e consente, per il tramite della procedura apostillazione, che ne attesta l'autenticità e la qualità

legale dell’autorità rilasciante ai sensi della Convenzione de L’Aja del 5 ottobre 1961, ratificata dall’Italia con l. n. 1253/1966, il riconoscimento dei relativi effetti nell’ordinamento italiano.

Si segnala, in specie, la vicenda giunta all’attenzione della giurisdizione penale che ha escluso la sussistenza del reato di alterazione di stato, di cui all’art. 567 c.p., nel fatto di due coniugi che avevano dichiarato come proprio figlio il neonato partorito, in Ucraina, da madre surrogata [16].

L’ordinamento straniero in questione riconosce la legittimità, disciplina il contratto di maternità surrogata, prevedendo l’attestazione della partoriente in forma notarile dell’inesistenza di qualsiasi relazione genetica col bambino (frutto della fecondazione di ovulo di una terza donatrice), formazione dell’atto di nascita con l’indicazione della sola madre sociale e del padre genetico, e la non contestabilità della maternità così determinata, neppure per azione della donatrice di gameti. In ossequio a tali prescrizioni, l’atto di nascita dai genitori sociali in questione era stato apostillato, e presentato all’autorità consolare per la trascrizione nei registri dello stato civile italiano, alla quale osterebbe unicamente, ex art. 18 D.P.R. n. 396/2000, la contrarietà all’ordine pubblico.

In applicazione del principio fissato dalla giurisprudenza di legittimità [17], il tribunale lombardo non ha ritenuto sussistere contrasto, intendendo l’ordine pubblico in senso internazionale, come «complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l’ordinamento interno in un determinato periodo storico fondati su esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell’uomo comuni ai diversi ordinamenti internazionali».

Secondo un recente orientamento delle Sezioni Unite [18], l’accertamento della pratica e dell’ammissibilità nella maggior parte dei Paesi che aderiscono alla UE svolge carattere dirimente per stabilire la compatibilità con l’ordine pubblico internazionale, e rilevano, in questo proposito, le decisioni dell’Alta Corte di Giustizia di Inghilterra e Galles, e della Corte Suprema d’Irlanda che ammisero la maternità surrogata, attribuendo la genitorialità secondo il criterio dell’accordo, valorizzando l’interesse del minore.

#### **4. «Filiazione per scelta» e accertamento dello *status* legale.**

In conclusione, l’analisi che precede evidenzia la rilevanza fondante la genitorialità, in caso di procreazione attraverso l’assistenza medica, di un principio di responsabilità che emerge, in positivo, dall’art. 8 della l. 40/2004 – a mente del quale «i nati a seguito dell’applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno lo stato di figli nati nel matrimonio o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime» – e in negativo dall’art. 9, 3° co., che, escludendo la sussistenza di una «relazione giuridica parentale» tra procreato e donatore, impedisce la costituzione del relativo *status filiationis*, e la coincidenza tra verità biologica e verità legale.

Al contrario, la volontaria assunzione di responsabilità è irrilevante per la procreazione naturale, retta invece, a tutela del figlio, dal principio di discendenza genetica [19] al quale si ispirano le azioni dirette a costituire lo *status* nei confronti del genitore che non abbia riconosciuto il figlio non matrimoniale, a reclamare lo *status* di matrimonialità nei casi di cui all'art. 239 c.c., ovvero a rimuovere lo *status* legale difforme dalla verità biologica della generazione, compendiate nel disconoscimento di paternità e impugnazione del riconoscimento inveridico.

A ben vedere, l'accertamento della verità biologica della filiazione sottintende comunque nel concetto di genitorialità l'assunzione di responsabilità in cui si sostanzia il dovere imposto dall'art. 30 Cost., come è evidenziato dai limiti all'azione del presunto padre, della madre e dei loro ascendenti derivanti dall'imposizione di termini di decadenza [20] e prescrizione all'azione di disconoscimento di paternità [21], come anche all'azione, con legittimazione ben più ampia, di impugnazione del riconoscimento inveridico, ma altrettanto si esprime nell'ultimo comma dell'art. 250 c.c. che vieta il riconoscimento all'infrasedicenne, presumendone l'incapacità di assumere la responsabilità che consegue alla generazione.

In questo senso si segnalano anche gli artt. 279, 580 e 594 c.c. che costituiscono altrettante azioni dirette ad accertare solo incidentalmente la derivazione biologica, al fine di costituire la responsabilità del genitore per il mantenimento, l'educazione e l'istruzione, derivanti da procreazione, pur senza che ne derivi l'accertamento pieno dello *status*, alle quali è legittimato anche il figlio che vanti uno *status* incompatibile verso altro genitore [22].

L'applicazione delle medesime azioni alla generazione attraverso tecniche medicali di donazione di gameti ed, eventualmente, di surrogazione materna, che efficacemente è stata definita già prima dell'approvazione della l. n. 40/2004 «filiazione per scelta» [23], mostra invece i propri limiti non solo, come si è visto, rispetto ai giudicati negativi, ma anche con riferimento agli strumenti che l'ordinamento mette a disposizione dei soggetti coinvolti nella generazione per l'attuazione del proprio diritto fondamentale allo *status* [24], che gli garantisca di ricevere da coloro che hanno deciso di metterli al mondo, cura, mantenimento, educazione ed istruzione, a norma dell'art. 30 Cost.

Quando il genitore non si adegui spontaneamente all'obbligo nascente dalla procreazione, l'attuazione del diritto allo *status* di figlio matrimoniale o riconosciuto che a gli spetta in forza del citato art. 8 della l. n. 40/2004 passa necessariamente per gli strumenti generali delle finzioni e presunzioni di matrimonialità, ovvero per le azioni di reclamo e di accertamento della genitorialità non matrimoniale.

Principiando dall'ipotesi di figlio procreato con donazione di gameti maschili, se la partoriente è coniugata - com'era in tutti i giudizi da cui è originata la pronuncia in commento - non si può che concordare con la Consulta nel ritenere

che il diritto allo *status* di matrimonialità del nato sia sufficientemente garantito dall'operatività delle presunzioni di paternità e concepimento in matrimonio di cui agli artt. 231 [25] e 232 c.c.

Alla costituzione dello *status* è infatti sufficiente, nei riguardi del marito della partoriente, la dichiarazione di nascita che costei effettui, senza nulla aggiungere rispetto alle circostanze della generazione. Lo stato così accertato e risultante dall'iscrizione nei registri dello stato civile non sarà in alcun modo contestabile dal presunto padre, che abbia espresso per iscritto il proprio consenso informato all'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, ai sensi dell'art. 6, o comunque allorché il consenso all'eterologa risulti anche soltanto da fatti concludenti.

Ove, invece, la partoriente non sia coniugata ma convivente, ed il *partner* non riconosca spontaneamente il figlio nato dalla fecondazione eterologa, non sussistono analoghi meccanismi, né il legislatore delegato poteva estenderli in termini generali ai figli nati fuori dal matrimonio, mancando non solo idonea delega ma anche qualsiasi formalizzazione del legame tra i genitori sulla quale ancorare il dovere di fedeltà che fonda la presunzione di paternità matrimoniale [26].

L'art. 9 della l. 40/2004 riconnette, comunque, effetti incisivi al consenso del convivente all'inseminazione eterologa, precludendone l'azione di disconoscimento: eppure, ove il suo ripensamento intervenga prima di aver costituito lo *status* col riconoscimento volontario, che senso ha l'espressione contenuta nell'art. 8, per la quale i nati hanno lo stato di «figli riconosciuti» della coppia?

Prima della dichiarazione di incostituzionalità del divieto di eterologa la dottrina si era occupata della questione con riguardo ai casi di embrioni formati, con i gameti dei *partner*, fintanto che costoro erano ancora in vita, e trasferiti nell'utero materno o comunque nati dopo il decesso del padre non coniugato [27].

A quanti ritenevano che il consenso espresso nella fase di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, ai sensi dell'art. 6, integrasse un riconoscimento anteriore alla nascita [28], si obiettava, a ragione, che il difetto della forma prescritta dall'art. 254 e la sua anteriorità al concepimento [29], e dunque si imponeva l'azione per la dichiarazione della paternità di cui all'art. 269 c.c., fondata sulla prova genetica.

In ipotesi di procreazione con donazione di gameti maschili la prova della compatibilità genetica difetta necessariamente, e di conseguenza si impone l'interpretazione sistematica del riferimento a «qualsiasi mezzo» di cui al secondo comma dell'art. 269 c.c. con il principio del consenso di cui agli artt. 8 e 9 della l. n. 40/2004, integrandosi altrimenti un gravissimo *vulnus* al diritto allo *status* di figlio «riconosciuto», che resterebbe orfano di azione in giudizio, e dunque non più tale [30], in violazione dell'art. 24 Cost.

Permane, comunque, una residua disparità di trattamento in danno di questi figli, costretti all'accertamento giudiziale per vedersi riconosciuta lo *status* a cui hanno diritto: sarebbe pertanto opportuno introdurre, in sede di adeguamento della disciplina all'ammissibilità della procreazione eterologa, una coerente modifica dell'art. 254 c.c., comprendendo tra le dichiarazioni idonee a costituire il riconoscimento anche quella documentata *ex art.* 6 l. n. 40/2004, sebbene anteriore al concepimento del figlio [31].

Passando al caso di procreazione con ovodonazione e ripensamento materno successivo all'impianto ed al decorso del termine in cui è consentita, alle condizioni imposte dalla l. n. 194/1978, l'interruzione volontaria della gravidanza, l'art. 9 della l. n. 40/2004 affida al divieto di parto in anonimato la realizzazione dell'obiettivo dell'intangibilità dell'accertamento della maternità.

Tuttavia nell'applicazione pratica tale previsione non offre la sperata tutela al nato – tanto nel caso in cui gli spetti, ai sensi dell'art. 8 della medesima legge, lo stato di figlio matrimoniale o riconosciuto – poiché rimette alla spontanea dichiarazione della donna l'accertamento del presupposto che le preclude l'esercizio dell'anonimato.

Sebbene l'eventualità di una nascita non voluta sia piuttosto remota in questi casi, che anzi si caratterizzano per l'essere la gravidanza fortemente desiderata [32], i sanitari che assistono al parto, dichiarano la nascita o compilano l'attestazione di nascita possono trovarsi nella condizione di ignorare la circostanza che la gravidanza sia frutto dell'impiego di tecniche di fecondazione assistita praticata da una diversa struttura ospedaliera, mancando un anagrafe sanitaria nazionale [33], e l'eventualità diventa a maggior ragione inverosimile allorché si chiedeva alla donna di dichiarare la procreazione attraverso ovodonazione e impianto, nella vigenza del divieto di cui all'art. 4 della L. 40/2004 [34].

Inoltre resta vanificata l'intenzione di evitare, per il tramite del divieto di anonimato, forme di maternità surrogata, che potrebbero venir realizzate attraverso il riconoscimento del solo padre. Nel caso in cui, in particolare, risulti la paternità biologica, è priva di effetti la previsione, di cui all'art. 74, comma 1, della L. 184/1983, che si impernia sull'impulso degli Ufficiali di stato civile nel trasmettere «immediatamente al competente Tribunale per i minorenni comunicazione, sottoscritta dal dichiarante, dell'avvenuto riconoscimento da parte di persona coniugata di un figlio naturale non riconosciuto dall'altro genitore», in seguito alla quale «il Tribunale dispone l'esecuzione di opportune indagini per accertare la veridicità del riconoscimento». Il caso è quello dell'uomo i cui gameti siano stati impiegati per l'inseminazione di una madre surrogata, il quale è così posto nella condizione di ottenere, attraverso il riconoscimento del nato da madre anonima e la successiva adozione speciale del figlio da parte della propria consorte, l'identico effetto vietato dall'art. 4 e sanzionato dall'art. 12, commi 1 e 2, della legge 40/2004.

Le criticità descritte con riguardo all'accertamento della paternità e della maternità si sommerebbero, infine, in ipotesi doppia eterologa, ossia alla procreazione con gameti sia maschili che femminili estranei alla coppia richiedente.

Sebbene la pronuncia di incostituzionalità in commento si riferisca in molteplici passaggi all'eterologa singola, è pur vero che non esclude l'accesso simultaneo alla tecnica per porre rimedio all'infertilità assoluta, la quale anzi assurge a criterio fondante l'apprezzamento dell'illegittima preclusione imposta a carico delle coppie che patiscono le forme più radicali di sterilità, come sono massimamente quelle in cui entrambe i componenti siano incapaci di produrre gameti [35]. La considerazione è rafforzata dal riferimento al favore di cui gode «il progetto di formazione di una famiglia caratterizzata dalla presenza di figli, anche indipendentemente dal dato genetico».

---

Note:

[\*] Il presente contributo è stato preventivamente sottoposto a referaggio anonimo affidato ad un componente del Comitato di Referee secondo il Regolamento adottato da questa Rivista.

[1] Cfr. S. Rodotà, *Procreazione assistita e principio di autodeterminazione*, in A. Barenghi, *Procreazione assistita e tutela della persona*, Padova, 2011, 103 ss.; M. D'Amico, *Sulla incostituzionalità del divieto di "fecondazione eterologa" fra principi costituzionali ed europei*, *ivi*, 115 ss.

[2] Così Corte Cost. 24 luglio 2000, n. 232, in materia di requisiti di accesso alla Guardia di Finanza, e dell'impedimento derivante dall'aver figli, riconosceva il diritto alla procreazione come diritto fondamentale della persona.

[3] Corte EDU, *Grande Chambre, S.H. e altri c. Austria* 3 novembre 2011, § 82. In termini sostanzialmente analoghi, quanto alla nozione di «vita privata» come comprensiva del diritto al rispetto della decisione sia di avere che di non avere un figlio, Corte EDU, *S.H. e altri c. Austria*, sent. 1 aprile 2010. V. anche Corte EDU, sez. II, *Costa e Pavan c. Italia*, sent. 28 agosto 2012, § 57, che considera il desiderio dei ricorrenti di procreare un figlio non affetto dalla malattia genetica di cui essi siano portatori, a tal fine ricorrendo alla procreazione assistita con diagnosi preimpianto, «*une forme d'expression de leur vie privée et familiale*» Le scelte riproduttive sono quindi oggetto di specifica tutela anche per G. Ferrando, *La donazione dei gameti in prospettiva bioetica e nella legge 40, alla luce delle recenti pronunce giurisprudenziali*, in A. Barenghi, *Procreazione assistita e tutela della persona*, 21 ss.

[4] In senso opposto A. Nicolussi, *Fecondazione eterologa e diritto di conoscere le proprie origini. Per un'analisi giuridica di una possibilità tecnica*, in *Associazione italiana costituzionalisti*, 2012, 12, per cui «a differenza della filiazione adottiva, questa figura ibrida di genitorialità *ex lege* non può giovare né dell'ombrello

costituzionale dell'art. 30, comma 2, Cost. (che giustifica l'adozione come *extrema ratio* in subordine all'incapacità genitoriale), né di altro parametro che non sia l'interesse dei soggetti adulti a risultare socialmente genitori di un figlio biologicamente non loro (di entrambi)», o nessuno di loro – ci sia permesso aggiungere – in caso di doppia eterologa.

[5] Si segnalano, da ultimo, due ordinanze emesse in pari data da Trib. Bologna, il 14 luglio 2014, in *www.biodiritto.it*, che, in applicazione di Corte Cost. 10 giugno 2014, n. 162, in accoglimento del ricorso cautelare urgente delle coppie, autorizza i centri medici convenuti a praticare, senz'altro, la procreazione eterologa richiesta, in particolare prescindendo da una verifica ulteriore rispetto all'autorizzazione già rilasciata *ex artt.* 10, 11, 12, 5° co., l. 40/2014. Per il vero, la procreazione con donazione di gameti necessita che i centri svolgano l'ulteriore attività di selezione e *screening* genetico ed epidemiologico dei donatori, a tutela della salute della coppia ricevente e dei nati.

[6] La filiazione adottiva introduce e sostituisce, in tal senso, una discendenza legale a quella biologica, escludendo, l'azione di accertamento diretto della filiazione ai sensi dell'art. 27, ult. comma, l. 184/1983, ma nulla vieta l'accertamento indiretto, ai soli fini patrimoniali, *ex art.* 279, 580 e 592 c.c. Al contrario, l'art. 9 l. 184/1983 esclude qualsiasi rapporto giuridico parentale tra il nato da procreazione eterologa ed il donatore di gameti.

[7] Tra gli altri si vedano, almeno, M. Manetti, *Profili di illegittimità costituzionale della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Politica del diritto*, 2004, 406; M. D'Amico, B. Liberali, *Il divieto di donazione di gameti. Tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2012, 36 ss.; G. Repetto, "Non di sola CEDU..." *La fecondazione assistita e il diritto alla salute in Italia e in Europa*, in *Diritto pubblico*, 2013, 162 ss.

[8] A ben vedere, non si deroga al principio generale neppure in caso di nascita da donna che abbia inteso escludere la propria responsabilità genitoriale esercitando la facoltà di anonimato di cui all'art. 30 D.P.R. n. 396/2000: nessuna disposizione esclude dall'azione *ex art.* 269, ovvero di quella di reclamo prevista dall'art. 239, 2° co., c.c. il figlio che non sia stato adottato, e non abbia dunque uno *status* incompatibile con quello che reclama, e abbia in qualche modo preso conoscenza dell'identità materna ovvero anche di quella paterna, nonché dell'eventuale loro vincolo coniugale.

[9] Cass. civ., 26 giugno 2014, n. 14556, in *www.leggiditalia.it*, chiarisce, a proposito della disciplina transitoria, che il termine quinquennale, di prescrizione per la Relazione Illustrativa, può altrimenti definirsi di proponibilità, come ritenuto da R. Rosetti, *Modifica della disciplina del disconoscimento e limiti all'imprescrittibilità dell'azione di disconoscimento della paternità*, in M. Bianca, *Filiazione. Commento al decreto attuativo*, Milano, 2014, 52.

[10] Le tappe del progressivo affermarsi della prevalenza del principio di verità biologica quale fondamento della filiazione, rispetto al *favor legitimitatis*, sono

segnate dalla declaratoria di incostituzionalità dell'art. 244, 2° co., c.c. ad opera di Corte Cost. 2 maggio 1985, n. 134, Corte Cost. 10 maggio 1999, n. 170, e dell'art. 235 c.c., ad opera di Corte Cost. 6 luglio 2006, n. 266. Cfr. anche, per la rilevanza della prova ematico-genetica, Cass. 6 giugno 2008, n. 15809, in *Famiglia e diritto*, 2009, 155 ss., con nota di G. Grasso, *Le prove genetiche ed ematologiche e l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'azione di disconoscimento della paternità: verso un sistema unitario della prova?*, e A. Renda, *La Corte costituzionale ed il disconoscimento di paternità: innovazioni di principio e problemi applicativi*, in *Diritto e formazione*, 2007, 351 ss.

[11] Art. 243 *bis*, 2° co., c.c.; Cass. 22 novembre 1996, n. 12805, in *Giust. civ.*, 1996, I, 2672 ss.; Cass. 22 febbraio 2007, n. 4175, in *Famiglia e diritto*, 2007, 787 ss., con nota di A. Renda; Cass. 26 marzo 2003, n. 4462, in *Giur. it.*, 2004, 53 ss.; Cass. 19 luglio 2013, n. 17773, in *Foro It.*, 2013, I, 3174 ss.

[12] In ciò recependo l'indirizzo espresso da Corte Cost. 26 settembre 1998, n. 347, in *Foro It.*, 1998, I, 3042 ss., relativa al disconoscimento paterno del figlio nato da fecondazione eterologa, largamente praticata prima della legge e regolata con Circ. Donat Cattin 27 aprile 1987, Circ. 10 aprile 1992, ord. min. 5 marzo 1997, a protezione dei diritti inviolabili della persona, ed in particolare del minore, nella società e nel nucleo familiare in cui si trovi collocato per scelta altrui. Principio richiamato dalla pronuncia di incostituzionalità in commento, come da Trib. Roma, 17 ottobre 2012, n. 19563, in *Giur. it.*, 2013, I, 1545 ss. con nota di G. Savi, *L'impugnazione dello status filiationis per difetto di veridicità da parte dell'autore del riconoscimento in mala fede*, e da Trib. Roma, ord. 8 agosto 2014, in *www.biodiritto.it*, in materia di accertamento della maternità in caso di scambio colposo di embrioni, durante pratiche di fecondazione assistita omologa, per la cui condivisibile, sul punto, interpretazione «nel bilanciamento degli interessi in conflitto, prevedendo un termine di decadenza "tombale" per l'esercizio dell'azione, il legislatore delegato ha inteso mutare radicalmente il principio fondante la precedente disciplina (v. in particolare la regolamentazione dell'azione di impugnativa del riconoscimento per difetto di veridicità) lasciando prevalere sull'interesse pubblico alla verità del rapporto di filiazione, l'esigenza di non prolungare indefinitamente la durata dell'incertezza sullo stato di figlio. Mentre ha lasciato comunque il figlio arbitro del proprio status, essendo per lui l'azione imprescrittibile». Cfr. M. Veletti, *Revisione sistematica del codice civile susseguente all'unificazione dello stato di figlio*, in M. Bianca, *Filiazione. Commento al decreto attuativo*, cit., 15 s.; C.M. Bianca, *Diritto civile, 2.1., La famiglia*, Milano, 2014, 186 ss.

[13] In tal senso non è dirimente la scelta di garanzia dell'anonimato del donatore o della donatrice di gameti, risultante dal documento approvato dalla Conferenza delle Regioni, su proposta della Commissione salute, il 3 settembre 2014, secondo cui «I dati clinici del donatore/donatrice potranno essere resi noti al personale sanitario solo in casi straordinari, dietro specifica richiesta e con

procedure istituzionalizzate, per eventuali problemi medici della prole, ma in nessun caso alla coppia ricevente». Il figlio, infatti, non vanterebbe comunque alcuna pretesa nei confronti del genitore biologico, e dunque non sussistono le paventate istanze di tutela dei possibili donatori, che potrebbero scoraggiare il gesto oblativo. Sussiste, invece, la prioritaria esigenza di garantire la salute del figlio, alla quale potrebbero necessitare accertamenti genetici, da ultimo ribadita anche da Corte Cost. 22 novembre 2013 n. 278, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 3 ss., con nota di B. Checchini, *Anonimato materno e diritto dell'adottato alla conoscenza delle proprie origini*, in *Famiglia e diritto*, 2014, 11 ss., con nota di V. Carbone, *Un passo avanti del diritto del figlio, abbandonato e adottato, di conoscere le sue origini rispetto all'anonimato materno*, in *Corriere Giur.*, 2014, 471 ss., con nota di T. Auletta, *Sul diritto dell'adottato di conoscere la propria storia: un'occasione per ripensare alla disciplina della materia*, su cui S. Stefanelli, *Reversibilità del segreto della partoriente e accertamento della filiazione*, in *Giur. cost.*, 2013, 4031 ss. Cfr. A. Nicolussi, *Fecondazione eterologa e diritto di conoscere le proprie origini. Per un'analisi giuridica di una possibilità tecnica*, cit., 12, secondo cui «I nati da fecondazione eterologa patiscono il sacrificio proprio di questo diritto fondamentale, che li discrimina rispetto a tutte le altre persone, in quanto la legge, non un semplice fatto, li priva fin dall'inizio di uno *status* risultante dalle due dimensioni biologica e familiare che vengono artificialmente separate». In ogni caso, a prescindere dall'identificabilità del genitore biologico, al figlio che intendesse rimuovere lo *status* verso il genitore sociale sarebbe sufficiente apprendere le circostanze della propria generazione, e dimostrare l'incompatibilità genetica col presunto padre. Non si vede, dunque, quale fondamento possa avere una così discutibile scelta, mentre l'esclusione dell'anonimato renderebbe più credibili le ragioni di solidarietà che alcune opinioni ritengono sostenere la donazione di gameti, in realtà spesso soggetta a forme di compenso o indennizzo, e di apertura alla vita delle coppie che ne richiedono l'applicazione, giacché predisporrebbe gli strumenti atti a garantire la salute e la qualità della vita del figlio, anche molto tempo dopo la sua nascita. L'accesso può, infatti, avere un quadruplice rilievo: *a)* in termini di diritto del nato ad essere informato sulle modalità del proprio concepimento, anche per la costruzione della propria storia personale ed identità; *b)* di possibilità di contattare il donatore allo scopo di accertarne patologie manifestatesi dopo il prelievo, o svolgere eventuali accertamenti genetici rispetto a patologie, anche rare, di cui il figlio si scopra portatore o che potrebbe aver trasmesso ai propri discendenti, e che non siano state comprese nello *screening* iniziale, ovvero quando i relativi dati risultino perduti, posto che la disciplina europea sui trapianti di cellule e tessuti ne impone la conservazione solo per un trentennio; *c)* di interpello del donatore, ad esempio per domandarne la disponibilità al trapianto da consanguinei che costituisca l'unico mezzo di cura della patologia di cui soffre il nato; *d)* di verifica dell'eventuale esistenza di fratelli, nati dallo stesso donatore

attraverso tecniche di p.m.a. o naturalmente, per gli scopi di cui al punto precedente, ovvero per escludere la consanguineità con il *partner* del nato. L'esperienza di altri Paesi è in questo senso illuminante, come riferita da W. Kramer, N. Cahn, *Finding our families, A First-of-Its-Kind Book for Donor-Conceived People and Their Families*, New York, 2013, ed evidenziata dalla creazione del *Donor Sibling Registry*, e dalla progressiva rinuncia all'anonimato delle legislazioni che, originariamente, lo prevedevano.

[14] Al riguardo, e contrariamente a quanto ritenuto da Trib. Roma, ord. 8 agosto 2014, cit., sembra rivestire carattere preminente il criterio di derivazione biologica, non essendo applicabile l'art. 9, 1° e 3° co. della l. n. 40/2004, per difetto di consenso tanto della coppia ricevente quanto degli inconsapevoli donatori di gameti. Si leggano sul punto le riflessioni comparatistiche di D. Corvi, *Lo scambio di embrioni nelle diverse esperienze giuridiche*, in *Vita notarile*, 2014, 701 ss.

[15] Così App. Bari, 25 febbraio 2009, in *Int'l lis*, 2010, 20 ss.: «Per il giudice chiamato a riconoscere un provvedimento straniero attributivo di maternità, a valle di un contratto di maternità surrogata, deve ritenersi che il solo fatto che la legislazione italiana (odiernamente vigente, ma non all'epoca della nascita dei bambini) vieti la tecnica della maternità surrogata e sia ispirata al principio della prevalenza della maternità "biologica" su quella "sociale" non determini contrarietà del provvedimento all'ordine pubblico internazionale, a fronte di legislazioni di altri Stati europei che prevedono deroghe a tale principio; ciò tanto più allorché il giudice sia chiamato a valutare una situazione giuridica acquisita all'estero in conformità della legge locale (Regno Unito) e protrattasi per oltre 10 anni, poiché in tali ipotesi – dovendosi valutare gli effetti e le ricadute concrete del riconoscimento, o del suo diniego – diviene evidente, per il gravissimo pregiudizio che altrimenti i bambini subirebbero, l'esigenza di dare loro certezza formale in Italia circa il proprio status di figli della madre surrogata, in modo da evitare la paradossale situazione per cui gli stessi risultino, sul piano formale, figli di madri diverse nel Regno Unito ed in Italia». Cfr. M. Giroux, *L'encadrement de la maternité de substitution au Québec et la protection de l'intérêt de l'enfant*, in *Revue général de droit*, 1997, 535 ss.

[16] Trib. Milano, sez. V pen., 15 ottobre 2013, 13 gennaio 2014, in *Diritto penale contemporaneo*, 2014. Nella fattispecie era invece integrato, ma non procedibile per difetto della richiesta al Ministero della giustizia ex art. 9, comma 3, c.p., il meno grave reato di false attestazioni o dichiarazioni su qualità personali (art. 495 comma 2, n. 1, c.p.), avendo i coniugi simulato una gravidanza naturale per nascondere la procreazione attraverso madre surrogata: la donna aveva indossato nei mesi precedenti al parto un cuscino per simulare la gravidanza, e, interrogata del funzionario del Consolato italiano in Ucraina, innanzi a cui i coniugi compilavano il modulo previsto dall'art. 17 D.P.R. 396/2000 per richiedere la trasmissione dell'atto di nascita all'ufficiale di Stato civile del Comune di

residenza in Italia, sulle modalità di ingresso in Ucraina con volo aereo al nono mese di gravidanza, una settimana prima del parto, aveva risposto inverosimilmente che lo stato di gravidanza non era visibile. Nello stesso senso si veda Trib. Milano, GIP, 2 aprile 2014, *ibidem*, in riferimento alla procreazione con maternità surrogata in India, in cui è ammesso un accordo di autonomia privata, con riferimento all'attività diretta a nascondere all'Ufficiale di anagrafe un elemento potenzialmente valutabile ai fini del rifiuto della trascrizione, ai sensi dell'art. 18 D.P.R. 396/2000, quale l'origine della procreazione.

[17] Cass. 22 agosto 2013, n. 19405, in [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it)

[18] Cass. S.U. 5 luglio 2011, n. 14650, in *Giur. comm.*, 2012, 656 ss., in *Giust. civ.*, 2012, I, 2687, con riferimento alla compatibilità con l'ordine pubblico internazionale della norma di *common law* che consente l'acquisto di un bene in conseguenza di un patto commissorio. Cfr. Rispoli, *I nebulosi confini del divieto di patto commissorio*, in *Giust. civ.*, 2013, 697 ss.

[19] Conforme l'interpretazione della giurisprudenza di legittimità, per cui si segnalano Cass. 1 luglio 2012 n. 11644, in *Foro it.*, 2012, I, 3348 ss.; Cass. 18 novembre 1992, n. 12350, e di merito, tra cui Trib. Napoli, decr. 14 luglio 2011, *ivi*, 2012, I, 3372 ss., per cui nel divieto di fecondazione eterologa con esclusione dell'azione di disconoscimento, «quel che emerge è piuttosto il *favor affectionis* ovvero la preminenza che nella costruzione della paternità/filiazione assume il dato volitivo rispetto a quello biologico». Per A. Gorassini, *Procreazione (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1987, 952, la consapevole decisione di porre in essere i comportamenti atti al concepimento «generalmente non assume autonoma rilevanza per il diritto, rimanendo totalmente assorbita nell'esercizio in fatto dell'attività riproduttiva in conseguenza dell'adesione ad un impulso sessuale ed alla sua estrinsecazione attraverso il comportamento del congiungimento carnale». Conforme A. Trabucchi, *La procreazione e il concetto giuridico di paternità e maternità*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, 606 ss.; rileva G. Giamò, *Il consenso inespresso ad essere genitore. Riflessioni comparatistiche*, in *Dir. famiglia persone*, 2001, 855 ss., che l'apprezzamento della volontà dei soggetti coinvolti nelle pratiche mediche di fecondazione assistita ha caratteri peculiari, essendo caratterizzata dallo svolgersi in duplice funzione, dispositiva ed attuativa, in vista della quale oltre a svolgere una efficacia interna al loro apporto in ordine alla scelta procreativa, configura parte integrante di un contratto di prestazione d'opera medico-riproduttiva, e fonda la responsabilità genitoriale.

[20] Cfr. Cass. 18 marzo 2007, n. 6302, in *Dir. famiglia persone*, 2008, 1097 ss., con nota di F. Danovi, *Gradazioni della prova e costituzione di status: la revocazione come rimedio agli accordi collusivi tra le parti*, con riferimento all'osservanza del termine di decadenza annuale di cui al precedente dettato dell'art. 244, comma 3, c.c., anche per l'azione avviata dal figlio, di cui non è traccia nel novellato testo, sul quale si legga R. Rosetti, *Modifica della disciplina*

*del disconoscimento e limiti all'imprescrittibilità dell'azione di disconoscimento della paternità*, in M. Bianca, *Filiazione. Commento al decreto attuativo*, cit., 53 s.

[21] Esprime l'identica esigenza di protezione del figlio l'esclusione dall'azione di impugnazione di colui che abbia proceduto al riconoscimento conoscendone la non veridicità, che in tal modo intende venire meno ai doveri volontariamente assunti con l'accogliere il figlio come proprio, su cui cfr. Trib. Roma, 17 ottobre 2012, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, 349 ss., con nota di M.G. Stanzione, «*Interesse del minore» e verità biologica nel riconoscimento di compiacenza*; in *Rass. dir. civ.*, 2013, 927 ss., con nota di P. Virgadamo, *Falso e consapevole «riconoscimento» del figlio naturale o vero atto (illecito) comportante l'assunzione della responsabilità genitoriale? Per un'interpretazione non formalistica dell'atto di diritto privato*, e in *Famiglia e diritto*, 2013, 908 ss., con nota di F. Farolfi, *Riconoscimento per compiacenza e legittimità dell'impugnazione*. Tale condivisibile orientamento giurisprudenziale trova le proprie ascendenze nell'ottica paidocentrica disegnata da A. Palazzo, *La filiazione*, in *Tratt. dir. civ. e comm. Cicu Messineo Mengoni Schlesinger*, II ed., Milano, 2013, spec. p. 421.

[22] Cass., sez. I, 28 agosto 1999, n. 9065; Cass. 22 gennaio 1992 n. 711, in *Giur. it.* 1993, I, 1, 138, con nota di SESTA; rispetto a questi figli segnala una anomalia anche sistematica nell'ambito di una riforma «in cui l'instaurazione di un "pieno" vincolo di parentela è collegata direttamente alla genitorialità biologica» M. Paradiso, *Status di filiazione e diritti successori nella riforma*, in R. Cippitani, S. Stefanelli, *La parificazione degli status di filiazione*, Roma Perugia Città del Messico 2013, 242 ss.

[23] E. Del Prato, *La scelta come strumento giuridico di filiazione?*, in *Famiglia*, 2001, 1035 ss. Appare significativo richiamare, al riguardo, l'iter argomentativo che ha condotto Trib. Vigevano, decr. 9 giugno 2009, in *Dir. famiglia persone*, 2009, 1847 ss., a negare alla consorte la procreazione medicalmente assistita attraverso l'utilizzo del liquido seminale asportato al marito mentre si trovava in stato di coma irreversibile, per una grave neoplasia a prognosi infausta, nonostante il tutore avesse espresso, in sua vece, il consenso. Era mancata, infatti, la fase informativa preliminare e non era possibile ricavare alcun indizio da cui potesse desumersi la volontà del paziente di diventare genitore, attraverso il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita.

[24] Corte Cost. 28 novembre 2002, n. 494, in *Foro it.*, 2004, I, 1053 ss.; in *Dir. Famiglia*, 2003, 622 ss.; *ivi*, 2004, 879 ss., con nota di A. Renda, *Verso la scomparsa dei figli incestuosi? Riflessioni a margine della sentenza n. 494/2002 della Consulta*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, 543 ss., con nota di M. Di Nardo, *La filiazione incestuosa al vaglio della consulta. I limiti di accertamento giudiziale del rapporto*.

[25] Significativa, in tal senso, la piena coincidenza, anche semantica, tra l'art. 8 della l. n. 40/2004 e l'art. 231, entrambi novellati dal D. Lgs. n. 154/2014, con il riferimento alla nascita in matrimonio.

[26] Ne discute, in prospettiva *de iure condendo*, rispetto al *partner* dell'unione registrata M. Bianca, *L'uguaglianza dello stato giuridico dei figli nella recente l. 219 del 2012*, in *Giust. civ.*, 2013, p. 205 ss., secondo cui l'applicazione della regola dettata dall'art. 279 ai conviventi *more uxorio* non comporterebbe una forzatura del sistema derivante dalla previsione di un obbligo di fedeltà, come ritiene M. Sesta, *Manuale di diritto di famiglia*, IV ed., Padova, 2011, p. 268. In questi termini «l'imposizione di tale presunzione anche al convivente dovrebbe allora passare solo attraverso un regime di ufficialità della stabilità della convivenza che è il presupposto necessario per affermare il principio di autoresponsabilità nella filiazione».

[27] L'art. 5 impone, infatti, l'esistenza in vita di entrambe i partner al momento dell'accesso alle tecniche di procreazione assistita, che coincide con l'informativa ed il consenso di cui all'art. 6, il cui 3° co. consente la revoca solo fino alla fecondazione dell'embrione. Da tali disposizioni si deriva la liceità del trasferimento in utero successivo alla morte o alla perdita di coscienza del *partner*, a garanzia del diritto dell'embrione alla vita, nell'opinione di A. Martini, *Profili giuridici della procreazione medicalmente assistita*, Napoli, 2006, 225 ss., per cui la vita e la morte del concepito sono materie sottratte alla disponibilità dei privati; E. Quadri, *La nuova disciplina della procreazione assistita*, in Aa.Vv., *La procreazione assistita. Riflessioni di otto grandi giuristi*, Milano, 2005, 57 s.; Trib. Palermo, ord. 8 gennaio 1999, in *Dir. fam. pers.*, 1999, p. 226 ss., con note di A. Miranda, «*Tragic choice*» in Italy: *brevi note in tema di esecuzione post mortem del contratto di procreazione medicalmente assistita* e G. Giaimo, *Brevi riflessioni su una gravidanza indotta per decisione del giudice*; Tar Lazio, 21 gennaio 2008, n. 398, in *Giur. merito*, 2008, 1144 ss. Diversamente, ove sia la donna a revocare il proprio consenso prima dell'impianto, non potrebbe esservi costretta integrandosi altrimenti un trattamento sanitario obbligatorio fuori dai limiti imposti dal rispetto della persona umana, *ex art. 32 Cost.*, secondo A. Bellelli, *Procreazione medicalmente assistita e situazioni soggettive coinvolte*, in 2009, 22; G. Villanacci, *Il concepito nell'ordinamento giuridico. Soggettività e statuto*, Napoli, 2006, 125; F. Santosuosso, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 16 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004, 93; G. Di Rosa, *Dai principi alle regole. Appunti di biodiritto*, Torino, 2013, 40 ss. Già le Linee guida dettate dal Ministero della salute nel 2004, con previsione confermata nel 2008, prevedevano la crioconservazione dell'embrione non trasferito in utero che si trovi in stato di abbandono perché la donna non è più disponibile all'impianto, implicitamente riconoscendo la relativa facoltà. Con riferimento alla diversa fattispecie di prelievo di liquido seminale da soggetto in stato di incoscienza, o deceduto, che non abbia espresso il proprio consenso all'applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita cfr. Trib. Vigevano, decr. 3 giugno 2009, cit.; Hight Court, *R. v. Human Fertilisation and Embryology Authority Ex p. Blood*, 1996, 3, *W.L.R.*, 1176; Cort of Appeal, *R. v. Human Fertilisation and Embryology*

*Authority Ex p. Blood*, 1997, 2, W.L.R., 806; *L. v. Human Fertilisation and Embryology Authority*, 2008, EWHC, 2149 ss.

[28] R. Villani, *La procreazione assistita. La nuova legge 16 febbraio 2004*, n. 40, Torino, 2004, 189 ss.

[29] M. Dogliotti, A. Figone, *Procreazione assistita: fonti, orientamenti, linee di tendenza. Commento alla legge 16 febbraio 2004*, n. 40, Milano, 2004, 181; P. Rescigno, *Una legge annunciata sulla procreazione assistita*, in *Corriere giur.*, 2002, 982; M. Sesta, *Procreazione medicalmente assistita*, in Id., *Codice della famiglia*, II ed., Milano, 2009, 3712; B. Checchini, *Accertamento e attribuzione della paternità*, Padova, 2008, 253; A. Renda, *L'accertamento della maternità. Profili sistematici e prospettive evolutive*, Torino, 2008, 168; G. Oppo, *Diritto di famiglia e procreazione assistita*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 331 ss.; Id., *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, *ivi*, 99 ss., spec. 103 esclude che sussista riconoscimento, e che quindi in figlio manchi di *status*, salvi il divieto di anonimato materno e il volontario riconoscimento come figlio naturale.

[30] C. Fadda, *Intorno a un preteso effetto delle obbligazioni naturali nel diritto attuale*, in *Arch. giur.*, vol. 36, 1886, 211, nell'ordinamento moderno diritto e azione non sono due concetti a sé stanti, ma un tutt'uno inscindibile; A. La Torre, *Cinquant'anni col diritto*, I, *Diritto civile*, Milano, 2008, 538 ss.;

[31] Non sussisterebbero difficoltà nell'accertamento della convivenza, ulteriori o diverse da quelle che la stessa disciplina supera in sede di verifica del corrispondente requisito soggettivo di cui all'art. 5, e sarebbe per ipotesi esclusa ogni questione circa l'eventuale esistenza di un obbligo di fedeltà tra conviventi.

[32] Come nota C.M. Bianca, Art. 93, in F.D. Busnelli, C.M. Bianca, *La protezione dei dati personali. Commentario al d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (Codice della privacy)*, I, Padova, 2007, p. 1400.

[33] L'art. 62 *ter* del Codice dell'amministrazione digitale fissava al 30 giugno 2014 l'approvazione di un D.P.C.M. che stabilisse contenuti, garanzie e strumenti di operatività dell'Anagrafe nazionale degli assistiti, da istituirsi nell'ambito del sistema informativo realizzato dal Ministero dell'economia e delle finanze in attuazione di quanto disposto dall'articolo 50 del D.L. n. 269/2003, convertito, con modificazioni, in L. n. 326/2003 (legge di stabilità 2014), allo scopo di rafforzare gli interventi in tema di monitoraggio della spesa del settore sanitario, accelerare il processo di automazione amministrativa e migliorare i servizi per i cittadini e le pubbliche amministrazioni. In sede di compilazione del certificato di assistenza al parto i sanitari interrogano la donna sull'origine naturale o medicalmente assistita della procreazione, ma i dati così raccolti non appaiono attendibili, se confrontati con quelli censiti nel Registro degli embrioni e dei nati previsto dall'art. 11 della l. n. 40/2004, come rilevato dalla *Relazione sull'attuazione della legge 40 nel 2008*, per la quale «Il confronto del numero dei nati da tecniche di PMA censiti dal CeDAP (6.227 nati) con quelli raccolti dal Registro nello stesso anno (10.212) mostra una differenza di circa il 40%», dovuta

non solo all'elevata probabilità che la donna partorisca in una struttura diversa dal centro in cui ha ricevuto l'assistenza alla procreazione, ma anche all'assenza di qualsiasi obbligo di comunicare ai centri l'esito dell'impianto e della gestazione.

[34] Lo rileva con riguardo all'ufficiale di stato civile S. Troiano, *Circolazione e contrapposizione di modelli nel diritto europeo della famiglia. Il «dilemma» del diritto della donna partorienti all'anonimato*, in *Liber Amicorum per Dieter Henrich*, I, Torino, 2012, 205.

[35] Per tali ragioni, la doppia eterologa, che potrebbe costituire una soluzione al problema del destino degli embrioni soprannumerari, come chiarito da F.D. Busnelli, *La sorte degli embrioni in prospettiva bioetica e nella legge 40, alla luce delle recenti pronunce giurisprudenziali*, in A. Barengi, *Procreazione assistita e tutela della persona*, cit., 29 ss., con riferimento alla proposta di «adozione per la nascita» formulata dal Comitato Nazionale per la Bioetica, con documento del 18 novembre 2005, su cui anche C. Flamigni, *Riflessioni sulla prospettiva di una "donazione" dell'embrione*, in D. Carusi, S. Castignone, *In vita, in vitro, in potenza: lo sguardo del diritto sull'embrione*, Torino, 2011, 39 ss., e F. Campolungo, *Il problema degli embrioni residui*, in M. Dossetti, M. Lupo, M. Moretti, *Cinque anni di applicazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita: problemi e responsabilità*, Milano, 2010, 163 ss., rientra tra le possibilità offerte secondo la legislazione regionale in corso di approvazione in Lombardia, come deciso in sede di conferenza delle Regioni e Province autonome.

**Fecondazione eterologa, diritto alla genitorialità naturale  
e diritto alla conoscenza delle origini biologiche**

*di*  
**Emanuele Bilotti**

**Sommario:** 1. La sentenza n. 162/2014 della Corte costituzionale e il precedente dialogo con la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. - 2. La questione decisiva: esiste un diritto costituzionalmente tutelato alla genitorialità biologica? - 3. Quale tutela per l'interesse del nato da fecondazione eterologa alla conoscenza delle origini biologiche? - 4. Questioni relative alla disciplina dell'accertamento dello *status* del nato da fecondazione eterologa.

**1. La sentenza n. 162/2014 della Corte costituzionale e il precedente dialogo con la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.**

Con sent. 10.6.2014, n. 162, il giudice delle leggi ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, per violazione degli artt. 2, 3, 29, 31 e 32 Cost., dell'art. 4, co. 3, l. 19.2.2004, n. 40 (*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*), nella parte in cui stabilisce il divieto del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, qualora sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili, nonché dell'art. 9, co. 1 e 3, limitatamente alle parole «in violazione del divieto di cui all'art. 4, comma 3», e dell'art. 12, co. 1, di detta legge [1].

Sebbene l'abrogazione del divieto di fecondazione eterologa non sia stata disposta per la violazione di norme "interposte" di diritto internazionale, la vicenda che ha condotto a quest'esito ha tratto origine, com'è noto, da una decisione non definitiva resa dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo [2]. Tale decisione ritenne la contrarietà ai principi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) della legge austriaca sulla fecondazione medicalmente assistita (*Fortpflanzungsmedizingesetz-FMedG*), laddove consente il ricorso alla tecnica eterologa solo con l'impiego di gameti maschili (e non anche femminili) e soltanto *in vivo*, e cioè unicamente con introduzione del seme maschile negli organi sessuali femminili (e non anche *in vitro*, e cioè con formazione dell'embrione al di fuori del corpo della donna) (v. § 3 *FMedG*). In quella circostanza la Corte di Strasburgo chiarì anzitutto che le norme CEDU non vincolano il legislatore nazionale a riconoscere un diritto di accesso alle tecniche di procreazione assistita. La stessa Corte aggiunse nondimeno che, se un ordinamento ammette il ricorso alla procreazione artificiale, allora l'interesse della coppia ad accedervi rientra nell'ambito della tutela della vita privata e familiare di cui all'art. 8 CEDU, con la conseguenza che eventuali divieti di accesso ad alcune tecniche soltanto,

nella misura in cui pongono una coppia sterile in posizione differenziata rispetto ad altre coppie sterili, devono considerarsi discriminatori ai sensi dell'art. 14 CEDU, sempre che non si tratti di divieti giustificati da finalità obiettive e ragionevoli e comunque rispettosi del criterio di proporzionalità tra mezzi impiegati e obiettivi perseguiti. Su queste basi la Corte di Strasburgo considerò senz'altro discriminatori i divieti contenuti nella legge austriaca. Il divieto di fecondazione artificiale con donazione di ovociti e il divieto di fecondazione *in vitro* con seme di un terzo non apparvero infatti mezzi proporzionati rispetto alle finalità di evitare i rischi di selezione degli embrioni, di sfruttamento delle donne fornitrici di ovociti, di conflittualità tra madri biologiche e madri genetiche, nonché rispetto all'ulteriore finalità di garantire il diritto del nato a conoscere le proprie origini biologiche. A dire della Corte, certi obiettivi avrebbero potuto essere perseguiti anche senza comprimere l'interesse della coppia sterile a procreare col ricorso alla tecnica eterologa.

A seguito di questa decisione diverse coppie italiane adirono i competenti giudici nazionali affinché, in via cautelare, disponessero la disapplicazione del divieto di cui all'art. 4, co. 3, l. 40/2004, in quanto contrastante con le norme CEDU e ordinassero quindi ai medici e/o alle strutture ospedaliere alle quali le stesse coppie si erano rivolte di eseguire in loro favore i richiesti interventi di fecondazione eterologa. In subordine si chiese anche di sollevare la questione di legittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa. E ciò anzitutto con riferimento all'art. 117, comma 1, Cost. Ma non solo. Si ipotizzò anche l'esistenza di un contrasto del divieto di fecondazione eterologa con l'art. 3 Cost. in relazione agli artt. 2, 29 e 31 Cost., nonché in relazione all'art. 32 Cost. Quel divieto avrebbe infatti introdotto una discriminazione irragionevole tra coppie sterili sia con riferimento alla garanzia della loro libertà di autodeterminarsi in ordine alle scelte procreative sia con riferimento alla tutela della salute. Tutti i giudici aditi rigettarono l'istanza di disapplicazione [3]. Uno di questi riservò lo stesso trattamento anche all'eccezione di legittimità costituzionale [4]. Gli altri la reputarono invece non manifestamente infondata e ne investirono il giudice delle leggi, chi indicando come parametro il solo art. 117, comma 1, Cost., chi facendo valere anche le garanzie interne indicate dai ricorrenti, e cioè gli artt. 2, 3, 29, 31 e 32 Cost. [5].

Frattanto proseguiva anche il giudizio dinanzi alla Corte di Strasburgo. A seguito della decisione dell'aprile del 2010 il Governo austriaco presentò infatti istanza di riesame. La controversia fu così deferita alla Grande Camera, la quale, con decisione opposta alla precedente, escluse qualsiasi contrasto tra le norme CEDU e i divieti di fecondazione eterologa contenuti nella legge austriaca [6]. La Grande Camera non mise certo in discussione l'idea di fondo secondo cui il diritto della coppia di far ricorso alla fecondazione artificiale anche di tipo eterologo è tutelato dall'art. 8 CEDU in quanto espressione della vita privata e familiare. Rilevò però che, in mancanza di un consenso radicato a livello europeo quanto al regolamento

della fecondazione eterologa, ai singoli Stati deve riconoscersi un "margine di apprezzamento" piuttosto ampio nel comprimere il diritto fondamentale di autodeterminarsi in ordine alla vita privata e familiare allo scopo di garantire anche gli altri interessi coinvolti dal ricorso alla fecondazione eterologa, dovendosi solo verificare che il bilanciamento operato non sia irragionevole [7]. Questa volta il *test* di ragionevolezza condotto sui divieti della legge austriaca condusse però a un risultato positivo.

Tale sopravvenuto mutamento nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo fece sì che la Corte italiana disponesse la restituzione degli atti ai giudici *a quibus*, invitandoli a un rinnovato esame della questione [8]. La Corte costituzionale avrebbe invero potuto evitare una simile ordinanza "interlocutoria". In effetti sarebbe stato possibile decidere se il divieto di fecondazione eterologa fosse o meno in contrasto con i parametri diversi dall'art. 117, co. 1, Cost. anche escludendo qualsiasi violazione di quest'ultima norma [9]. La Corte ritenne nondimeno che fosse opportuno prendere tempo, magari per cercare al proprio interno un più ampio consenso in ordine alla decisione di una questione particolarmente delicata [10] o forse solo per sottrarsi al condizionamento indiretto della nuova decisione del giudice di Strasburgo.

I tre giudici remittenti non mancarono tuttavia di proporre di nuovo la questione di legittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa. Uno di essi [11] dispose invero in tal senso solo in sede di reclamo, dopo che il giudice singolo del tribunale, tenuto conto del pronunciamento definitivo della Grande Camera, ritenne che non sussistessero più i presupposti per riproporre la questione di legittimità costituzionale neppure rispetto ai parametri diversi dall'art. 117, co. 1, Cost. [12]. L'art. 117, co. 1, Cost. fu nuovamente indicato come parametro solo da uno dei giudici remittenti [13]. Gli altri si limitarono invece a denunciare la violazione degli uni e/o degli altri parametri ulteriori già indicati [14]. Anche la Corte, del resto, ha deciso con esclusivo riferimento alle garanzie interne, considerando poi assorbite le censure formulate con riferimento all'art. 117, co. 1, Cost., in relazione agli artt. 8 e 14 CEDU.

Resta il fatto che la Corte costituzionale, pur essendosi mossa lungo una linea argomentativa analoga a quella seguita dalla Corte di Strasburgo anche in sede di riesame (e cioè quella linea che passa anzitutto per la riconduzione dell'interesse all'accesso alla procreazione assistita nell'ambito della libertà fondamentale di autodeterminarsi in ordine alla vita privata e familiare e per la conseguente ricerca di un bilanciamento ragionevole con altri valori confliggenti), ha finito però col ritenere irragionevole la scelta del legislatore italiano di vietare la fecondazione eterologa, laddove i giudici di Strasburgo, con riferimento ai divieti della legge austriaca, erano invece approdati a una soluzione opposta. Vero è che, in linea generale, alle decisioni della Corte europea dei diritti non può riconoscersi un potere di conformazione del dettato costituzionale, dato che la CEDU non è dotata di una forza sovraconstituzionale [15]. È pur vero però che, nel caso in esame,

quali che siano i parametri invocati (convenzionali o costituzionali), la questione è stata prospettata ai due giudici in termini sostanzialmente analoghi: entrambi sono stati infatti chiamati a valutare la ragionevolezza della compressione della stessa libertà fondamentale in nome degli stessi interessi confliggenti. Il fatto che si sia pervenuti a due risultati opposti rende allora manifesto quanto la questione in esame sia tuttora controversa, sicché sarebbe stato preferibile continuare ad affidarla alla mediazione politica.

## **2. La questione decisiva: esiste un diritto costituzionalmente tutelato alla genitorialità biologica?**

A distanza di dieci anni dalla sua introduzione, l'intervento della Corte costituzionale ha invece espunto dal sistema, il divieto di fecondare artificialmente un embrione con gameti maschili e/o femminili provenienti da un donatore esterno alla coppia. In passato un simile risultato era stato già perseguito senza successo con lo strumento referendario. Nel giugno del 2005 l'abrogazione del divieto di fecondazione eterologa aveva infatti costituito oggetto di uno dei quattro quesiti referendari ammessi con riferimento alla l. 40/2004. Nessuna di quelle proposte abrogative fu però approvata, dato che quasi il 75% degli aventi diritto non partecipò alla consultazione referendaria.

Nell'ammettere il relativo quesito referendario il giudice delle leggi aveva già espresso il convincimento secondo cui il divieto di fecondazione eterologa non sarebbe stato espressivo di un livello minimo di tutela costituzionalmente necessario e sarebbe stato perciò privo di fondamento costituzionale [16]. La Corte Costituzionale ha ora ulteriormente rilevato che quel divieto avrebbe realizzato un bilanciamento irragionevole dei diversi interessi in gioco e ne ha pertanto riconosciuto l'illegittimità. In estrema sintesi la tesi della Corte è stata che l'assolutezza del divieto, in contrasto con la stessa finalità della l. 40/2004 «di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana» (art. 1, comma 1), avrebbe discriminato le coppie affette dalle patologie più gravi di sterilità e infertilità. Queste ultime sarebbero state impedito nell'esercizio della propria libertà fondamentale di autodeterminarsi in ordine alle scelte procreative, libertà garantita al massimo livello dell'ordinamento dagli artt. 2, 29 e 31 Cost. e comprendente anche il diritto di ricorrere a metodiche di fecondazione assistita anche di tipo eterologo. Questa situazione avrebbe determinato un grave pregiudizio, soprattutto di ordine psicologico, anche a carico della salute di quelle coppie, con ulteriore violazione dell'art. 32 Cost. [17]. Tutto ciò senza che un così grave sacrificio di valori costituzionali di primo livello potesse apparire giustificato dalla tutela di interessi altrettanto rilevanti coinvolti dal ricorso alla tecnica in questione, e segnatamente dalla tutela dell'interesse del nato a vedersi riconosciuta una condizione personale e relazionale tale da garantirgli un armonioso sviluppo della personalità [18].

La Corte ha riconosciuto invero che gli unici interessi che potrebbero confliggere con una piena esplicazione della libertà individuale di procreare anche col ricorso alla tecnica eterologa sono quelli del nato, il quale – si è detto – potrebbe trovarsi esposto al «rischio psicologico correlato ad una genitorialità non naturale» e alla «violazione del diritto a conoscere la propria identità genetica». La Corte ha ritenuto nondimeno che, nel contesto normativo vigente, l'abrogazione del divieto di accesso alla tecnica eterologa non comporti nessuna conseguenza pregiudizievole a carico della posizione di questo soggetto per come essa risulta già tutelata nel sistema, in particolare dalle previsioni (non oggetto di censura) della stessa l. 40/2004. In altri termini, a giudizio della Corte costituzionale, l'abrogazione del divieto di fecondazione eterologa non avrebbe prodotto alcun effettivo sbilanciamento a favore di una prospettiva centrata sugli interessi degli adulti del temperamento già operato dal legislatore del 2004 tra diritto al figlio degli adulti e diritti del figlio nato col ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita.

La Corte ha rilevato in particolare come il proprio intervento non riguardasse né la norma che stabilisce che il ricorso alle tecniche di procreazione assistita è consentito solo quale *extrema ratio* terapeutica nei casi in cui sia stata accertata una condizione irreversibile di sterilità o infertilità assolute della coppia (art. 4) né quella che ne limita l'accesso alle sole «coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi» (art. 5). Né l'intervento del giudice delle leggi ha fatto venir meno le regole relative al consenso informato (art. 6) e alla necessità che gli interventi di procreazione assistita siano praticati presso strutture autorizzate e registrate (art. 10) e nel rispetto di specifiche direttive emanate dal Ministero della Salute (art. 7) e di precisi obblighi di documentazione e di comunicazione (art. 11). Certe norme devono ora ritenersi applicabili anche in caso di ricorso alla tecnica eterologa, giacché questa non è altro che un'ipotesi speciale di procreazione medicalmente assistita. Conservano inoltre validità anche le sanzioni non oggetto di censura poste a presidio del rispetto dei requisiti soggettivi di accesso alle tecniche, delle prescritte modalità di espressione e raccolta del consenso e di svolgimento degli interventi, nonché dei divieti di commercializzazione di gameti e di embrioni e di maternità surrogata (art. 12).

Ma la Corte ha evidenziato soprattutto come anche ai nati da fecondazione eterologa trovi applicazione la previsione secondo cui assumono lo stato di figli della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita (art. 8). Inoltre, una volta caduto il riferimento alle sole ipotesi di illecito ricorso alle tecniche eterologhe, anche le regole di cui all'art. 9, co. 1 e 3, conservando comunque validità ed efficacia, vedrebbero naturalmente estendersi il proprio ambito di applicazione ad ogni caso di fecondazione eterologa. Dovrebbe perciò escludersi che, nei casi di impiego del seme di un donatore, il coniuge della madre o il suo convivente, che abbiano consentito

all'impegno della tecnica eterologa, possano poi agire in giudizio adducendo l'inesistenza di qualsiasi vincolo di sangue col nato e domandando perciò l'accertamento negativo della paternità ai sensi dell'art. 243 *bis* [19] o, rispettivamente, dell'art. 263 c.c. (art. 9, co 1). E dovrebbe pure escludersi che, nonostante l'esistenza di un vincolo di sangue col nato, il donatore di gameti possa instaurare con questo una relazione giuridica parentale e assumere nei suoi confronti diritti e obblighi (art. 9, co. 3).

Ora, è principalmente in considerazione di questi ultimi dati che il giudice delle leggi ha ritenuto di poter affermare che l'abrogazione del divieto di accesso alla tecnica eterologa non avrebbe prodotto alcun pregiudizio a carico del nato. Certe norme gli assicurerebbero infatti un accertamento dello *status filiationis* sufficientemente stabile. E ciò nonostante che, almeno rispetto a uno dei due genitori, si tratti di uno *status* non naturale, fondato cioè sulla volontà di assumere la responsabilità genitoriale e non sulla generazione, e anzi sull'esclusione *ex lege* di qualsiasi rilevanza di quel fatto in ordine al rapporto di filiazione. L'idea di fondo sottesa alla decisione della Corte, quella che le ha davvero permesso di pervenire al risultato abrogativo in questione, è dunque quella secondo cui la responsabilità genitoriale, prima ancora - e più ancora - che dal fatto biologico, discenderebbe dalla volontà dell'adulto di farsi carico della cura del nato, sicché può ritenersi senz'altro conforme ai principi di fondo del sistema anche quella artificiale dissociazione tra genitorialità biologica e genitorialità sociale, che, col necessario concorso della legge, è destinata a prodursi in capo ad almeno uno dei componenti della coppia genitoriale in ogni caso di ricorso alla tecnica eterologa di fecondazione assistita [20].

Ciò posto, si deve però rilevare che, almeno secondo una parte degli interpreti, una simile concezione "volontaristica" o "legalistica" della filiazione non sarebbe affatto compatibile con i principi costituzionali, e segnatamente col disposto dell'art. 30 Cost. [21], del quale, non a caso, nella motivazione della sent. n. 162/2014, non vi è alcuna traccia [22]. In effetti, l'art. 30 Cost. afferma anzitutto l'irrelevanza in linea di principio delle particolari circostanze in cui è avvenuto il concepimento rispetto alla costituzione e al contenuto del rapporto di filiazione: la responsabilità genitoriale deve comunque discendere dal semplice fatto generativo. Gli stessi contenuti del rapporto non possono essere diversi a seconda che il concepimento sia avvenuto dentro il matrimonio o fuori di esso. Questa circostanza rileva solo ai fini dell'accertamento dello *status* [23]. Unicità dello *status* di figlio significa allora, anzitutto, che è il semplice fatto generativo a fondare la filiazione, e dunque che la responsabilità genitoriale non discende dalla volontà dell'adulto di assumere il ruolo di genitore, ma dal mero fatto naturalistico della generazione.

È pur vero che anche l'adozione del minore abbandonato determina la costituzione di uno *status* di figlio che non consegue affatto al dato biologico [art. 27, l. 4.5.1983, n. 184 (*Diritto del minore a una famiglia*)]. Anzi, nel caso

dell’adozione, la legge rimuove il valore costitutivo dello *status* proprio del fatto generativo e separa, per così dire, l’uno dall’altro, di modo che lo *status* può essere determinato, sempre ad opera della legge, a prescindere dalla generazione. Il ricorso alla genitorialità legale nel caso del minore abbandonato è però espressamente consentito dallo stesso art. 30 Cost., laddove dispone che «nei casi di incapacità dei genitori, la legge provvede a che siano assolti i loro compiti». Una simile previsione esclude perciò, al contempo, la legittimità di ogni ricorso a forme di genitorialità legale al di fuori del caso del minore abbandonato. Il dato costituzionale autorizza pertanto l’interprete a ritenere che, accanto a un principio di responsabilità genitoriale fondata sul semplice fatto biologico, il sistema conosce anche un principio rigoroso di sussidiarietà della genitorialità legale rispetto a quella naturale, e cioè un principio per cui la prima può sostituirsi alla seconda solo quale *extrema ratio* di tutela dei minori in caso di incapacità dei genitori (naturali) a far fronte ai propri doveri nei confronti dei figli [24]. Al di là di questa ipotesi eccezionale «il minore ha diritto di crescere ed essere educato nell’ambito della propria famiglia» (art. 1, co. 1, l. 184/1983), e cioè dai suoi genitori (naturali) [25]. Il che equivale a dire, allora, che il sistema costituzionale conosce anche un diritto fondamentale della persona allo *status filiationis* e che questo diritto deve intendersi correttamente come diritto alla genitorialità naturale.

Seguendo questa linea di pensiero, contro l’opinione del giudice delle leggi, la Corte costituzionale avrebbe allora dovuto riconoscere che un divieto assoluto di fecondazione eterologa non è affatto costituzionalmente illegittimo ed è anzi costituzionalmente fondato. Non sembra infatti che sussista una concreta possibilità di contemperamento tra accesso alla tecnica eterologa e garanzia dell’indicato diritto alla genitorialità naturale di cui all’art. 30 Cost. E ciò perché, in genere, di un simile diritto i nati da fecondazione eterologa finiscono per essere privati ad opera del legislatore con evidente discriminazione a loro carico [26]. Rispetto alla tecnica eterologa non sembra insomma che esista una reale possibilità di bilanciamento. La soluzione, come aveva ritenuto il legislatore del 2004, non può che essere un rigoroso *aut aut* [27].

Contro un simile modo di argomentare si obietta però, in genere, che l’idea secondo cui il diritto fondamentale allo *status* dovrebbe correttamente intendersi come diritto alla genitorialità naturale sarebbe puramente ideologica [28]. Quell’idea servirebbe solo a impedire l’instaurarsi di relazioni giuridiche familiari ritenute non corrispondenti a un determinato paradigma etico aprioristicamente assunto come normativo. Con estrema chiarezza, da ultimo, si fa rilevare in particolare che, «nell’attuale congiuntura storica, sociale e culturale, caratterizzata nei fatti da una pluralità di opzioni riproduttive, anche in considerazione delle possibilità offerte dalla tecnica», è piuttosto «l’imposizione a tutti i costi di un paradigma esclusivo di genitorialità biologicamente “naturale”» ad apparire come un dato “artificiale”, privo di riscontro nella realtà [29]. Il divieto di fecondazione

eterologa viene allora considerato come «una difesa di retroguardia, velleitaria e irragionevole, di un presunto primato della genitorialità “mediante copula”, contro gli “assalti” della genitorialità soltanto sociale e affettiva, intesa come sciagura in sé e rispetto al benessere della coppia e del figlio» [30].

Certe affermazioni lasciano però anzitutto intravedere una concezione del diritto puramente accessoria e sovrastrutturale. Emerge in effetti l'idea che la norma sia un semplice involucro formale in balia della forza dei fatti o, come pure è stato detto efficacemente, un mero «ricettacolo legittimante ogni scelta tecnicamente possibile» [31]. Non sembra però che una simile concezione del fenomeno giuridico sia coerente col nuovo ordine inaugurato dalla Costituzione repubblicana. Infatti, secondo un autorevole insegnamento, il diritto costituzionalizzato «converte il problema della fondazione etica della legittimità in un problema giuridico... mediante l'istituzionalizzazione dei valori morali... in opzioni interne al diritto positivo espresse nelle forma di enunciati normativi di principio...» [32]. Di conseguenza anche le possibilità offerte dalla tecnica - e dunque la stessa “pluralità delle opzioni riproduttive” - non possono senz'altro imporsi al legislatore come un dato di cui prendere atto, ma devono pur sempre essere assunte come semplici ipotesi delle quali valutare attentamente la conformità rispetto ai valori fondanti dell'ordinamento [33].

Nel merito, poi, non convince neppure l'assunto critico secondo cui il riconoscimento di un diritto alla genitorialità naturale sarebbe frutto di una lettura ideologica del dato costituzionale [34], e segnatamente dell'art. 30 Cost. I principi della responsabilità genitoriale fondata sul semplice fatto della generazione e della rigorosa sussidiarietà della genitorialità legale rispetto alla genitorialità naturale non trovano infatti la propria *ratio* nei precetti di un'etica astratta o in un qualche insegnamento religioso [35], ma solo nella preferenza che si è scelto di accordare a una visione centrata sulla migliore tutela degli interessi del nato rispetto a una visione in cui ci si preoccupa anzitutto di garantire la libertà degli adulti di autodeterminarsi anche in ordine alla procreazione e alla genitorialità. In effetti, per chi si pone nell'ottica della miglior tutela degli interessi del minore è del tutto evidente che «dalla fattispecie originaria dello *status* l'elemento biologico non può essere eliminato» e che dunque «alla genitorialità occorre... l'oggettività di un fatto, non già la soggettività di un atto unilaterale» [36]. E ciò perché «un criterio che... facesse leva sull'astratta volontà di assumere il ruolo di genitore, ossia sulla libertà individuale, non sarebbe in grado di fondare una responsabilità certa e determinata (o determinabile), come lo è invece il fatto naturalistico - irreversibile e quindi irrevocabile - di avere generato» [37]. È dunque la migliore tutela del nato ad aver sollecitato l'opzione costituzionale per il paradigma della genitorialità naturale e il rifiuto dell'opposta concezione “volontaristica” o “legalistica” della filiazione. Ma allora la sostituzione del paradigma di riferimento non può che tradursi in una condizione di minor tutela

di quanti, nell'interesse esclusivo degli adulti, si vedono imposta *ab origine* una genitorialità puramente legale senza che ricorra alcuna situazione di abbandono.

### **3. Quale tutela per l'interesse del nato da fecondazione eterologa alla conoscenza delle origini biologiche?**

Anche al di là della questione della sua fondatezza, la decisione della Corte costituzionale che ha abrogato il divieto di fecondazione eterologa pone comunque all'interprete non pochi problemi, che evidenziano la necessità di un nuovo intervento del legislatore, che risolva quanto prima ambiguità e incertezze e colmi le lacune di disciplina che una pronuncia seccamente demolitrice ha inevitabilmente determinato [38].

C'è anzitutto la questione del "diritto all'identità genetica" del nato, o meglio del diritto del nato a conoscere le sue origini biologiche, una questione che la stessa Corte costituzionale ha riconosciuto come non irrilevante ai fini di una corretta definizione del giudizio sulla legittimità del divieto di fecondazione eterologa. Attribuire al nato da fecondazione eterologa il diritto a conoscere le proprie origini biologiche significa infatti garantirgli almeno un minimo di tutela – comunque del tutto insufficiente – dei profili identitari e temperare così un regolamento altrimenti sbilanciato a esclusivo vantaggio degli interessi degli adulti [39]. Eppure, al riguardo, dalla lettura della sent. n. 162/2014 si ricavano indicazioni tutt'altro che univoche e anzi, a ben vedere, sostanzialmente elusive del problema [40]. Infatti, se, da un lato, nel ricostruire la regolamentazione della fecondazione eterologa già desumibile dalle norme vigenti, il giudice delle leggi fa riferimento alle norme in tema di donazione di tessuti e cellule umani, e segnatamente anche all'art. 14 del d. lgs. 6.11.2007, n. 191, secondo cui «tutti i dati, comprese le informazioni genetiche... sono resi anonimi in modo tale che né il donatore né il ricevente siano identificabili», dall'altro lato, nello stesso paragrafo, richiama pure l'art. 28, l. 4.5.1983, n. 184 (*Diritto del minore ad una famiglia*), che disciplina invece in maniera accurata il diritto dei genitori adottivi e dello stesso adottato ultraventicinquenne di accedere alle informazioni concernenti l'identità dei genitori biologici.

La Corte non omette di dire che, solo qualche mese prima di pronunciarsi in tema di fecondazione eterologa, aveva ritenuto che proprio quest'ultima norma arrecasse un insanabile *vulnus* agli artt. 2 e 3 Cost., laddove, a fronte di una richiesta di accesso dell'adottato, non è prevista una qualche modalità di verifica della perdurante attualità della scelta di rimanere nell'anonimato fatta dalla donna all'epoca del parto [41]. A certe conclusioni il giudice delle leggi era peraltro pervenuto, anche col conforto di una giurisprudenza ormai consolidata della Corte di Strasburgo [42], in base al convincimento, chiaramente espresso, che «il diritto del figlio a conoscere le proprie origini – e ad accedere alla propria storia parentale – costituisce un elemento significativo nel sistema costituzionale di

tutela della persona» e che «il relativo bisogno di conoscenza rappresenta uno di quegli aspetti della personalità che possono condizionare l'intimo atteggiamento e la stessa vita di relazione di una persona in quanto tale» [43]. Si tratta di affermazioni di principio che non avrebbero dovuto lasciare dubbi neppure in ordine alla sicura prevalenza dell'interesse del nato da fecondazione eterologa a conoscere le proprie origini biologiche rispetto all'interesse dei cd. donatori a rimanere nell'anonimato. Un esito di questo tipo è stato però sostanzialmente disatteso dalle vaghe e ambigue statuizioni che la Corte costituzionale ha riservato alla questione nella sent. n. 162/2014: di fatto, il giudice delle leggi ha abrogato il divieto di fecondazione eterologa, ma non ha ritenuto di dire con chiarezza non solo quale disciplina debba ora garantire al nato il diritto a conoscere le proprie origini, ma neppure se quel diritto debba o meno essergli riconosciuto.

Né sembra possibile che le regole relative al diritto del nato da fecondazione eterologa a conoscere le proprie origini biologiche possano desumersi *sic et simpliciter* da quelle relative al diritto dell'adottato a conoscere i propri genitori naturali, neppure nella nuova formulazione che quelle regole sono destinate a ricevere dal legislatore dopo il recente intervento del giudice delle leggi. Invero, secondo una parte degli interpreti, «fatte le debite proporzioni tra adozione e fecondazione eterologa, il problema del bilanciamento degli interessi in gioco si pone in maniera non molto dissimile, dovendosi anche qui bilanciare il diritto del figlio di sapere e quello del genitore di restare in un cono d'ombra, secondo criteri di razionalità che il legislatore è già stato invitato ad individuare» [44]. In contrario si è tuttavia rilevato che la disciplina dell'adozione «può offrire qualche spunto anche se non un modello da copiare integralmente» [45]. E ciò perché quelle ragioni che possono eventualmente giustificare delle limitazioni al diritto di conoscere le origini dell'adottato non sono certo estensibili al caso della fecondazione eterologa. Qui, infatti, non essendoci una condizione di abbandono del minore, non ricorrono neppure quelle circostanze che, per tutelare lo stesso figlio adottivo, possono suggerire di mantenere una distanza dei genitori biologici. Né ha ragion d'essere la tradizionale tutela del diritto della donna di partorire nell'anonimato. Del resto, l'art. 9, co. 2, l. 40/2004, vieta espressamente il parto anonimo della donna che abbia generato un figlio col ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita (art. 9, co. 2). E non vi è alcun dubbio che anche questa norma debba ora applicarsi anche in caso di fecondazione eterologa. È evidente allora che, nel sistema normativo vigente, non esistono regole adeguate a garantire il diritto del nato a conoscere le proprie origini biologiche.

Dalla lettura della sent. n. 162/2014 non risulta poi con chiarezza neppure quale disciplina possa ora garantire ai nati da fecondazione eterologa il diritto – distinto da quello a conoscere le origini biologiche – a conoscere i dati non identificativi relativi ai genitori biologici per gravi e comprovati motivi attinenti alla salute

psico-fisica o per evitare l'unione con persone legate da vincoli di parentela [46]. Anche da questo ulteriore punto di vista appare dunque evidente quanto sia problematica la tesi del giudice delle leggi secondo cui, nel contesto normativo vigente, un intervento puramente demolitorio del divieto di accesso alla tecnica eterologa non comporti conseguenze pregiudizievoli a carico del nato. In realtà, si deve riconoscere che, anche a voler ritenere la compatibilità col sistema costituzionale di una completa fungibilità tra genitorialità legale e naturale, un intervento del legislatore s'impone comunque - e con urgenza - quanto meno per garantire il diritto del nato a conoscere le proprie origini biologiche e ad accedere alle informazioni non identificative per ragioni connesse alla tutela della salute.

#### **4. Questioni relative alla disciplina dell'accertamento dello *status* del nato da fecondazione eterologa.**

Da ultimo si può pure osservare brevemente che, a ben vedere, anche la disciplina relativa all'accertamento dello *status* del nato da fecondazione eterologa non è affatto priva di incertezze e di autentiche lacune.

Si consideri anzitutto che, stando almeno all'opinione di una parte degli interpreti, la previsione di cui all'art. 8 l. 40/2004 non sarebbe affatto idonea a determinare in capo al nato un accertamento automatico dello *status filiationis*: quella previsione non disporrebbe in realtà alcunché di innovativo in ordine all'accertamento dello stato [47], sicché, in caso di accesso alla tecnica da parte di una coppia non coniugata, sarebbe pur sempre necessario il riconoscimento di entrambi i genitori e, in mancanza, l'accertamento giudiziale della paternità e/o della maternità. Ora, è evidente che, in caso di procreazione medicalmente assistita con impiego del seme di un terzo, laddove il convivente della madre non intenda riconoscere il nato, quest'ultimo potrebbe provare al più che quegli aveva consentito alla tecnica secondo quanto previsto dalla legge. Da nessuna parte risulta però con chiarezza che una questa possa essere sufficiente a fondare l'accertamento giudiziale della paternità [48]. A un simile risultato si potrebbe certo pervenire anche in via interpretativa [49]. È bene tuttavia che su questioni di questo tipo non vi sia spazio per incertezze interpretative.

In caso di procreazione medicalmente assistita con ovodonazione un problema analogo potrebbe sembrare improponibile. E ciò sia sotto un profilo fattuale, perché certe gravidanze sono in genere fortemente volute, sia sotto un profilo propriamente giuridico, perché il legislatore del 2004 si è preoccupato di disporre che, in ogni caso di ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita, la donna non può partorire nell'anonimato (art. 9, co. 2, l. 40/2004). Tuttavia, com'è stato già rilevato da più parti, allo stato una regola siffatta è priva di qualsiasi effettività, giacché l'ufficiale di stato civile non ha modo di sapere con certezza se la nascita che gli viene denunciata come avvenuta da donna che non consente di essere nominata sia la conseguenza di un concepimento naturale o di una

procreazione medicalmente assistita [50]. Di fatto, dunque, anche in caso di ricorso alle tecniche, permane la possibilità di partorire nell'anonimato [51] e con ciò, una volta ammessa la fecondazione con ovodonazione, di aggirare il divieto di surrogazione di maternità, tuttora previsto dall'art. 12, co. 6, l. 40/2004, mediante il riconoscimento del nato da parte del solo padre biologico ed eventuale successiva adozione speciale da parte della moglie di questo [52]. L'accesso alla tecnica eterologa non dovrebbe allora prescindere dalla previsione di procedure che permettano ai sanitari di sapere con certezza se la nascita consegue o meno a un concepimento naturale.

Ulteriori incertezze sono connesse poi alla possibilità che si addivenga a un accertamento negativo dello *status filiationis* nei confronti del coniuge o del convivente del genitore naturale. Vero è che l'art. 9, co. 1, l. 40/2004 esclude che il coniuge o il convivente del genitore naturale possano disconoscere la paternità del nato o, rispettivamente, impugnare il riconoscimento per difetto di veridicità. Nessuna norma chiarisce però se la legittimazione alle azioni indicate sia sottratta anche al genitore naturale e al nato. Invero, quanto alla madre, una risposta negativa potrebbe forse dedursi dal divieto di partorire nell'anonimato di cui all'art. 9, co. 2, cit. [53]. Non manca tuttavia anche chi ritiene che la madre possa agire per l'accertamento negativo della paternità [54].

La soluzione appare ancora più incerta quanto alla legittimazione del figlio [55]. In senso negativo si è fatto notare che, stante la regola di cui all'art. 9, co 3, cit., un eventuale accertamento negativo della paternità legale non potrebbe comunque preludere a un successivo accertamento positivo della paternità biologica [56]. Un accertamento negativo potrebbe nondimeno essere utilizzato dal figlio solo al fine di sottrarsi ai propri doveri nei confronti del genitore legale. Tanto più che, dopo la recente riforma della filiazione, tutte le azioni di accertamento negativo della paternità sono imprescrittibili quanto al figlio. Una parte degli interpreti, poi, ipotizza addirittura che l'esonero del cd. donatore da qualsiasi responsabilità, giustificandosi unicamente al fine di consentire la formazione di uno *status filiationis* nei confronti del genitore legale, e dunque a tutela del nato e non anche del cd. donatore, sarebbe destinato a venir meno ogni qual volta la formazione di quello *status* sia mancata [57] o perché la partoriente coniugata ha riconosciuto il nato o perché il convivente della partoriente non coniugata non l'ha riconosciuto. Ma allora, secondo la stessa logica, si potrebbe anche ipotizzare che la regola dell'art. 9, co. 3, cit. non valga più neppure in caso di abbandono del minore né in caso di accertamento negativo dello *status* nei confronti del genitore legale, sicché anche in questi casi il nato potrebbe far valere la responsabilità genitoriale del cd. donatore.

Il riconoscimento della legittimazione del figlio al disconoscimento della paternità legale porrebbe poi l'ulteriore problema dell'accertamento negativo della maternità della donna coniugata nei casi di procreazione assistita con ovodonazione. Infatti, mentre l'azione *ex art.* 263 c.c. riguarda qualsiasi

riconoscimento non corrispondente alla verità biologica della generazione, e dunque sia il riconoscimento paterno sia quello materno, la contestazione della maternità della donna coniugata è invece consentita solo nelle ipotesi tassative di cui all'art. 240 c.c., con conseguente disparità di trattamento rispetto al caso del ricorso al seme di un terzo [58]. Ora, è evidente che anche tutte queste questioni non possono essere lasciate ai variabili convincimenti degli interpreti. Anche da questo ulteriore punto di vista, allora, un intervento del legislatore in materia di fecondazione eterologa appare quanto mai necessario e urgente per impedire che l'accesso a tale tecnica non finisca per pregiudicare altri interessi della persona di sicuro rilievo costituzionale.

---

Note:

[\*] Il presente contributo è stato preventivamente sottoposto a referaggio anonimo affidato ad un componente del Comitato di Referee secondo il Regolamento adottato da questa Rivista.

[1] La decisione si può leggere in *Fam. e dir.*, 2014, 753 ss., con nota di V. Carbone, *Sterilità della coppia. Fecondazione eterologa anche in Italia*; in *Corr. giur.*, 2014, 1062 ss., con nota di Ferrando, *La riproduzione assistita nuovamente al vaglio della Corte costituzionale. L'illegittimità del divieto di fecondazione eterologa*; in *Dir. pen. e proc.*, 2014, 825 ss., con nota di A. Vallini, *Sistema e metodo di un biodiritto costituzionale: l'illegittimità del divieto di fecondazione "eterologa"*; per un commento v. anche F. Girelli, *Bastano le garanzie interne per dichiarare l'incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa*, in *Ord. internaz. e dir. umani*, 2014, 599 ss.

[2] cfr. Corte eur. dir. uomo, 1.4.2010, ric. 57813/00, in *Fam. e dir.*, 2010, 977 ss., con nota di U. Salanitro, *Il divieto di fecondazione eterologa alla luce della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: l'intervento della Corte di Strasburgo*

[3] Sulla questione dell'immediata applicabilità delle norme convenzionali negli ordinamenti degli Stati membri dell'UE in forza dell'art. 6, co. 2 e 3, Trattato UE, cfr. M. Meli, *Il divieto di fecondazione eterologa e il problema delle antinomie tra diritto interno e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, 14 ss., spec. 17 ss.

[4] Cfr. Trib. Salerno, ord. 20.10.2010, in *Fam. e dir.*, 2012, 297 ss., con nota di Caminiti, *Sulla questione di legittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa*.

[5] Cfr. Trib. Firenze, ord. 13.9.2010, in *Fam. e dir.*, 2010, 1135 ss., con nota di Salanitro, *Fecondazione eterologa: la parola alla Consulta*, che indicò quale parametro solo l'art. 117, co. 1, Cost.; Trib. Catania, 21.10.2010, *ivi*, 1138 ss., e Trib. Milano, ord. 2.2.2011, che denunciarono anche l'autonoma violazione delle une e/o delle altre norme costituzionali indicate, e cioè degli artt. 2, 3, 29, 31 e 32 Cost.

- [6] Cfr. Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, 3.11.2011, ric. 57813/00, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, 224 ss., con nota di Murgo, *La Grande Chambre decide sulla fecondazione eterologa e la rimette all'apprezzamento degli Stati contraenti*. Su questa decisione v. anche A. Osti, *La sentenza S.H. e altri c. Austria: un passo "indietro" per riaffermare la legittimazione della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Quad. cost.*, 2012, 138 ss.
- [7] Sulla dottrina del cd. "margine di apprezzamento" v. Tanzarella, *Il margine di apprezzamento*, in *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti nelle Corti europee* a cura di Cartabia, Bologna, 2007, 145 ss.
- [8] Cfr. Corte cost., ord. 22.5.2012, n. 150, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, 858 ss., con nota di Murgo, *Il giudizio di legittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa dopo la decisione della Grande Chambre della Corte di Strasburgo*. In argomento v. anche Renda e Nicolussi, *Fecondazione eterologa: il pendolo tra Corte costituzionale e Corte EDU*, in *Eur. e dir. priv.*, 2013, 212 ss.
- [9] Cfr. Ruggeri, *La Corte costituzionale, i parametri "conseguenziari" e la tecnica dell'assorbimento dei vizi rovesciata (a margine di Corte cost. n. 150 del 2012)*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it); v. anche Salanitro, *Il dialogo tra Corte di Strasburgo e Corte costituzionale in materia di fecondazione eterologa*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, 636 ss., spec. 640 s.
- [10] In tal senso cfr. Girelli, *op. cit.*, 602, per il quale anche un simile *modus operandi* «si ascrive perfettamente alla logica della giustizia costituzionale»
- [11] Cfr. Trib. Catania, ord. 13.4.2013, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, 923 ss., con nota di Rapisarda, *Il divieto di fecondazione eterologa: la parola definitiva alla Consulta*.
- [12] Cfr. Trib. Catania, ord. 7.1.2013, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, 602 ss., con nota di Di Rosa, *Scienza, tecnica e diritto in recenti applicazioni giudiziali della disciplina in materia di procreazione medicalmente assistita*.
- [13] Cfr. Trib. Milano, ord. 3.4.2013, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, 917 ss., con nota cit. di Rapisarda.
- [14] Cfr. Trib. Firenze, ord. 29.3.2013, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, 913 ss., con nota cit. di Rapisarda e Trib. Catania, ord. 13.4.2013 cit.
- [15] Cfr. Ruggeri, *op. cit.*; in argomento v. anche 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*, in *La fecondazione eterologa tra Costituzione italiana e Convenzione europea dei diritti dell'uomo* a cura di F. Vari, Torino, 2012, 97 ss.
- [16] Cfr. Corte cost., sent. 28.1.2005, n. 49, in *Corr. giur.*, 2005, 420 ss. Sulla posizione della Corte costituzionale in ordine alle proposte referendarie relative alla l. 40/2004 v. la chiara sintesi di Sesta, voce "Procreazione medicalmente assistita", in *Enc. giur. Treccani*, XXIV, Roma, 2004, 11 s.

[17] L'idea che il divieto di fecondazione eterologa si ponesse in contrasto anche con l'art. 32 Cost. era stata invero messa in discussione da più parti, anche tra quanti ritenevano che la questione di legittimità fosse invece fondata in relazione agli altri parametri indicati. In effetti, non sembra che le "tecniche" di procreazione medicalmente assistita possano essere considerate vere e proprie "terapie", sicché non sembra neppure sicura una loro connessione con la tutela del diritto alla salute degli individui. In senso proprio, infatti, "rimedio terapeutico" è soltanto quello che consente di rimuovere le cause di una malattia, mentre il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, specialmente alle tecniche eterologhe, non rimuove certo la sterilità o l'infertilità della coppia. Si tratta piuttosto di forme di assistenza medica finalizzate alla procreazione. In questo senso si registra in dottrina un consenso piuttosto ampio: cfr. Sesta, voce cit., 5: «le tecniche eterologhe sono indirizzate a risolvere un problema "esistenziale" della coppia, piuttosto che a fornire una terapia»; Cassone, *La surroga materna tra tutela dell'integrità fisica e diritto alla salute*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, 119 ss.; Osti, *La procreazione medicalmente assistita di tipo eterologoecc.*, cit., 105 ss.; F. Vari, *A proposito delle questioni di legittimità costituzionale del divieto di procreazione eterologa*, in *La fecondazione eterologa tra Costituzione italiana e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 183 ss.; M. Palma, *Divieto di fecondazione eterologa e diritto alla salute*, ivi, 113 ss.; Rocchi, *Il divieto di fecondazione eterologa viola il diritto costituzionale alla salute*, ivi, 156 ss. Anche secondo Vallini, *Sistema e metodo*, cit., 835 s., almeno nei casi di sterilità conseguenti a problemi del *partner* maschile, si verifica una discrasia tra destinatario del trattamento e titolare del problema salute, onde non sarebbe «un caso che la Corte [costituzionale] sia attenta nell'alludere a un problema di salute non del singolo, bensì *della coppia*». Tuttavia, sempre secondo Vallini, se non si vuole arrivare a sostenere che «l'art. 32 Cost. consente di riferire il diritto alla salute a una "istituzione" plurisoggettiva, o comunque "duale"», si deve riconoscere che «i problemi riproduttivi sono intesi come problemi di coppia nel senso che incidono sulla *salute psichica e sul benessere relazionale dei singoli membri della coppia*». L'A. cit. osserva però che, a parte il ricorso a una nozione molto ampia di salute, comprensiva anche del benessere sociale della persona, appare comunque piuttosto problematico considerare «cura di un problema di salute psichica (come tale persino doverosa ex art. 32 Cost.) qualsiasi intervento fattuale (e giuridico, come appunto il riconoscimento della filiazione eterologa) volto a rimuovere *cause materiali/esistenziali* che scatenano quel problema». Sempre Vallini rileva infatti che, a questa stregua, anche l'adozione a favore di coppie omosessuali o la maternità surrogata dovrebbero ritenersi trattamenti sanitari, costituzionalmente rilevanti, del disagio psichico del *partner* dovuto all'impossibilità di concepire o di sostenere una gravidanza (corsivi nel testo). Nel senso che anche le tecniche di procreazione medicalmente assistita sarebbero invece vere e proprie terapie v. Ferrando, *La riproduzione assistita ecc.*, cit., 1071

s., che argomenta però dalla necessità di abbandonare un'idea di salute intesa in termini meramente organicistici. Per una rigorosa valutazione critica di un simile processo di "soggettivizzazione" del concetto di salute, «che la riduce a una variabile dipendente della percezione che ciascuno ha di sé» e dunque a una nozione «non controllabile intersoggettivamente» e perciò inservibile per un vero bilanciamento tra valori concorrenti, v. i penetranti rilievi di Nicolussi, *Lo sviluppo della persona umana come valore costituzionale e il cosiddetto biodiritto*, in *Eur. e dir. priv.*, 25 ss. e 47 ss.

[18] Per una limpida prospettazione del conflitto di interessi sotteso alle scelte legislative in ordine all'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita v. Sesta, voce cit., 2.

[19]...che, con l'entrata in vigore del d. lgs. 28.12.2013, n. 154 (*Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'art. 2 della l. 10.12.2012, n. 219*), ha ora sostituito l'art. 235.

[20] In tal senso v. ora, con grande chiarezza, Ferrando, *La riproduzione assistita* ecc., cit., 1074: «la verità non è l'unico fondamento della filiazione, che attinge a ragioni ulteriori di pari valore», giacché «il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia».

[21] Si allude in particolare alle argomentazioni svolte in diverse occasioni da Nicolussi: cfr. *Lo sviluppo della persona umana* ecc., cit., 7 ss.; *La famiglia: una concezione neo-istituzionale?*, in *Eur. e dir. priv.*, 2012, 170 ss., spec. 186 ss.; *Fecondazione eterologa e diritto di conoscere le proprie origini. Per un'analisi giuridica di una possibilità tecnica*, in *La fecondazione eterologa tra Costituzione italiana e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 65 ss. (anche in *AICR* rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, 2012); con Renda, *Fecondazione eterologa: il pendolo tra Corte costituzionale e Corte EDU*, cit., 212 ss. Certe tesi sono tutt'altro che isolate: nello stesso senso v. anche Renda, *L'accertamento della maternità. Profili sistematici e prospettive evolutive*, Torino, 2008, 256: «la responsabilità per la procreazione - nella sua dimensione costituzionale - non conosce l'intermediazione di un atto di "assunzione di responsabilità" rimesso alla volontà di un qualunque soggetto adulto»; Vari, *Concepito e procreazione assistita. Profili costituzionali*, I, Bari, 2008, 66 s. e 137 s.; Id., *A proposito delle questioni di legittimità* ecc., cit., 173 ss.; G. Giacobbe, *La famiglia nell'ordinamento giuridico italiano. Materiali per una ricerca*, Torino, 2006, 82.

[22] Così Nicolussi su *Avvenire* del 12.6.2014 all'indomani della pubblicazione della sent. n. 162/2014.

[23] Sul punto, già prima della recente riforma della filiazione del 2012/2013, con grande chiarezza, v. Renda, *Equiparazione o unificazione degli filiationis? Proposte per una riforma del sistema di accertamento della filiazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, spec. 109 ss., per il quale il principio dell'unicità dello *status* figlio non sarebbe affatto estraneo alla previsione dell'art. 30 Cost. né le differenze nella

disciplina dell'accertamento, pur ritenute costituzionalmente necessarie, giustificherebbero la conservazione di due *status* distinti. Nel senso che il dettato costituzionale non consentirebbe invece l'unificazione degli *status*. v. però Bonilini, *Lo o gli di filiazione?*, in *Fam. pers. succ.*, 2006, 681 ss., il quale, anche dopo la recente riforma, ha avuto modo di ribadire il proprio convincimento: cfr. Id., *L'abrogazione della norma concernente il diritto di commutazione*, in *Fam. e dir.*, 2014, 517 ss., per il quale «l'unificazione dello *status filiationis* attuato con legge ordinaria... risponde soltanto alla incapacità di incidere su norme, che, sicuramente sentite, dalla coscienza sociale, al tempo della entrata in vigore della Carta costituzionale, oggi lo sono assai meno»

[24] Il parallelo tra fecondazione eterologa e adozione è stato spesso riproposto da una parte degli interpreti al fine di dimostrare che il sistema già conosce rapporti di filiazione che prescindono da legami di sangue. Anche la Corte costituzionale, del resto, fa riferimento all'adozione per avvalorare l'idea secondo cui il sistema guarderebbe con favore al «progetto di formazione di una famiglia caratterizzato dalla presenza di figli, anche indipendentemente dal dato genetico». La problematicità di un simile argomento è tuttavia evidenziata anche da Vallini, *Sistema e metodo* ecc., cit., 840, per il quale «l'istituto dell'adozione si inserisce, in realtà, in una diversa prospettiva teleologica». Nello stesso senso v. anche Sesta, voce cit., 5 e Nicolussi, *Fecondazione eterologa e diritto di conoscere le proprie origini* ecc., cit., 70 s. L'inadeguatezza di un'assimilazione del rapporto adottivo a quello discendente dalla fecondazione eterologa era stata peraltro già riconosciuta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella decisione definitiva del novembre 2011. Sulla scorta della decisione del giudice delle leggi, la fondatezza di quell'assimilazione è stata invece ribadita da Ferrando, *La riproduzione assistita* ecc., cit., 1074, secondo la quale «con l'introduzione di una forma di adozione piena si attribuisce pari dignità e valore al rapporto di filiazione biologicamente fondato ed a quello fondato su valori psico-sociali di accoglienza, amore, responsabilità», sicché non si giustificherebbe un principio di sussidiarietà della genitorialità legale rispetto alla genitorialità naturale.

[25] Come rileva Nicolussi, *La famiglia* ecc., cit., l'incoerenza dell'eterologa rispetto al principio di cui all'art. 1 l. 184/1983 era stata già da tempo autorevolmente segnalata anche da Mengoni, *La famiglia in una società complessa*, in *Iustitia*, 1990, 2.

[26] Nel senso che la scissione tra identità sociale e identità biologica del nato conseguente alla ammissibilità della tecnica eterologa comporta il misconoscimento in radice del diritto del nato alla propria identità biologica, e cioè del suo diritto «di avere per genitori coloro che tali sono biologicamente», sicché il divieto di fecondazione eterologa «troverebbe un fondamento nell'art. 2 Cost., qualificando la corrispondenza tra identità genetica e identità sociale della persona quale originario diritto della personalità», v. Sesta, voce cit., 5. Secondo quest'A., un giudizio critico nei confronti della scelta del legislatore del 2004, tale

da giustificare dubbi di legittimità costituzionale, avrebbe potuto comunque essere formulato «per la sua incoerenza ed irrazionalità», in quanto, nonostante il divieto di fecondazione eterologa, in caso di violazione del divieto, al nato era comunque attribuito lo *status* di figlio del marito o del convivente della partoriente ed era inoltre impedita la costituzione di una relazione parentale col donatore. In tal modo, secondo Sesta, si finiva infatti per frustrare «l'unico possibile fondamento razionale del divieto»: a sui dire (*op. cit.*, 8), i principi informatori della legge «avrebbero richiesto l'assolvimento dei doveri genitoriali in capo al donatore proprio al fine di scoraggiare la procreazione eterologa». Sempre con riferimento al sistema in cui era ancora vigente il divieto di fecondazione eterologa, anche Busnelli, *Cosa resta della legge 40? Il paradosso della soggettività del concepito*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, 469, aveva denunciato la contraddittorietà delle scelte legislative di cui all'art. 9, co. 1 e 3, l. 40/2004, parlando di «una situazione di criptico compromesso mascherato da intransigente divieto». E pure Nicolussi, *Fecondazione eterologa e diritto di conoscere le proprie origini*, cit., 66 s., aveva rimproverato al legislatore di essersi spinto, dettando certe disposizioni, ben «oltre la semplice presa d'atto della finitezza spazio-temporale del divieto di fecondazione eterologa».

[27] L'analisi comparatistica attesta in effetti che, nei diversi ordinamenti in cui la fecondazione eterologa è consentita, si esclude pure che il nato possa instaurare una relazione giuridica parentale col genitore biologico, anche se, con sempre maggior frequenza, gli si riconosce almeno il diritto di conoscerne l'identità. Così è, ad esempio, in Austria, Svizzera, Svezia, Regno Unito e Olanda. L'anonimato del cd. donatore è invece garantito in Francia, Spagna, Belgio, Grecia, Danimarca e Slovenia. Una soluzione piuttosto singolare è quella tedesca. In Germania la tecnica eterologa è infatti praticabile solo con l'impiego del seme di un terzo, essendo tuttora vietata l'ovodonazione al pari di ogni altro metodo di procreazione assistita che può determinare una duplicazione della maternità: cfr. § 1, co. 1, n. 1, 2, 6 e 7, *Embryonenschutzgesetz-ESchG* del 1990. Non sembra però che il legislatore tedesco si sia minimamente preoccupato di porre il donatore al riparo da eventuali pretese del nato. Quest'ultimo, infatti, non solo ha il diritto di conoscere l'identità del proprio genitore biologico, ma, a quanto pare, può anche reclamare nei suoi confronti lo *status filiationis*, previo accertamento negativo del rapporto di paternità "artificiale" (v. § 1600, co. 5, *BGB*) eventualmente esistente (in caso di accesso alla tecnica eterologa da parte di una coppia non coniugata, ma stabilmente convivente, si ritiene infatti che, in mancanza di un riconoscimento, non si costituisce in capo al nato nessuno *status filiationis* nei confronti del compagno della madre che pure abbia consentito alla tecnica). Al riguardo, per una prima informazione, v. Helms, *Die künstliche Befruchtung aus familienrechtlicher Sicht: Probleme und Perspektiven*, in Röthel, Löhnig e Helms, *Ehe, Familie, Abstammung. Blicke in die Zukunft*, Frankfurt a. M., 2010, 49 ss., spec. 55 ss.; per un'analisi più approfondita dell'intera problematica

v. Rütz, *Heterologe Insemination. Die rechtliche Stellung des Samenspenders*, Berlin, 2007, 17 ss. L’analisi dei dati di fatto rivela peraltro che, sempre in Germania, nei casi di fecondazione eterologa, sia il diritto “maggiore” alla genitorialità naturale sia il diritto “minore” a conoscere le proprie origini, pur essendo entrambi riconosciuti, fino ad ora sono rimasti solo sulla carta, giacché è solo di recente che sono stati introdotti obblighi di documentazione rigorosi al fine di consentire una sicura tracciabilità delle donazioni di gameti. Al riguardo v. *OLG Hamm*, 6.2.2013, in *NJW*, 2013, 1167 ss., che ha sollevato un vasto dibattito tra gli interpreti, evidenziando in particolare l’urgenza di un intervento legislativo che renda il dato normativo più coerente: in argomento cfr. Meier, *Heterologe Insemination. Konsequenzen für den Samenspenders. Möglichkeiten und Grenzen der vertraglichen Gestaltung*, in *NZFam*, 2014, 337 ss.; Zypries e Zeeb, *Samenspende und das Recht auf Kenntnis der eigene Abstammung. Kinder, Spender und Väter brauchen bessere Gesetze*, in *ZRP*, 2014, 54 ss.; Schneider, *Auskunftspflicht des Arztes über den Samenspenders*, in *FamFR*, 2013, 172 ss.; Fink e Grün, *Der Auskunftsanspruch über die Abstammung des durch heterologe Insemination gezeugten Kindes gegen den Arzt*, in *NJW*, 2013, 1913 ss.

[28] In tal senso v., ad es., Rodotà, *Il diritto ad avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 284 s.: «altri limiti, come quelli derivanti dal divieto di utilizzare gameti di un donatore o da regole riguardanti le metodiche procreative, rivelano tratti ideologici incompatibili col diritto all’autodeterminazione...»; nello stesso senso v. anche Ferrando, *La riscrittura costituzionale e giurisprudenziale della legge sulla procreazione assistita*, in *Fam. e dir.*, 2011, 523; Id., *La riproduzione assistita* ecc., cit., 1074; Vallini, *Sistema e metodo.*, cit., 839.

[29] Così Vallini, *Sistema e metodo.*, cit., 839. L’idea di un’impossibile resistenza della regola giuridica ai progressi della tecnica è anche in Rodotà, *Il diritto ad avere diritti*, cit., 285, per il quale divieti come quello di fecondazione eterologa sarebbero «manifestazioni evidenti della volontà di custodire un diritto legato unicamente alla natura sì che, quando scienza e tecnica fanno venir meno il vincolo naturalistico, la regola giuridica dovrebbe ricostruire artificialmente appunto il vincolo scomparso»; si tratterebbe però – dice Rodotà – di «una forzatura inammissibile e una missione impossibile...».

[30] Ancora Vallini, *Sistema e metodo.*, cit., 839.

[31] Così Nicolussi, *Fecondazione eterologa e diritto di conoscere le proprie origini* ecc., cit., 95.

[32] Così Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996, 117.

[33] Cfr. Nicolussi, *Fecondazione eterologa e diritto di conoscere le proprie origini* ecc., cit., 94 s.

[34] Anche Sesta, voce cit., 5, si è preoccupato di mettere bene in chiaro che la garanzia del diritto del nato «di avere per genitori coloro che tali sono biologicamente» costituisce un fondamento “razionale” e non “meramente ideologico” del divieto di fecondazione eterologa.

[35] In tal senso v. invece Ferrando, *La riproduzione assistita* ecc., cit., 1074.

[36] Così Nicolussi, *La famiglia* ecc., cit., 189.

[37] Ancora Nicolussi, *La famiglia* ecc., cit., 188; v. anche Id., *Fecondazione eterologa e diritto di conoscere le proprie origini* ecc., cit., 69: «agganciare... la filiazione al dato biologico secondo la natura e la normalità dei casi, trattandola come una relazione non disponibile da parte del soggetto adulto e irreversibile nella sua oggettività, cioè non revocabile su base volontaria, è coerente con il principio del superiore interesse del figlio, accolto in molti ordinamenti e nelle Carte internazionali dei diritti e quindi costituisce un superamento inequivoco di quella concezione proprietaria (o possessoria) della filiazione che sotto mentite spoglie, veicolata dalla concezione volontaristica, riaffiora nella modernità».

[38] In precedenza, del resto, la problematicità di un intervento seccamente demolitorio era stata opportunamente segnalata da Busnelli, *Cosa resta della legge 40?* ecc., cit., 464 ss.

[39] Cfr. Nicolussi, *Fecondazione eterologa e diritto di conoscere le proprie origini* ecc., cit., 85 ss.

[40] Anche la contraddittorietà della motivazione della sent. n. 162/2014 a proposito del diritto del nato alla conoscenza delle origini biologiche è stata prontamente evidenziata da Nicolussi *Avvenire* del 12.6.2014.

[41] Cfr. Corte cost., sent. 22.11.2013, n. 278, in *Corr. giur.*, 2014, 471 ss., con nota di T. Auletta, *Sul diritto dell'adottato di conoscere la propria storia: un'occasione per ripensare alla disciplina della materia*; al riguardo v. anche l'ampia e documentata trattazione di Stefanelli, *Reversibilità del segreto della partoriente e accertamento della filiazione*, in *Giur. cost.*, 2013, 4031 ss., nonché i rilievi di Frontoni, *Il diritto del figlio a conoscere le proprie origini tra Corte EDU e Corte costituzionale*, in *AICRivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2013.

[42] Sempre con riferimento alla disciplina dell'anonimato della partoriente e al diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini nell'ordinamento italiano, v. infatti Corte eur. dir. uomo, 25.9.2012, ric. 33783/09, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, 103 ss., con nota di Long, *La Corte europea dei diritti dell'uomo censura l'Italia per la difesa a oltranza dell'anonimato del parto: una condanna annunciata*, nonché in *Fam. e dir.*, 2013, 537 ss., con nota di Currò, *diritto della madre all'anonimato e diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini. Verso nuove forme di temperamento*. In precedenza, ma con riferimento alla disciplina francese, v. anche Corte eur. dir. uomo, 13.2.2003, ric. 42326/98, in *Famiglia*, 2004, II, 1109 ss., con nota di Renda, *La sentenza O. c. Francia della Corte europea dei diritti dell'Uomo. Un passo indietro rispetto all'interesse a conoscere le origini biologiche*.

[43] Così Corte cost., sent. n.278/2013 cit. Il giudice delle leggi ha dunque riconosciuto che l'identità personale si costruisce anche - certo non solo! - a partire dal dato naturale, biologico, e cioè che il diritto di sapere chi si è non è

altra cosa rispetto al diritto ad essere se stessi, ma è una componente essenziale di quest'ultimo diritto. Nel senso invece che la biologia non sarebbe costitutiva della biografia della persona v. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, cit., 298 ss., sulla scorta di Remotti, *Contro l'identità*, Roma-Bari, 1996, 5, per il quale «l'identità è un fatto di decisioni»; nello stesso senso v. anche G. Pino, *L'identità personale*, in *Trattato di biodiritto* a cura di Rodotà e Zatti, I, *Ambito e fonti del biodiritto*, Milano, 2010, 297 ss.

[44] Così Ferrando, *La riproduzione assistita ecc.*, cit., 1074.

[45] Così Nicolussi, *Fecondazione eterologa e diritto di conoscere le proprie origini ecc.*, cit., 90.

[46] È noto che anche gli ordinamenti europei che garantiscono l'anonimato del donatore (v. nt. 14) prevedono comunque dei meccanismi che consentono almeno l'accesso alle informazioni non identificative, in special modo per ragioni inerenti la tutela della salute. E così, ad esempio, la legge spagnola del 2006 stabilisce tuttora che «los hijos nacidos tienen derecho... a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad» salvo i casi eccezionali in cui si deve scongiurare «un peligro cierto para la vida o la salud del hijo» o per consentire il rispetto di norme penali (art. 5 l. 26 maggio 2006, n. 14). La soluzione adottata dal legislatore francese del 1994 è ancora più rigorosa: il *Code de la santé publique* infatti che «un médecin – dunque non il nato da fecondazione eterologa – peut accéder aux informations médicales non identifiantes en cas de nécessité thérapeutique concernant un enfant conçu à partir de gamètes issus de don» (art. L1244-6 *Code*).

[47] In questo senso v. Sesta, voce cit., 7 s. Nel senso che, in forza della previsione dell'art. 8 cit., l'attribuzione dello stato di figlio avverrebbe in maniera automatica anche in caso di accesso alle tecniche di procreazione assistita da parte di una coppia non coniugata v. invece E. Quadri, *La nuova disciplina della procreazione assistita*, in *La fecondazione assistita. Riflessioni di otto grandi giuristi*, Milano, 2005, 49; Villani, *La procreazione assistita*, Torino, 2004, 104.

[48] Il problema è sollevato da Stefanelli, *Procreazione eterologa e azioni di stato*, contributo in corso di pubblicazione che si è potuto consultare per la cortesia dell'A.

[49] Cfr. Stefanelli, *Procreazione eterologa ecc.*, cit.

[50] Cfr. Sesta, voce cit., 8; Stefanelli, *Procreazione eterologa ecc.*, cit.

[51] Sesta, voce cit., 8, rileva pure che la donna che, nonostante la disposizione di legge, non consenta di essere nominata, non è comunque esposta all'incriminazione per il reato di alterazione di stato previsto dall'art. 567, comma 2, c.p., trattandosi di reato commissivo.

[52] Cfr. Stefanelli, *Procreazione eterologa ecc.*, cit.

[53] Così Sesta, voce cit., 7, che esclude la legittimazione della madre e ritiene senz'altro pacifica questa soluzione.

[54] Cfr. Nicolussi, *Fecondazione eterologa e diritto di conoscere le proprie origini* ecc., cit., 80 e 91.

[55] In senso affermativo v. Quadri, *La nuova disciplina della procreazione assistita*, cit., 154; Nicolussi, *Fecondazione eterologa e diritto di conoscere le proprie origini* ecc., cit., 80 e 91; Stefanelli, *Procreazione eterologa* ecc., cit. In senso negativo v. invece Sesta, voce cit., 7.

[56] Così Sesta, voce cit., 7.

[57] Cfr. Nicolussi, *Fecondazione eterologa e diritto di conoscere le proprie origini* ecc., cit., 82.

[58] Anche questa problematica è stata opportunamente sollevata da Stefanelli, *Procreazione eterologa* ecc., cit.

## **Conclusioni**

di  
**Enrico Moscati**

Le considerazioni degli autorevoli Colleghi che hanno partecipato a questo incontro di studio rendono meno arduo il compito di chi è chiamato a tirare le fila del discorso e che si trova di fronte a una sentenza della Corte Costituzionale di portata epocale, ma di cui non si conosce la motivazione, né tantomeno il dispositivo, in quanto da un comunicato dell’Ufficio Stampa della stessa Corte Costituzionale in data 9 aprile 2014 e dalle notizie apparse su quotidiani di varia tendenza risulta soltanto che è stata dichiarata l’illegittimità costituzionale di alcune norme della legge 19 febbraio 2004, n. 40, sulla procreazione medicalmente assistita, e precisamente del terzo comma dell’art. 4, del primo e del terzo comma dell’art. 9 e del primo comma dell’art. 12. Per quanto criticabile, non vi è dubbio che la legge n. 40 del 2004 aveva una sua organicità che non si comprende al momento in quale misura l’intervento demolitorio della Corte Costituzionale con la sentenza di cui non si conoscono esattamente i contenuti ha modificato, né è dato sapere, sempre al momento, in quale misura l’abrogazione del divieto di fecondazione eterologa renderà necessario un ulteriore coordinamento con le disposizioni del codice civile e della legislazione speciale che già si poneva di fronte alla legge n. 40 del 2004. Comunque, per farla breve, le questioni aperte dalla sentenza della Corte Costituzionale, nella parte in cui ha abrogato il divieto di fecondazione eterologa, sono sostanzialmente tre: lo stato giuridico del nato da fecondazione eterologa, il problema della rimozione dello *status* non corrispondente alla verità biologica e il diritto di accesso ai dati dei genitori biologici. A tali interrogativi si deve aggiungere un ulteriore problema che riguarda un aspetto che la legge n. 40 del 2004 non aveva affrontato e, cioè, la questione dei diritti successori dell’embrione a seguito di impianto nell’utero materno dopo l’apertura della successione del padre, la quale è un problema molto sentito anche in altre esperienze giuridiche, come, ad esempio, si riscontra in quella francese. In buona sostanza, l’abrogazione del divieto di fecondazione eterologa diviene l’occasione per rivedere anche alcuni principi del diritto successorio.

Il primo problema che, sia pure ragionando per forza di cose al buio, è posto dalla sentenza della Corte Costituzionale è quello dello stato giuridico di chi nasce a seguito di fecondazione eterologa. L’interrogativo è il seguente. Al nato è applicabile puramente e semplicemente l’art. 8 della legge n. 40 del 2004 pensato dal legislatore del 2004 per il caso della fecondazione omologa ovvero è necessario un intervento del legislatore ordinario su questo specifico punto? Infatti, è noto che prima dell’abrogazione dell’art. 8 la norma non era estensibile alla fecondazione eterologa. Tanto per dirne una, trattandosi di fecondazione

eterologa i genitori "legali", se la nascita avviene in costanza di matrimonio, hanno o no l'onere di comunicare all'ufficiale dello stato civile che il nato è il proprio figlio legittimo? O l'acquisto dello *status* è automatico con la nascita? Poiché l'art. 8 della legge n. 40 del 2004 aveva adottato il principio automatico che il nato da fecondazione omologa ha lo *status* di figlio (legittimo o naturale) se la coppia aveva espresso la volontà di ricorrere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, è da chiedersi se per estendere l'art. 8 al nato a seguito di fecondazione eterologa occorra un coordinamento con la disciplina codicistica: ad esempio, se la coppia che ha fatto ricorso alla fecondazione eterologa non è unita in matrimonio, è necessario o no il riconoscimento da parte dell'uomo e/o della donna affinché il nato abbia lo *status* di figlio naturale riconosciuto dell'uno e/o dell'altra? Mauro Orlandi ed Enrico Del Prato danno a quest'ultimo interrogativo una risposta negativa, nel senso che non è necessario un intervento del legislatore ordinario in quanto l'acquisizione dello *status* di figlio è automatica anche in caso di fecondazione eterologa.

La seconda questione è quella relativa alla possibilità di rimozione dello *status* di figlio non corrispondente alla verità biologica della filiazione e del conseguente accertamento dello *status* biologico. In altre parole, deve essere garantita anche al nato da fecondazione eterologa una qualche forma di tutela dei profili identitari? Quale significato deve attribuirsi a livello di sistema all'abrogazione del primo e del terzo comma dell'art. 9 della legge n. 40 del 2004? E' necessario un intervento del legislatore ordinario anche su questo punto? Quali sono le direttive costituzionali alle quali un simile intervento dovrebbe conformarsi? Qui appare opportuna una distinzione tra l'eventuale legittimazione attiva dei genitori "legali" e la legittimazione attiva del figlio. Per quanto riguarda i genitori "legali", non è facile dare una risposta poiché non si conosce in quale misura la Corte Costituzionale sia intervenuta sul primo comma dell'art. 9 della legge n. 40 del 2004. In altri termini, è da verificare se il primo comma sia stato abrogato nella sua totalità ovvero soltanto nella parte in cui fa riferimento alla violazione del divieto di cui al terzo comma dell'art. 4. Infatti, se fosse quest'ultima la soluzione, come ritiene Michele Sesta, gran parte dei problemi sarebbe risolta, in quanto anche nei confronti del nato da fecondazione eterologa si applicherebbe il divieto da un lato di disconoscimento della paternità e dall'altro di impugnare il riconoscimento del figlio naturale per difetto di veridicità. Ma questo non lo sappiamo perché non si conosce al momento che cosa abbia statuito esattamente la Corte Costituzionale in riferimento al primo comma dell'art. 9. Va anche detto che il primo comma dell'art. 9 della legge n. 40 del 2004 nella sua originaria formulazione aveva una sua logica in quanto, essendo le azioni di stato irrinunciabili, si era resa necessaria una specifica previsione legislativa per giustificare l'esclusione della possibilità del disconoscimento del figlio nato da fecondazione eterologa, esclusione motivata dagli interpreti dell'epoca con la considerazione che, essendo vietata, la fecondazione eterologa costituiva un fatto

illecito. In altre parole, il divieto legislativo veniva giustificato in funzione del principio della coerenza dalla condotta (il c.d. divieto di venire *contra factum proprium*) il quale, come è noto, è un principio non scritto ma comunemente accolto dalla maggioranza degli interpreti. Essendo caduto il divieto di fecondazione eterologa, continuare a richiamarsi al principio della coerenza della condotta da parte dei genitori sarebbe addirittura un fuor d’opera. Diversa invece la soluzione per quanto riguarda il figlio nato da fecondazione eterologa. Gli autorevoli relatori che mi hanno preceduto sono stati concordi nel ritenere che il figlio possa chiedere che la verità prevalga sull’apparenza nel senso di una sua legittimazione a dimostrare di non essere figlio dei genitori “legali”, ma di avere un genitore biologico. Va comunque tenuto presente al fine della soluzione da adottare un possibile uso distorto delle azioni di stato da parte del figlio. Questo diritto del figlio a risalire al genitore biologico, che fa parte del più ampio quadro dei diritti della personalità, potrebbe rispondere in più di un caso a interessi poco commendevoli del figlio qualora dovesse essere finalizzato a perseguire un vantaggio patrimoniale, soprattutto nell’ipotesi in cui il donatore del seme fosse una persona particolarmente facoltosa.

Pur con questo limite strutturale il diritto del figlio di conoscere la propria identità biologica è un problema che non può essere trascurato anche se è di difficile attuazione sul piano pratico. Come ha ricordato Emanuele Bilotti in riferimento a una sentenza della Corte di Appello di Hamm, il problema è stato risolto in altri ordinamenti a livello legislativo disponendo che le strutture sanitarie, nelle quali viene praticata la fecondazione eterologa, hanno l’obbligo di conservare per trent’anni i dati che si riferiscono al donatore. In molti casi, infatti, l’interesse del figlio nato da fecondazione eterologa non è di natura patrimoniale, ma ha natura diversa, in quanto, ad esempio, il figlio intende conoscere lo stato di salute del donatore del seme al fine di prendere eventuali precauzioni per quanto riguarda la propria persona. E’ questo un punto su cui anche il legislatore italiano dovrebbe intervenire in modo da consentire al figlio di conoscere la verità. Al nato da fecondazione eterologa deve infatti essere garantita una tutela minimale rappresentata dall’accesso ai dati relativi all’identità dei genitori biologici. Ma in che modo deve essere garantito questo diritto? Nello stesso modo in cui è ora garantito in caso di adozione? O in altro modo? Quali sono le direttive costituzionali alle quali si dovrebbe conformare l’intervento del legislatore ordinario? Sono questi gli interrogativi che attendono una risposta.

Per concludere, va ricordato un aspetto che nella legge n. 40 del 2004 non è stato in alcun modo preso in considerazione. Come è noto, la legge n. 40 del 2004 tutela l’embrione; secondo una parte della dottrina l’embrione può essere equiparato al concepito, tanto è vero che si parla di soggettività dell’embrione e di una terza ipotesi di filiazione, quella artificiale, che si aggiunge alla filiazione in costanza di matrimonio e alla filiazione naturale. Tuttavia, vi è un problema che non è esclusivo dell’esperienza italiana: la tutela dell’embrione prima

dell'impianto. In altri termini, l'embrione è da considerarsi in ogni caso alla stregua di un concepito oppure no? E ciò tanto più che ai sensi del terzo comma dell'art. 6 della legge n. 40 del 2004 la volontà di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita può essere revocata "fino al momento della fecondazione dell'ovulo". E' opinione diffusa che l'embrione sia da considerarsi concepito solo dopo l'impianto e che prima di tale momento non goda di alcuno *status* di figlio con la conseguenza che prima dell'impianto non sarebbe ammissibile neanche un suo riconoscimento come figlio naturale. Come si è accennato poc'anzi, il problema più delicato riguarda la tutela successoria dell'embrione che sia impiantato nell'utero della donna dopo l'apertura della successione del padre. Trattandosi di impianto *post-mortem*, l'embrione una volta nato ha lo *status* di figlio, ma non può succedere perché concepito dopo l'apertura della successione. Il problema è comune all'ordinamento francese. Infatti, sia nel *Code civil* che nel codice civile italiano vi è una norma che non consente in questi casi al nato da fecondazione artificiale di acquisire diritti successori pur avendo lo *status* di figlio legittimo del genitore defunto. In particolare, è noto che l'art. 462 del codice civile italiano stabilisce che la capacità di succedere spetta soltanto ai nati e ai concepiti al momento dell'apertura della successione, mentre l'embrione crio-conservato, che sia impiantato dopo la morte del padre, non può essere considerato come già concepito "al momento dell'apertura della successione", a meno che non si acceda a un'interpretazione estensiva dell'art. 462. Si ha pertanto una contraddizione interna del sistema in quanto, pur avendo lo *status* di figlio legittimo, il nato da procreazione medicalmente assistita è escluso dal novero degli eredi. E' questo un problema che ovviamente è comune alla fecondazione omologa e a quella eterologa. L'abrogazione del divieto della fecondazione eterologa potrebbe costituire l'occasione per un ripensamento di un aspetto così controverso della materia successoria, che con un'interpretazione formalistica della legge dà luogo a conseguenze eticamente inammissibili e inique in quanto solo all'embrione impiantato prima dell'apertura della successione sono attribuibili diritti successori.

**Note in tema di responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione. (commento a Consiglio di Stato, sez. III, 20 marzo 2014 n. 1365)**

*di*

**Mario Palma**

**Abstract**

La sentenza in commento affronta il tema della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione a seguito dell'impugnazione della dichiarazione di inefficacia dell'atto di nomina di un promotore all'interno di un procedimento di realizzazione di opere pubbliche mediante project financing.

Il tema della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione è stato oggetto di una lunga e profonda evoluzione. Parte della giurisprudenza amministrativa ha infatti elaborato la tesi della responsabilità da contatto amministrativo; secondo tale orientamento, la responsabilità civile in capo all'amministrazione, ivi compresa la responsabilità precontrattuale, ha natura contrattuale nelle ipotesi di violazione degli obblighi procedurali. Tuttavia, la giurisprudenza amministrativa maggioritaria ha accolto la tesi della natura extracontrattuale della responsabilità precontrattuale, sostenuta anche dalla Cassazione. La sentenza in commento non sembra riconoscere in capo al ricorrente una posizione qualificata ai fini della configurabilità della responsabilità precontrattuale della p.a. in ragione della legittimità dell'attività provvedimento posta in essere dall'amministrazione. Tale pronuncia sembra contrastare con la più recente giurisprudenza amministrativa secondo cui la valutazione della responsabilità precontrattuale della p.a. prescinde dalla valutazione della legittimità dell'atto.

*The decision under review addresses the issue of pre-contractual liability of public administration arising from the challenge of the declaration of ineffectiveness of a promoter appointment deed within a proceeding concerning the performance of public works through project financing.*

*The theme of pre-contractual liability of public administration has been subject to a long and deep evolution. Indeed, part of the administrative case law has developed the theory of liability due to "contacts with public administration" ("responsabilità da contatto amministrativo"); according to such approach, the civil liability of a public administration, including the pre-contractual liability, is a contractual liability in cases of violation of procedural obligations. However, the majority administrative case law has supported the thesis of non-contractual nature of the pre-contractual liability, as also supported by the Supreme Court. The decision at issue does not seem to recognize to the applicant a qualified position for the configurability of the pre-contractual liability of the*

*administration due to the legality of the activities of the public administration within the proceeding. This decision appears to be in contrast with the recent administrative case law according to which the evaluation of pre-contractual liability of the public administration is independent from the assessment of the legality of the acts.*

**Sommario:** 1. La sentenza n. 1365 del 20 marzo 2014 della III sezione del Consiglio di Stato. - 2. La responsabilità precontrattuale della p.a.: natura giuridica e ambito applicativo. - 3 La legittimità dell'attività amministrativa e la posizione del terzo idonea a generare affidamento.

### **1. La sentenza n. 1365 del 20 marzo 2014 della III sezione del Consiglio di Stato.**

La sentenza n. 1365 del 20 marzo 2014 della III sezione del Consiglio di Stato affronta nuovamente la problematica della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione.

Il quadro normativo in cui la decisione del Consiglio di Stato si pone è quello delle procedure di realizzazione di opere pubbliche mediante *project financing* ai sensi della disciplina di cui alla legge n. 109/94 [1].

Nel caso in commento le società appellanti avevano originariamente presentato in data 29/6/01, alla ASL SA/1 una proposta di costruzione di un nuovo complesso ospedaliero da realizzarsi nel comune di Cava dé Tirreni, proposta che veniva inviata anche alla Regione Campania per sondare la disponibilità a cofinanziarne il progetto e che la ASL inseriva ai fini della sua realizzazione nel programma triennale dei lavori 2001-2003; successivamente, con delibera n. 1447 del 31/10/2001, la ASL stabiliva di nominare una commissione interna con il compito di esaminare gli aspetti finanziari dell'opera; infine, con delibera n. 1726 del 13/12/01 dichiarava la proposta delle ricorrenti di pubblico di interesse e le nominava "promotore" del progetto.

Tuttavia, la ASL, con nota n. 845 del 29/1/02, comunicava che l'Assessorato regionale alla Sanità riteneva che la proposta non potesse essere presa in considerazione in assenza del piano sanitario regionale; conseguenzialmente, la ASL, con delibera n. 1854 del 31/12/01, revocava la precedente delibera n. 1726. Con ulteriore delibera n. 542/02 la precedente deliberazione del 31.12.01 veniva modificata, precisando che tale provvedimento non aveva ad oggetto la revoca della nomina di promotore, bensì la declaratoria di inefficacia della nomina in conseguenza alla mancata autorizzazione regionale.

Avverso tali atti le società che avevano presentato il progetto ricorrevano al TAR Campania chiedendone l'annullamento ed il risarcimento dei danni.

Il TAR Campania Salerno, con la sentenza n. 91 del 2004, rigettava le domande proposte, ritenendo che correttamente l'amministrazione non potesse prescindere, per la realizzazione delle opere proposte dalle società private, dalla pianificazione regionale ai sensi della legge n. 132/68.

Il TAR precisava che l'amministrazione non era incorsa in responsabilità nel momento in cui aveva avviato un procedimento del *project financing* senza prima acquisire l'autorizzazione regionale e ciò in quanto, a parere del giudice di primo grado, l'illegittimità del comportamento dell'amministrazione è indispensabile per ottenere il risarcimento e poichè i provvedimenti impugnati erano legittimi, la pretesa risarcitoria risultava essere infondata.

Avverso la decisione del TAR Campania, le società ricorrenti presentavano appello dinanzi al Consiglio di Stato.

Le parti appellanti affermavano che dal tenore dei provvedimenti adottati dalla ASL si evinceva che il comportamento della Azienda Sanitaria aveva generato un forte affidamento in ordine alla positiva conclusione della procedura di *financing* [2] e che la nomina del promotore non era mai stata condizionata al rilascio della autorizzazione regionale.

Il comportamento dell'amministrazione secondo gli appellanti concretizzava, di conseguenza, una violazione del principio che impone alle parti di comportarsi secondo correttezza e buona fede ai sensi dell'art. 1337, violazione da cui sarebbe derivata una responsabilità di tipo precontrattuale in capo alla p.a..

La III sezione del Consiglio di Stato, con la decisione n. 1365 del 20 marzo 2014, ha rigettato l'appello proposto, poiché il giudice amministrativo ha rilevato come l'amministrazione sanitaria non avesse, ai sensi di legge, il potere di nominare il soggetto promotore senza la previa autorizzazione regionale ai sensi della legge n. 132/68, che rende vincolante la previa pianificazione a livello regionale della rete ospedaliera.

Il Consiglio di Stato ha ritenuto che le delibere dell'ASL Sa1 n. 1477 del 31 ottobre 2001 e n. 1726 del 13 dicembre 2001, che subordinavano, rispettivamente, l'efficacia della nomina del promotore alla condizione sospensiva del rilascio dell'autorizzazione regionale ed alla valutazione positiva degli aspetti tecnici e finanziari, non lasciassero dubbi ai soggetti privati presentatori circa la necessità di successive valutazioni ai fini del consolidarsi della loro posizione di promotori.

Il giudice di appello ha inoltre rilevato che il progetto proposto non ha mai ottenuto la dichiarazione di pubblica utilità, ritenendo, di conseguenza, che non si fosse concretizzato nessun affidamento sulla possibile realizzazione del progetto.

Gli appellanti avevano, con ulteriore motivo di appello, sostenuto che, anche ove il provvedimento di revoca (*rectius* di dichiarazione di inefficacia) della nomina a promotore fosse stato legittimo, la domanda risarcitoria avrebbe dovuto comunque essere accolta, in quanto la ASL sarebbe incorsa in responsabilità per violazione dei principi di correttezza e buona fede nelle attività precontrattuali, nel momento in cui aveva avviato un procedimento di *project financing*, senza

prima acquisire l'autorizzazione regionale. Sul punto, il Consiglio di Stato ha ritenuto infondate le eccezioni degli appellanti in ragione del potere riconosciuto all'amministrazione, ai sensi dell'art. 21-*quinquies* della legge n. 241 del 1990, di revocare, per sopravvenuti motivi di pubblico interesse oppure nel caso di mutamento della situazione di fatto o di una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, un precedente provvedimento amministrativo quando ciò avvenga prima del consolidarsi delle posizioni delle parti.

In tal senso, il Consiglio di Stato ha rilevato che nel caso in commento, a seguito della statuizione di inefficacia della nomina del promotore disposta dalle deliberazioni dell'amministrazione sanitaria oggetto di impugnazione in primo grado, non sussiste alcuna lesione di una situazione giuridicamente protetta a seguito della mancata scelta, in quanto solo in ragione del consolidarsi della nomina si determina una immediata posizione di vantaggio per il soggetto prescelto e si concretizzano obblighi in capo all'amministrazione.

Dalla lettura della sentenza in commento emergono alcuni profili problematici, in particolare in relazione alla rilevanza dell'illegittimità dell'attività amministrativa come elemento pregiudiziale per l'accertamento della responsabilità precontrattuale e all'individuazione dei comportamenti che determinano il sorgere della responsabilità precontrattuale.

## **2.La responsabilità precontrattuale della p.a.: natura giuridica e evoluzione.**

La responsabilità precontrattuale è disciplinata dall'art 1337 c.c.; tale disposizione, tuttavia, si limita a affermare che le parti debbano comportarsi secondo buona fede.

La dottrina ha nel tempo elaborato l'interpretazione dell'articolo 1337 al fine di determinare quale fosse l'ambito di operatività della norma [3].

Sulla base dell'obbligo di agire secondo lealtà e correttezza sono stati identificati una serie di comportamenti, sia positivi che negativi, da tenere ai sensi dell'art. 1337 c.c.

In una prima fase, l'interpretazione della norma citata era maggiormente restrittiva limitando l'ambito di applicazione della disposizione di cui all'art. 1337 alle sole ipotesi in cui la violazione degli obblighi di buona fede avesse quale risultato la stipula di un contratto invalido.

Successivamente, la giurisprudenza ha ampliato la portata della disposizione includendo la fattispecie della responsabilità per recesso ingiustificato dalle trattative; in particolare, la responsabilità sorge ove il comportamento di una delle parti abbia ingenerato nella controparte un ragionevole affidamento alla conclusione del contratto [4].

L'agire secondo buona fede impone inoltre ai sensi dell'art. 1338 c.c. [5] l'obbligo per la parti di fornire tutte le informazioni relative a possibili cause di invalidità del contratto [6].

Infine, va rilevato come ai sensi degli art. 1440 c.c., [7] che disciplina la fattispecie del c.d. dolo incidente, può sussistere una ipotesi di responsabilità precontrattuale anche a fronte di un contratto validamente stipulato [8].

Dunque, più in generale, secondo la giurisprudenza, l'art. 1337 c.c. non si riferisce alla sola ipotesi della rottura ingiustificata delle trattative, ma ha valore di clausola generale, [9] il cui contenuto non può essere predeterminato in modo preciso [10].

Circa la natura della responsabilità precontrattuale sussistono in dottrina e giurisprudenza due tesi: una prima tesi qualifica la responsabilità precontrattuale come responsabilità aquiliana; una seconda ritiene che la responsabilità precontrattuale abbia natura contrattuale [11].

È di tutta evidenza come la natura della responsabilità precontrattuale abbia una seria ricaduta in ambito applicativo.

La tesi della responsabilità contrattuale trova la sua giustificazione dal combinato disposto degli articoli 1337 e 1338 c.c. [12]; la fonte della responsabilità è rappresentata dalla violazione degli obblighi nascenti tra le parti in conseguenza del "contatto sociale qualificato", derivante dall'avvio delle trattative.

L'avvio delle trattative, dunque, è fatto idoneo a far sorgere l'obbligazione di comportarsi secondo buona fede [13].

Un diverso filone interpretativo afferma inoltre l'autonomia della responsabilità precontrattuale quale *tertium genus* [14]; tale argomentazione trova la sua giustificazione nella considerazione che le norme di cui agli art. 1337 e 1338 c.c. sarebbero state introdotte per la tutela di fattispecie specifiche che non possono essere ricondotte alle ipotesi della responsabilità contrattuale o extracontrattuale [15].

Infine, qualora si propenda per la natura aquiliana [16] ex art. 2043 della responsabilità precontrattuale, deve conseguenzialmente sottolinearsi come non essendovi ancora un contratto la responsabilità precontrattuale derivante dal mancato rispetto del precetto della buona fede non possa essere riconducibile alla violazione di obblighi giuridici, bensì, ovviamente alla violazione del principio generale del *neminem laedere* [17].

Circa la natura della responsabilità precontrattuale della p.a. la giurisprudenza amministrativa ha a sua volta offerto il proprio rilevante contributo.

Va, infatti, rilevato come parte della giurisprudenza amministrativa abbia elaborato la tesi della responsabilità da contatto amministrativo [18]; tale tesi, che richiama la teoria del contatto sociale qualificato, ha configurato la responsabilità civile in capo all'amministrazione, ivi comprese le fattispecie di responsabilità precontrattuale, come avente natura contrattuale nelle ipotesi di violazione degli obblighi procedurali [19].

Tuttavia, la giurisprudenza amministrativa maggioritaria ha accolto la tesi della natura extracontrattuale [20] della responsabilità precontrattuale, sostenuta dalla Corte di Cassazione sin dalla sentenza n. 500/99 [21].

In relazione allo specifico caso della responsabilità precontrattuale [22] della pubblica amministrazione, va inoltre determinato quale sia l'ambito di operatività della norma nell'attività amministrativa [23].

Indirizzi giurisprudenziali più risalenti [24] non consentivano di configurare ipotesi di responsabilità precontrattuale in capo alla pubblica amministrazione [25] in quanto si riteneva precluso indagare in merito alla configurabilità di tale fattispecie in ragione dell'insindacabilità della discrezionalità amministrativa.

Successivamente, la giurisprudenza ha ammesso che la responsabilità precontrattuale si potesse configurare, ma solo nell'ipotesi in cui l'amministrazione adottasse, quale modalità di selezione del contraente, la trattativa privata.

Secondo la tesi esposta, dinanzi all'esercizio del potere discrezionale della p.a. funzionale alla scelta del contraente mediante un procedimento amministrativo, il soggetto partecipante alla procedura è titolare di una mera posizione di interesse legittimo, che esclude in radice il dispiegarsi di una relazione negoziale nel cui ambito possa configurarsi la violazione del dovere dell'agire secondo buona fede [26].

L'estensione da parte della giurisprudenza dell'operatività dell'istituto della responsabilità precontrattuale alle fattispecie dei procedimenti ad evidenza pubblica per la scelta del contraente, pur se ammessa in tempi più recenti, venne comunque limitata alla condizione che tale scelta fosse effettivamente avvenuta con l'aggiudicazione definitiva da parte della p.a. [27].

Tale orientamento, ponendosi nel solco della precedente impostazione, ammette infatti l'applicabilità della responsabilità precontrattuale ai procedimenti ad evidenza pubblica in quanto con l'aggiudicazione definitiva si instaurerebbe quel rapporto personalizzato tra privato e p.a. ritenuto necessario per configurare le trattative [28] e la conseguente responsabilità precontrattuale.

Va rilevato come tale tesi trovi la propria giustificazione nella concezione "binaria" del procedimento di scelta del contraente, regolato per una parte dalle norme procedurali amministrative e per la fase successiva dalle disposizioni che regolano le trattative tra soggetti posti in posizione paritaria [29].

La recente giurisprudenza amministrativa sembra però superare tale impostazione; in tal senso la sentenza n. 4236 del 2012 della VI sezione del Consiglio di Stato, che, superando ai fini della configurabilità della responsabilità precontrattuale la rigida concezione binaria del procedimento di scelta del contraente [30], afferma che «tale modello non rappresenta un ostacolo all'applicazione delle regole della responsabilità precontrattuale. Si è, infatti, in presenza di una formazione necessariamente progressiva del contratto, non derogabile dalle parti, che si sviluppa secondo lo schema dell'offerta al pubblico. Non è, dunque, possibile scindere il momento di sviluppo del procedimento negoziale limitando l'applicazione delle regole di responsabilità precontrattuale

alla fase in cui il “contatto sociale” viene individualizzato con l’atto di aggiudicazione» [31].

### **3. La legittimità dell'attività amministrativa e la posizione del terzo idonea a generare affidamento.**

Nella sentenza n. 1365/14 in commento si analizzano due distinti profili legati alla responsabilità precontrattuale dell’amministrazione.

Un primo profilo si diparte dalla valutazione della legittimità degli atti impugnati; tale profilo è esaminato per valutare se dall’*iter* procedimentale seguito possano emergere profili di responsabilità precontrattuale come asserito dagli appellanti.

Il Consiglio di Stato analizza, in particolare, il problema concernente le conseguenze della violazione dell’obbligo dell’amministrazione sanitaria di attenersi alle decisioni della Regione Campania in materia di rete ospedaliera, obbligo sancito dalle disposizione della legge n. 132/68.

Secondo la ricostruzione operata dal Consiglio di Stato, l’amministrazione sanitaria ha correttamente subordinato la scelta definitiva del soggetto promotore all’ autorizzazione regionale.

Un secondo profilo concerne la sussistenza della responsabilità precontrattuale prescindendo dalla valutazione dell’illegittimità degli atti impugnati, quale manifestazione dunque della mera violazione degli obblighi comportamentali di buona fede.

In merito a entrambi i profili la decisione del Consiglio di Stato segue il medesimo approccio interpretativo, che non riconosce ai privati appellanti una posizione idonea all’insorgere dell’affidamento, con la conseguente responsabilità.

Nella sentenza in commento si afferma, infatti, che «la ASL non aveva alcuna autonoma possibilità di approvare e realizzare il progetto che rientrava nella pianificazione regionale, atteso anche, sotto altro profilo, che l’istituto del *project financing* non può ritenersi svincolato, a mente della legge n. 109/1994, art. 37-ter, dalla normativa di settore, essendo imposto alla amministrazione di verificare l’assenza di elementi ostativi alla realizzazione dell’opera».

L’inefficacia della deliberazione con cui la società proponente era nominata promotore deriva dal rispetto degli obblighi di legge da parte dell’amministrazione sanitaria; da qui discende la legittimità del provvedimento assunto in autotutela di revoca (di dichiarazione di inefficacia della nomina).

Il Consiglio di Stato sul punto sostiene che «Dunque, nel caso di specie la scelta del promotore può considerarsi come mai intervenuta, essendo essa stata comunque subordinata, nella deliberazione n. 1477 del 31 ottobre 2001 ( non impugnata ), alla “formale propedeutica autorizzazione alla realizzazione dell’opera” e, nella successiva deliberazione n. 1726 del 13 dicembre 2001 ( che, anch’essa non impugnata, non dà comunque conto dello stato del procedimento autorizzatorio regionale avviato con la precedente deliberazione n. 1477 ), “alla

positiva valutazione e/o definizione degli aspetti tecnici e finanziari della proposta intervenuta».

Il Supremo giudice amministrativo ha ritenuto che nessuna responsabilità potesse derivare in capo all'amministrazione per l'effetto della revoca, in quanto correttamente la p.a. si è attenuta alle disposizioni di legge regolanti la materia.

Invero, la valutazione circa la legittimità degli atti posti in essere dall'amministrazione sanitaria è solo uno degli elementi presi in considerazione dal supremo giudice amministrativo; va rilevato, infatti, che il Consiglio di Stato sottolinea come il possibile sacrificio degli interessi privati derivante dal rispetto degli obblighi di legge sia stato costantemente portato all'attenzione dei proponenti il progetto.

Il Consiglio di Stato sottolinea come il comportamento tenuto dall'amministrazione non possa avere ingenerato nel privato un affidamento proprio in ragione delle particolarità del procedimento di formazione della decisione della p.a. in materia di scelta del promotore in ambito di *project financing*, peraltro rese note ai privati nelle deliberazioni impugnate [32].

Tale punto rimane fermo anche con riferimento al secondo motivo di ricorso esaminato nella sentenza in commento, che concerne il problema della configurazione della responsabilità precontrattuale della p.a. in ragione del contegno tenuto dall'amministrazione, a prescindere dall'illegittimità degli atti impugnati.

Sul punto la sentenza in commento appare significativa: «Essendo peraltro solo l'atto di scelta del promotore idoneo a determinare una immediata posizione di vantaggio per il soggetto prescelto, nessuna lesione di una situazione giuridicamente protetta può ravvisarsi nella mancata scelta facente seguito alla statuizione di inefficacia delle anzidette deliberazioni per effetto della mancata inclusione dell'opera nel piano sanitario regionale; sì che alcun legittimo affidamento può dirsi insorto in capo all'odierna appellante e nessuna lesione, come tale risarcibile, di siffatto affidamento può ravvisarsi».

Al soggetto nominato sotto condizione sospensiva non viene riconosciuta, in ragione della normativa regolante la materia, una posizione che possa ingenerare legittimo affidamento in mancanza dei requisiti fondamentali consistenti nelle valutazioni tecniche e finanziarie e dell'autorizzazione regionale.

Prima ancora della valutazione del comportamento tenuto dalla p.a., il Consiglio di Stato sembra negare, in ragione della valutazione della posizione del soggetto proponente in rapporto alle settoriali disposizioni di legge, la sussistenza di una posizione qualificata che possa integrare la fattispecie della responsabilità precontrattuale.

Non sembra in questo caso sussistere un contatto individualizzato tra p.a. e soggetto privato proponente il progetto, idoneo a configurare la sussistenza di trattative.

Da tale ricostruzione interpretativa emergono due aspetti problematici: in primo luogo, l'orientamento esposto nella sentenza in commento sembra contrastare con gli asserti di quella giurisprudenza che ammette la responsabilità precontrattuale anche nei confronti di quei soggetti che non abbiano ottenuto l'aggiudicazione definitiva in una procedura ad evidenza pubblica, in ragione della natura di fattispecie progressiva del procedimento di formazione della scelta del contraente [33].

La posizione del promotore sottoposto a condizione sospensiva e dei soggetti partecipanti a procedura di evidenza pubblica a cui l'appalto non è stato aggiudicato sembra essere la medesima.

In entrambi i casi, infatti, il procedimento amministrativo risulta essere avviato e l'amministrazione, pur non impegnandosi a concludere il contratto con il soggetto privato, ha comunque intrattenuto con questi una serie di rapporti valutabili secondo il criterio della buona fede, anche se non si è giunti ad una fase che può tecnicamente definirsi come di trattativa, mancando il rapporto personalizzato tra privato e p.a..

Di ciò sembra essere consapevole anche il Consiglio di Stato, che non si limita ad affermare che i privati appellanti non sono titolari di una posizione che può ingenerare affidamento, ma sottolinea il corretto contegno tenuto dalla p.a. soprattutto in relazione al rispetto degli obblighi di comunicazione alle parti private delle informazioni ostative al completamento della procedura di nomina a promotore.

Sul punto, il Consiglio di Stato ha affermato che «è opinione comune che ai fini della responsabilità precontrattuale ex art. 1337 cod. civ. la "buona fede" va intesa in senso oggettivo non soggettivo e psicologico» [34].

Il contegno tenuto dall'amministrazione è elemento di valutazione fondamentale ai fini dell'accertamento della responsabilità precontrattuale.

Il Consiglio di Stato prende in esame i comportamenti posti in essere dall'amministrazione, pur se incidentalmente rispetto alla valutazione della posizione qualificata del soggetto privato, riconoscendo il ruolo che la valutazione del contegno tenuto dalla p.a. assume per il rispetto del canone della buona fede. Nel caso di specie, il rispetto del criterio della buona fede viene collegato dal Consiglio di Stato alla completezza delle informazioni che l'amministrazione ha fornito al soggetto promotore privato, senza nascondere la possibilità di una eventuale dichiarazione di inefficacia degli atti di nomina.

Tale posizione è, invero, coerente con quanto affermato dalla giurisprudenza amministrativa in precedenti pronunce che identificavano il rispetto del canone di buona fede con la completa e tempestiva comunicazione al privato delle informazioni necessarie a salvaguardare la sua posizione [35].

La trasmissione di tutte le informazioni al privato impedirebbe il consolidamento in capo a questi dell'incolpevole e legittimo affidamento sulla conclusione del procedimento.

Va rilevato che la giurisprudenza in relazione all'accertamento della responsabilità precontrattuale abbia preso in considerazione anche il contegno del terzo; la diligenza del privato e la conoscibilità delle circostanze ostative è anch'esso elemento valutabile ai fini dell'accertamento della responsabilità precontrattuale [36].

L'art. 1337 c.c. mira, infatti, a tutelare il contraente di buona fede che non conosce le cause che impediscono il soddisfacimento dei suoi interessi né può conoscerle con l'ordinaria diligenza [37].

Infine, non può non rilevarsi che secondo la giurisprudenza amministrativa la valutazione della responsabilità precontrattuale della p.a. prescinde dalla valutazione della legittimità dell'atto.

Ciò che rileva ai fini della sussistenza della responsabilità precontrattuale della p.a. non è la legittimità dell'atto, bensì la correttezza del comportamento tenuto dall'amministrazione in relazione al canone della buona fede ex art. 1337 c.c. [38].

Sul punto è stato condivisibilmente affermato che: «nel corso degli anni più recenti è andato formandosi un ordinamento giurisprudenziale secondo cui, ai fini della configurabilità della responsabilità precontrattuale della p.a., non si deve tener conto della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica cristallizzato nel provvedimento amministrativo, bensì della correttezza del comportamento complessivamente tenuto dall'Amministrazione durante il corso delle trattative e della formazione del contratto, alla luce dell'obbligo delle parti di comportarsi secondo buona fede ai sensi dell'art. 1337 c.c.» [39].

La valutazione della legittimità degli atti impugnati, alla luce della massima citata, non può avere l'effetto di denegare la legittimazione dei privati coinvolti nel procedimento volto a richiedere il risarcimento dei danni per violazione del canone della buona fede precontrattuale, sulla scorta dell'affidamento ingenerato da comportamenti univoci della p.a. ai fini del perfezionamento del contratto; l'eventuale esclusione di profili di responsabilità è certamente ammissibile, ma solo a seguito della valutazione del contegno tenuto dalla p.a. alla luce del criterio di buona fede ai sensi dell'art. 1337 c.c.

---

Note:

[\*] Il presente contributo è stato preventivamente sottoposto a referaggio anonimo affidato ad un componente del Comitato di Referee secondo il Regolamento adottato da questa Rivista.

[1] In materia di *project financing* v. l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 28 gennaio 2012 n. 1; in merito, il Consiglio di Stato afferma che: «nella procedura del project financing piuttosto che individuarsi due serie sub - procedurali collegate ed autonome (l'una di selezione del progetto di pubblico interesse; l'altra di gara ad evidenza pubblica sulla base proprio del progetto dichiarato di

pubblica utilità), deve piuttosto configurarsi una fattispecie a formazione progressiva, in cui lo scopo finale (cioè l'aggiudicazione della concessione al soggetto che propone di realizzare l'opera col sistema economicamente più vantaggioso) si realizza attraverso le descritte (e progressive) fasi che non sono solo funzionalmente collegate (tra di loro proprio in funzione dello scopo), ma sono biunivocamente interdipendenti, così che la prima non è logicamente e giuridicamente concepibile senza la seconda e viceversa, con la ulteriore e definitiva conseguenza che esse non sono giuridicamente autonome, non potendo essere separate tra di loro a pena della stessa esistenza della procedura».

[2] In materia di *project financing* v. almeno, G. Armao, *Project financing: aspetti normativi e finanziari*, Gruppo editoriale D'Agostino, 2001; M. Baldi - G. De Marzo, *Il project financing nei lavori pubblici*, Ipsoa, 2001; F. Amatucci, *Il Project Finance nelle aziende pubbliche*, Egea, 2002; M. Baldi *La disciplina delle concessioni e del project financing dopo la legge 166/2002*, in *Urbanistica e appalti*, 2003, fasc. 5, pag. 503 e ss; G. Greco, *Le recenti innovazioni sul project financing*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2003, fasc. 4, pag. 143 e ss.; G. Ferrari - F. Fracchia, *Project financing e opere pubbliche*, Egea, 2004; B. Raganelli, *Finanza di progetto e opere pubbliche: quali incentivi ?*, Giappichelli, 2006; M. Ricchi, *La finanza di progetto nel codice dei contratti dopo il terzo correttivo*, in *Urbanistica e appalti*, 2008, fasc.12, pag. 1375-1391; M. Allena, *Scelta del promotore e sindacato sulla discrezionalità nel project financing*, in *Urbanistica e appalti*, 2009, fasc. 7, pag. 836-847; G. Manfredi, *La finanza di progetto dopo il d.lgs. n. 152/2008*, in *Diritto amministrativo*, 2009, fasc. 2, pag. 429-447; A. M. Balestreri, *La sequenza di regimi della finanza di progetto: questioni vecchie e nuove sul diritto di prelazione*, in *Urbanistica e appalti*, 2009, fasc. 5, pag. 525-532; G. Fidone, *Procedure per l'affidamento di concessioni di lavori pubblici con prelazione per il promotore: casi e problematicità nella disciplina della finanza di progetto successiva al terzo correttivo*, in *Appalti e contratti*, 2010, fasc. 5, pag. 27-40.

[3] V. in merito alla responsabilità precontrattuale, F. Benatti, *La responsabilità precontrattuale*, Giuffrè, 1963.

[4] V. C. M. Bianca, *Il contratto*, in *Diritto civile*, III, Giuffrè, 2000 pag. 168: «il contraente conserva il potere di revocare la propria proposta e la propria accettazione fino a quando il contratto non è concluso e l'esercizio di tale potere non costituisce come tale violazione di un obbligo di comportamento. La responsabilità del soggetto deriva piuttosto dall'aver dolosamente o colposamente indotto l'altra parte a confidare ragionevolmente nella conclusione del contratto».

[5] Sull'applicazione dell'art. 1338 c.c. v. Consiglio di Stato, sez. VI, 15 giugno 2009 n. 3827; Cass. Civ., n. 7481/2007. In particolare si è posta la questione se la sussistenza di norme di legge che inficiano la validità del provvedimento amministrativo possa determinare la colpevolezza dell'affidamento del privato

sulla base del principio *ignorantia legis non excusat*. In merito a tale orientamento v. M.S. Giannini, *La responsabilità precontrattuale dell'amministrazione pubblica*, in *Raccolta di scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, vol. III, Giuffrè, 1963, pag. 263 e ss. in senso contrario si esprime G. Monateri, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile (diretto da R. Sacco)*, Utet, 1998, pag. 642.

[6] V. sull'art. 1338 I. Cerulli Irelli, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Giappichelli, 2011, pag. 122.

[7] Sull'applicazione dell'art. 1440 c.c., v. G. De Nova, *La modificazione delle condizioni economiche del contratto tramite risarcimento del danno ex art. 2043 c.c.*, in *Responsabilità civile*, 2014, fasc.1, pag. 10 e ss.

[8] V. in merito a tale tesi v. le osservazioni critiche di G. D'Amico, *Responsabilità precontrattuale anche in caso di contratto valido?(L'isola che non c'è)* in *Giustizia Civile*, 2014, fasc. 1, pag. 197 e ss.; V. anche C. Miriello, *La responsabilità precontrattuale in ipotesi di contratto valido ed efficace, ma pregiudizievole*, in *La responsabilità civile*, 2006, fasc. 7, pag. 648 - 652, nonché Cass. Civ. Sez. un., n. 26724/2007; Cass. Civ., Sez. un., n. 26725/2007; in senso contrario v. Cass. Civ., n. 2479/2007.

[9] Sulla portata di clausola generale dell'art. 1337 inteso anche come dovere di informare la controparte delle ragioni ostative alla stipula del contratto v. E. Scoditti, *Responsabilità precontrattuale e conclusione di contratto valido: l'area degli obblighi di informazione*, in *Foro italiano*, 2009, pag. 440; I. Tardia, *Buona fede ed obblighi di informazione tra responsabilità precontrattuale e responsabilità contrattuale*, in *Rassegna di diritto civile*, 2004, fasc. 3, pag. 724.

[10] V. Cass. Civ. n. 477/2013; Cass. Civ. n. 6526/2012; Cass. Civ., n. 24795/2008.

[11] In generale circa la natura della responsabilità precontrattuale, v. G.Patti - S. Patti, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard* in *Commentario Schlesinger*, Giuffrè, 1993, pag. 34 e ss.; V. Cuffaro *Responsabilità precontrattuale* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, XXXIX, Giuffrè, 1988, pag. 1265 e ss.

[12] A favore della natura contrattuale V. L. Mengoni, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1956, fasc. 2, pag. 362; R. Scognamiglio, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Novissimo digesto italiano*, XV, Utet, 1968, pag. 675; E. Casetta- F. Fracchia, *Responsabilità da contatto: profili problematici*, in *Foro italiano*, 2002, fasc. 3, pag. 18 - 20;

[13] V. in merito Cass. Civ., n. 10813/2011 «il concetto di responsabilità contrattuale è stato usato dalle Sezioni Unite palesemente nel senso non già di responsabilità che suppone un contratto, ma nel senso - comune alla dottrina in contrapposizione all'obbligazione da illecito extracontrattuale - di responsabilità che nasce dall'inadempimento di un rapporto obbligatorio preesistente, considerato dall'ordinamento interno, per come esso deve atteggiarsi secondo la

giurisprudenza della Corte di Giustizia, come fonte dell'obbligo risarcitorio, secondo la prospettiva scritta nell'art. 1173 c.c.». V. anche Cass Civ., Sez. un., n. 9174/2009.

[14] Si veda M.S. Giannini, *La responsabilità precontrattuale dell'amministrazione pubblica*, cit., pag. 263 e ss.; R. Sacco, *Culpa in contrahendo e culpa aquiliana; culpa in eligendo ed apparenza*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1951, fasc. 2, pag. 87 e ss.; in senso critico rispetto a tale orientamento v. F. Benatti, *La responsabilità precontrattuale*, cit., pag. 116; C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Giuffrè, 2006, pag. 465.

[15] V. in merito, R. Sacco, *Culpa in contrahendo e culpa aquiliana; culpa in eligendo ed apparenza*, , cit. pag. 82.

[16] V., L. Mengoni, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., pag. 360 e ss.

[17] Così, Cass. Civ., Sez. un., n. 9645/2001.

[18] V. V. Antonelli, *Dal contatto sociale al rapporto amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2005, fasc. 3, pag. 601 e ss.

[19] V. in merito Consiglio di Stato, sez. V, 27 marzo 2013 n. 1833, : in tale sentenza, esaminando la tesi della responsabilità da contatto sociale, si afferma che tale figura è il frutto della violazione di quegli obblighi procedurali che incombono sull'amministrazione a tutela del privato; in tale ipotesi la presenza di una relazione tra soggetti individuati non consentirebbe di ricostruire il paradigma della responsabilità dell'amministrazione alla stregua del modello aquiliano. V. anche, sul punto, Consiglio di Stato, Sez. V, 6 agosto 2001, n. 4239; sez. VI, 15 aprile 2003 n. 1945, nonché Cass. Civ., n. 157/03

[20] In ragione della qualificazione della responsabilità precontrattuale nel novero dell'art. 2043 c.c. sorge il problema della valutazione dell'elemento psicologico per l'accertamento della responsabilità. Sul punto, la sentenza della Cassazione n. 500/99 ha affermato la necessità di accertare la colpa dell'amministrazione valutando l'attività posta in essere alla luce dei principi di imparzialità, correttezza e buona amministrazione. Tale orientamento è stato oggetto di critiche in dottrina, v. in merito A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione dinanzi al giudice amministrativo*, Cedam, 2001, p.251.

[21] In merito va rilevato come la giurisprudenza amministrativa in diverse pronunce abbia accolto il criterio fissato dalla sentenza del 30 settembre 2010 della III sezione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea in materia di procedure di affidamento che prescinde dalla valutazione di tale elemento nell'accertamento della responsabilità ex art. 2043.

A favore di tale orientamento v. Consiglio di Stato, sez. V, 8 novembre 2012, n. 5686; Consiglio di Stato, sez. V, 16 gennaio 2013 n. 240 in senso contrario: Consiglio di Stato, sez. VI, 25 luglio 2012 n. 4236. Sul punto v. anche C. Castronovo, *La «civilizzazione» della pubblica amministrazione*, in *Europa e diritto privato*, 2013, fasc. 3, pag. 637; G. A. Primerano, *Spigolature in tema di*

*risarcimento del danno da aggiudicazione illegittima*, in *Foro amministrativo CdS*, 2013, fasc. 7-8, pag. 2112; S. Osella *L'elemento soggettivo nella responsabilità precontrattuale dell'amministrazione aggiudicatrice*, in *Foro Amministrativo CdS.*, 2013, fasc. 6, pag. 1673

[22] Va rilevato come parte della giurisprudenza in relazione alla responsabilità precontrattuale in materia di procedure di affidamento escluda la valutazione dell'elemento psicologico in ragione di una presunzione della sua esistenza v. in merito Consiglio di Stato, sez. IV, 31 gennaio 2012 n. 483; conformemente si esprime in materia di responsabilità precontrattuale anche Cass. Civ., n. 27648/2011: «in tema di responsabilità precontrattuale, la parte che agisca in giudizio per il risarcimento del danno subito ha l'onere di allegare, ed occorrendo provare, oltre al danno, l'avenuta lesione della sua buona fede, ma non anche l'elemento soggettivo dell'autore dell'illecito, versandosi come nel caso di responsabilità da contatto sociale, in una delle ipotesi di cui all'art. 1173 c.c.».

[23] Sulla responsabilità precontrattuale della p.a. in generale v. almeno D. L. Bianco, *Pubblica Amministrazione e responsabilità per "culpa in contrahendo"*, in *Foro italiano*, 1951, pag. 347 - 350; L. Bigliuzzi Geri, *"Culpa in contrahendo", pubblica Amministrazione e terzi*, in *Foro italiano*, 1962, fasc. 1, pag. 1165 - 1170; G. B. Tufarelli, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, in *Consiglio di Stato*, 1975, fasc. 2, pag. 958 - 969; R. Caranta, *Attività contrattuale della pubblica amministrazione, buona fede e tutela dell'affidamento*, in *Urbanistica e appalti*, 2003, fasc. 5, pag. 569 - 575; A. Batà, *Responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione e identificazione del contraente*, in *Il corriere giuridico*, 1994, fasc. 2, pag. 208 - 210; E. Liuzzo, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, Giuffrè, 1995; F. Manganaro, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Esi, 1995; L. Lorello, *La tutela del legittimo affidamento tra diritto interno e diritto comunitario*, Giappichelli, 1998; G. M. Racca, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Jovene, 2000; ID. *La responsabilità delle pubbliche amministrazioni nella fase che precede la stipulazione del contratto pubblico* in *Scritti in Onore di Giuseppe Palma*, Giappichelli, 2012, vol. III, pag. 2639-2715; F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico dagli anni "Trenta" all'"Alternanza"*, Giuffrè, 2001; A. Mandarano, *La responsabilità precontrattuale dell'amministrazione appaltante fra tradizione e spinte innovatrici*, in *Urbanistica e appalti*, 2003, fasc.4, pag. 435 - 439; F. Gaffuri, *L'acquiescenza al provvedimento amministrativo e la tutela dell'affidamento*, Giuffrè, 2006; L. Giani, *Funzione amministrativa e obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, Editoriale Scientifica, 2006; F. Tuccari, *La responsabilità precontrattuale della p.a. al cospetto del giudice amministrativo*, in *Urbanistica e appalti*, 2007, fasc. 5, pag. 596 e ss.; R. Garofoli *La responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Trattato sui contratti pubblici*, A. M Sandulli - R. De Nictolis - R. Garofoli, (a cura di), vol. VI, Giuffrè, 2008, pag. 4077 e ss.; A.

Liberati, *Responsabilità precontrattuale nei contratti pubblici*, Utet, 2009; M.T. P. Caputi Jambrenghi, *Il principio del legittimo affidamento*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, M. Renna – F. Saitta (a cura di), Giuffrè, 2012, pag. 159 e ss.

[24] Cass. civ., n. 792/1962

[25] V. M. Nigro, *L'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato: a proposito di condizioni legali*, in *Foro italiano*, 1961, fasc. 1, pag. 462 e ss.; F. Benvenuti, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, pag. 845 e ss.

[26] Cassazione Civ., Sez. un., n. 9892/1993. Cass. Sez. un., n. 4673/1997; v. in merito anche D. Carusi, *Problemi della responsabilità precontrattuale alla luce della giurisprudenza della culpa in contrahendo della pubblica amministrazione*, in *Giurisprudenza italiana*, 1995, fasc. 1, pag. 95 e ss.

[27] V. in merito Consiglio di Stato, Sez. III, 26 settembre 2013, n. 4809; sez. VI, 3 febbraio 2011 n. 780; sez. V, 8 settembre 2010 n. 6489; sez. V, 28 maggio 2010 n. 3393; sez. IV, 11 novembre 2008 n. 5633.

[28] Cassazione Civ., n. 12313/2005.

[29] V. in merito G. Chinè, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione nell'era della risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Foro amministrativo T.a.r.*, fasc. 1, 2003, pag. 797 e ss; A. Ilacqua, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione – evoluzioni giurisprudenziali*, in *www.giustamm.it*, 2009, fasc. 4.

[30] V. T. Lotito, *Alcune osservazioni in tema di responsabilità precontrattuale della P.A.*, in *Urbanistica e appalti*, 2001, fasc. 4, pag. 353 – 361;

[31] In tal senso v. anche Consiglio di Stato, sez. VI, 18 luglio 2013 n. 3831; Sez. VI, n. 5638 del 7 novembre 2012; sez. VI, 2 settembre 2011, n. 4921; sez. V 17 dicembre 2008 n. 6264; sez. V, 1 marzo 2005 n. 816; in senso contrario a tale orientamento v. Consiglio di Stato, sez. V, 28 maggio 2010, n. 3393; Consiglio di Stato, 8 settembre 2010, n. 6489.

[32] In merito va rilevato come sia ormai superato in dottrina l'orientamento che riteneva scusabile l'errore di diritto da parte dei privati in ragione del principio di presunzione di legittimità degli atti amministrativi. V. in merito. M. S. Giannini, *Atto amministrativo*, in *Enciclopedia del Diritto*, IV, Giuffrè, 1959, pag. 188; D. Satullo, *Responsabilità precontrattuale della p.a. e annullamento d'ufficio: il problema del legittimo affidamento*, in *Foro amministrativo TAR*, 2011, fasc. 12, pag. 3694 e ss.

[33] Sul punto v. Consiglio di Stato, sez. V, 17/03/2014 n. 1323; in tale sentenza si afferma che tra gli obblighi tipici di buona fede nella fase precontrattuale, vi è il fondamentale profilo della "salvaguardia", che impone alla parte non solo di comportarsi lealmente, ma anche di adoperarsi con adeguata diligenza per "salvaguardare", l'utilità dell'altra nei limiti di un apprezzabile sacrificio.

[34] Consiglio di Stato, sez. III, 31 gennaio 2014 n. 467.

[35] Consiglio di Stato, sez. V, 14 settembre 2012 n. 4894; sez. V, 16 gennaio 2014 n. 142.

[36] Consiglio di Stato, sez. VI, 1 marzo 2005 n. 816.

[37] V. in merito Consiglio di Stato, sez. IV, 7 febbraio 2012 n. 662.

[38] In merito Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria 5 settembre 2005 n. 6; sez. V, 30 novembre 2007 n. 6137; sez. V, 8 ottobre 2008, n. 4947; sez. V, 7 settembre 2009 n. 5245. per un commento all'Adunanza Plenaria n. 6 del 2005 si rinvia a I. Franco - E. Raganella, *La responsabilità precontrattuale della p.a. "nei lavori in corso" per l'assestamento dei criteri di riparto della giurisdizione*, in *Urbanistica e appalti*, 2006, fasc. 1, pag. 72 - 87.

[39] Così Consiglio di Stato, sez. VI, 12 luglio 2011, n. 4196; in senso conforme Consiglio di Stato, sez. V, 7 settembre 2009 n. 5245; sez. IV, 20 febbraio 2014 n. 790.

**QUADERNI DI  
DIRITTO MERCATO TECNOLOGIA**

**Numero 3 - 2014  
Anno IV  
[www. dimt. it](http://www.dimt.it)**

**ISSN (Online edition): 2239-7442**