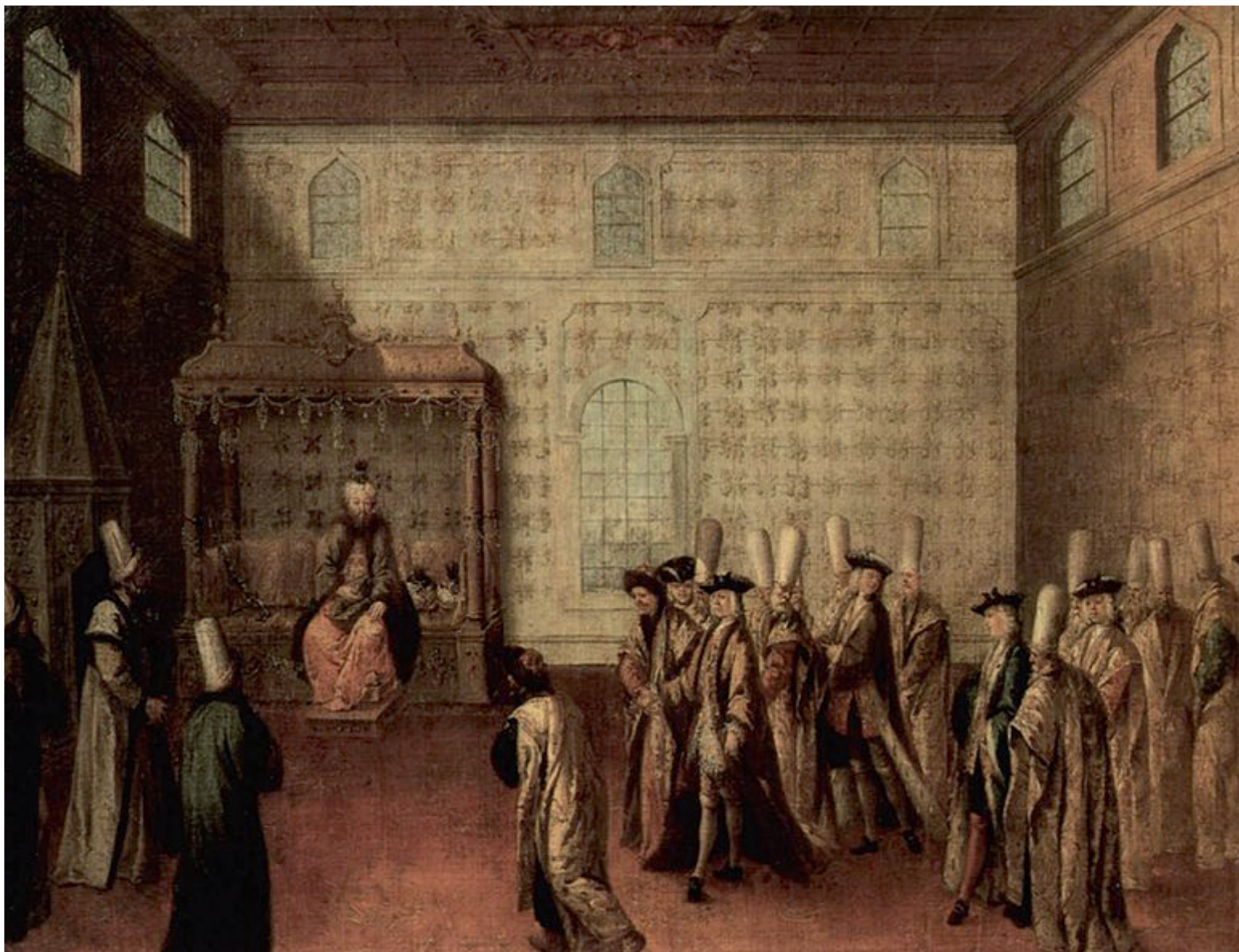




COMPARAZIONE E DIRITTO CIVILE

a cura di Pasquale Stanzione



Anno 2016 - Volume 1

www.comparazionedirittocivile.it

Comitato scientifico

Pasquale Stanzone (Università degli Studi di Salerno), Gabriella Autorino (Università degli Studi di Salerno), Aldo Berlinguer (Università degli Studi di Cagliari), Guido Biscontin (Università degli Studi di Camerino), Irina J. Bogdanovskaya (Moscow National Research University), Paolo Carbone (Università degli Studi di Sassari), Virgilio D'Antonio (Università degli Studi di Salerno), Rosaria Giampetraglia (Università Parthenope di Napoli), Raffaele Lener (Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"), Mark R. Lee (University of San Diego), Gaspare Lisella (Università degli Studi del Sannio di Benevento), Fiona Macmillan (Birbeck College – University of London), Maria Rosaria Marella (Università degli Studi di Perugia), Manuel David Masseno – (Instituto Politécnico de Beja), Carlo Mazzù (Università degli Studi di Messina), Antonello Miranda (Università degli Studi di Palermo), Elina Moustaira (National and Kapodistrian University of Athens), Francesco Ruscello (Università degli Studi di Verona), Manoel J. Santos (Fundação Getulio Vargas – Sao Paulo), Giovanni Maria Riccio (Università degli Studi di Salerno), Livia Saporito (Seconda Università degli Studi di Napoli), Angelo Saturno† (Università degli Studi di Salerno), Salvatore Sica (Università degli Studi di Salerno), Bruno Troisi (Università degli Studi di Cagliari), Giuseppe Vecchio (Università degli Studi di Catania), Virginia Zambrano (Università degli Studi di Salerno), Paolo Zatti (Università degli Studi di Padova).

Coordinatore del comitato scientifico

Pierluigi Matera (Link Campus University - Roma)

Comitato di redazione

Biagio Andò (Università degli Studi di Catania), Domenico Apicella (Università degli Studi di Salerno), Antonio Astone (Università degli Studi di Messina), Valentina Barela (Università degli Studi di Salerno), Başak Başoğlu (Istanbul Bilgi Üniversitesi), Aura Bertoni (Ask Centre – Università Commerciale "Luigi Bocconi"), Nicola Brutti (Università degli Studi di Padova), Salvatore Casabona (Università degli Studi di Palermo), Claudia Cascione (Università degli Studi di Bari), Francesco Clementi (Università degli Studi di Perugia), Alessandra Cordiano (Università degli Studi di Verona), Cristina Costantini (Università degli Studi di Bergamo), Cristina Dalia (Università degli Studi di Salerno), Amalia Chiara Di Landro (Università Mediterranea di Reggio Calabria), Vincenzo Durante (Università degli Studi di Padova), Giovanni Facci (Università degli Studi di Bologna), Rigas Giannopoulos (Aristotle University of Thessaloniki), Marco Juric (University of Zagreb), Nevena Krivokapić (University of Belgrad), Leysser Léon-Hilario (Pontificia Universidad Católica del Perú), Antonio Legerén Molina (Universidade de Coruña), Francesca Maschio (Università degli Studi Roma Tre), Bruno Meoli (Università degli Studi di Salerno), Luigi Nonne (Università degli Studi di Sassari), Daniela Noviello (Università Link Campus - Roma), Annamaria Giulia Parisi (Università degli Studi di Salerno), Alessandra Pera (Università degli Studi di Palermo), Elena Poddighe (Università degli Studi di Sassari), Radim Polcack (Masarykova Univerzita - Brno), Tito Rendas (Universidade Católica Portuguesa), Paolo Rocca Comite Mascambruno (Università degli Studi di Salerno), Giacomo Rojas Elgueta (Università degli Studi di Roma Tre), Pieremilio Sammarco (Università degli Studi di Roma Tre), Mauro Serra (Università degli Studi della Basilicata), Giuseppe Spoto (Università degli Studi Roma Tre), Maria Gabriella Stanzone (Università degli Studi di Salerno), Andrea Stazi (Università Europea di Roma), Derya Tarman (Koc Üniversitesi - Istanbul), Maria Tommasini (Università degli Studi di Messina), Claudia Troisi (Università degli Studi di Salerno), Salvatore Vigliar (Università degli Studi di Salerno), Filippo Viglione (Università degli Studi di Padova), Giovanni Ziccardi (Università degli Studi di Milano).

Comitato per la valutazione

Stathis Banakas (University of East Anglia, Norwich), Alberto Maria Benedetti (Università degli Studi di Genova), Ermanno Calzolaio (Università degli Studi di Macerata), Paolo Carbone (Università degli Studi di Sassari), Adolfo Di Majo (Università degli Studi "Roma Tre"), Silvia Diaz Alabart (Universidad Complutense de Madrid), Vincenzo Cesaro (Università degli Studi di Napoli "Parthenope"), Tommaso Edoardo Frosini (Università degli Studi di Napoli "Suor Orsola Benincasa"), Jay P. Kesan (University of Illinois), Claudia Lima Marques (Universidade Federal Rio Grande do Sul), Fiona Macmillan (Birkbeck College - University Of London), Ulrich Magnus (Universität von Hamburg und Mitarbeiter - Max Planck Institut von Hamburg), Giovanni Marini (Università degli Studi di Perugia), Pier Giuseppe Monateri (Università degli Studi di Torino), Maria Lilla Montagnani (Università Commerciale "Luigi Bocconi"), Alfonso Hernández Moreno (Universitat de Barcelona), Helena Mota (Universidade do Porto), Oreste Pollicino (Università Commerciale "Luigi Bocconi"), Antonino Procida Mirabelli di Lauro (Università degli Studi di Napoli "Federico II"), Pietro Rescigno (Università degli Studi "La Sapienza" di Roma), Giorgio Resta (Università degli Studi "Roma Tre"), Paolo Ridola (Università degli Studi di Roma "La Sapienza"), Liliana Rossi Carleo (Università degli Studi "Roma Tre"), Alessandro Somma (Università degli Studi di Ferrara), Raffaele Torino (Università degli Studi di "Roma Tre").

Comparazione e Diritto Civile – P.zza Caduti Civili di Guerra, 1 - Salerno

Testata registrata presso il Tribunale di Salerno n. 18 del 21/04/2010

Direttore Responsabile: Salvatore Sica

Per informazioni in merito a contributi e articoli, scrivere a: info@comparazionedirittocivile.it

ISSN 2037-5662

© COMPARAZIONE E DIRITTO CIVILE - Tutti i diritti riservati



1/2016

INDICE

DOTTRINA

O “Marco civil da internet”: a lei brasileira n.º 12965, de 23 de Abril de 20142

Identidade e proteção dos direitos da personalidade: análise comparativa entre Brasil e Portugal..... 19

STUDI E RICERCHE

Las bases del derecho a la identidad personal como derecho fundamental del ser humano 34

«Miglior interesse del bambino» e «maternità surrogata»: Il rischio di un valore-tiranno. 43

NOTE E RECENSIONI

Il Riconoscimento della maternità surrogata all'estero: la risposta della *Cour de Cassation* 64

GIURISPRUDENZA

Adozione-trascrizione atti stato civile.

Corte d'Appello di Napoli, ordinanza del 30/03/2016, depositata il 05/04/2016 78

Donazione – donazione di cosa altrui – donazione di quota di bene ereditario indiviso.

Cass. Civ. Sez. Un., 15 marzo 2016, n. 508 87

Trascrizione tardiva/posticipata del matrimonio ebraico.

Trib. Milano, Sez. IX Civile, decreto febbraio 2016..... 96

Catasto.

Cass. Civ. Sez. I, sent., 01-02-2016,n.1869 99

Libera prestazione dei servizi – Articolo 56 TFUE – Giochi d'azzardo – Monopolio pubblico in materia di scommesse sulle competizioni sportive.

Corte di Giustizia, Prima Sezione, 4 febbraio 2016 - C 336/14 107



1/2016

DOTTRINA

O “MARCO CIVIL DA INTERNETE”: A LEI BRASILEIRA N.º 12965, DE 23 DE ABRIL DE 2014

JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO

SOMMARIO: 1. A Situação De Base. - 2. A Génese Da Lei. - 3. O Confronto Com A Situação Em Portugal E Na União Europeia. - 4. Confronto Com A Ucita. - 5. As “Disposições Preliminares”: Vacuidade Formal E Valia Substancial. - 6. Os Direitos E Garantias Dos Usuários. Os Dados Pessoais. - 7. A Neutralidade Da Rede. - 8. Os Registos De Conexão E De Acesso A Aplicações Da Internet, Os Dados Pessoais E As Comunicações Privadas. - 9. A Competência Internacional Da Lei Brasileira. - 10. O Desafio Da Digitalização E O Poder Público. - 11. Interface Com Outros Ramos Do Direito: Consumidor E Autoral. O Futuro. - 12. Epílogo.

1. O Brasil entrou no séc. XXI com um grande atraso no domínio de legislação sobre informática.

É de certo modo paradoxal. O Brasil tinha múltiplas razões para se lançar, mesmo com prioridade, à construção da sociedade digital. Limitamo-nos a indicar algumas.

I—O Brasil estava completamente desprovido de lei reguladora do comércio eletrónico. E todavia, a tendência da camada brasileira com recursos financeiros é a de ter uma apetência muito grande para os artigos estrangeiros. Lança-se ousadamente na aquisição internacional. Mas sem uma lei que o proteja, o brasileiro está exposto a muitas vicissitudes e aos correspondentes desaires. Desde a troca da mercadoria que pedira por outra, até desvios do regime pactuado do contrato, tudo lhe poderia acontecer. Mas como reagir, dada a ausência de lei? Não é arriscado dizer que em cerca de 50% dos casos não encontraria proteção.

Por outro lado, num ponto de vista político, o Brasil carecia de uma lei que reforçasse a estrutura informática nacional. O Brasil tem o que se chama quer a dimensão continental, quer simultaneamente uma posição central na América do Sul. Não é contraditório: comparemos com Portugal. Portugal é inelutavelmente um país periférico: por isso o seu único caminho foi expandir-se pelo mar ignoto. Ao contrário, o Brasil é de tal maneira central, embora tenha uma extensíssima costa, que todos os outros países do subcontinente são, perante o Brasil, periféricos.



Continuando a comparação, quer o Brasil quer Portugal têm um forte sentido da unidade nacional ¹. Portugal porque, ocupando grande parte da costa marítima da Península Ibérica e suscitando por isso a cobiça do vizinho, soube resistir sempre, indo a caminho do IX século da sua existência. O Brasil porque, por razões análogas, soube resistir a agressões externas, repelir invasões e prosseguir na senda dos bandeirantes, penetrando sempre mais no interior.

Mas o Brasil continua a ter um grande problema, no que respeita à integração e ao consequente reforço da unidade. A imensidão do território e a difícil acessibilidade a grandes extensões impõem meios de comunicação que superem tecnicamente o isolamento das comunidades. A informática representa um extraordinário aliado pois permite, em condições extremamente mais baratas e eficazes, o contato unificador da sua população.

Não só. Há ainda o reverso da medalha. Poder-se-á temer que esta unificação tenha um preço gravoso, que é o de fazer submergir as diferenças – como hoje acontece já com os meios televisivos que, pese à qualidade e imaginação de muitos intervenientes, vão provocando uma mescla sem substância, amalgamando grandes massas por toda a parte num arremedo de cultura norte-americana.

Mas este efeito não é fatal. Há também uma vertente positiva. Podemos ilustrá-lo de novo com o que se passa em Portugal.

Na sua pequenez, no quadrilátero continental e na Madeira e nos Açores, Portugal é extremamente diferenciado. Nas suas origens étnicas, que são diferentíssimas, dos suevos do Norte aos berberes do Sul, dos lusitanos primitivos às massas de emigrantes vindos de África negra e de muitos lugares da Europa. Movimento que até se acentuou nos últimos tempos. Mas esta diversidade é positiva. Cada população tem os seus costumes e os valores inerentes. Isto permite que todos beneficiem deles e formem o rico património histórico nacional comum.

Os meios de comunicação atuais permitem o acesso de todos a essa riqueza. Apenas devemos lamentar que a mediocridade e a ganância dos canais de televisão contribua negativamente para a formação da opinião.

Mas, voltando ao tema: na realidade, os grandes efeitos – que são o reforço da unidade nacional e a disseminação dos valores locais – não são incompatíveis. Cada um tem o seu contributo próprio. E assim, levam ao enriquecimento do povo a que se dirigem e à sua unidade.

Isto, se houver o sentido de conseguir a utilização ótima destes dois fatores. E é no **se** que todo o problema reside, quer em Portugal quer no Brasil.

¹ Que podemos considerar como uma herança portuguesa no Brasil.



2. Foi neste solo que germinou o que se chamou o Marco Civil da Internet. Observamos já que em lugar nenhum a Lei n.º 12965, de 23 de abril de 2014, assim se designa. Foi utilizada num documento preparatório e generalizou-se a referência, durante o longo tempo de gestação da lei, como um verdadeiro costume. Uma vez que a expressão é adequada para caracterizar a matéria, não vemos nenhuma razão para a não aceitar assim.

Entrando nos prolegómenos da lei, seríamos tentados a indagar qual o sistema de outros países em que esta lei se enquadra. O atraso em que o Brasil se encontrava na matéria permitiria seguir tendências já vigorantes alhures.

Mas, ponderando bem, não se enquadra em nenhuma: porque nenhum país, a nosso conhecimento, introduziu a matéria com uma lei de princípios, definições e valorações gerais, que constituíssem a cúpula do sistema a instituir². A tendência geral foi a de, pragmaticamente, começar por leis que tinham por objeto temas setoriais urgentes (programas de computador, bases de dados, nomes de domínio...), para só se acederem a questões de cúpula em fase posterior. Apenas muito vagamente encontraríamos correspondência no Brasil.

O Brasil preferiu erigir um muro de princípios gerais. Deste modo delimitou o solo a ser preenchido, mas não pôde deixar de cair numa certa vacuidade.

Em todo o caso, embora o que se disse seja verdade, também é certo que há discrepâncias no tratamento dos vários temas. Alguns interessaram o legislador de modo particular. Estão neste caso:

- a neutralidade da rede
 - o respeito da privacidade e dos dados pessoais.
- Teremos oportunidade de os examinar em particular.

Quais os efeitos de se ter seguido esta via?

Teve um efeito positivo e outro negativo.

a) Por um lado, permitiu romper com a inércia até então reinante no domínio de legiferação básica no domínio digital. Logrou dotar o Brasil do que pode ser o arcabouço de desenvolvimentos futuros.

b) Por outro, teve um efeito negativo. Durante o tempo decorrido até à aprovação da lei, nada se avançou em domínios pragmaticamente urgentes: o caso mais urgente é o da regulação do comércio eletrónico, como dissemos³.

Qual foi então o percurso desta lei?

Teve como ponto de partida uma iniciativa, que chegou ao Senado, de regulação dos pontos fulcrais da Internet.

Mas o Projeto encravou.

Dividiu os senadores e a opinião pública, levando a dezenas de projetos que se sobrepujam. E foi campo de pasto dos lóbis, que se digladiaram através dos seus representantes e dos próprios senadores.

² Fizemos especificamente o confronto com a *Digital Millennium Copyright Act* norte-americana, porque surgiu pela altura em que a matéria começou a ser debatida no Brasil. Mas a conclusão só pode ser negativa: o itinerário brasileiro nada tem que ver com aquela lei. Teremos adiante oportunidade de voltar ao tema.

³ Apenas se terá avançado na gestão coletiva, por via indireta, por força das alterações entretanto sobrevindas na reforma da lei dos direitos autorais (LDA).



Passaram-se anos. Enfim, o Governo e o Senado resolvem romper com esta inércia. É constituída uma Comissão Especial do Senado, cujo objetivo é o de fazer vingar uma solução liberalizadora neste domínio.

De facto, o principal ponto de debate foi o da *neutralidade da rede*. A posição oficial foi a da defesa de uma Internet aberta, a que todos pudessem recorrer em igualdade de condições; enquanto as empresas de informática, a começar pelos quadros dos gigantes internacionais atuantes no Brasil, pretendiam que elas pudessem dar um tratamento privilegiado aos seus próprios clientes.

O debate no Senado foi aceso, com grande intervenção dos interessados. Finalmente, a Comissão Especial apresenta o seu Relatório. As dezenas de projetos apresentados são todos rejeitados. Só é aprovado o Projeto emanado da própria Comissão.

Na fase terminal, a votação final do Projeto foi ainda adiada uma vez mais, por divisões no interior do próprio governo.

Enfim, o Projeto consegue a aprovação, convertendo-se na Lei n.º 12965, de 23 de abril de 2014.

3. Confrontemos agora a evolução do Direito da Informática em geral, e do Direito da Internet em particular, no Brasil e em Portugal, na União Europeia (U.E.) e nos Estados Unidos da América. A ligação do Direito português ao da União Europeia justifica-se por Portugal se ter integrado na (atual) União Europeia logo nos primórdios da disciplina jurídica da informática. Foi por isso largamente influenciado pelas diretrizes desta, que marcam quase sempre as linhas gerais que o país teve de seguir.

Quer a Europa quer o Brasil refletiram porém a mesma origem internacional que influenciou os primeiros tempos – a doutrina da Internet como um espaço livre de Direito, aberta por isso a todas as intervenções, por oposição à informática como segredo militar e a seguir segredo científico, que dominara as origens norte-americanas da rede.

Mas as intervenções normativas foram-se afinal acumulando, pondo em causa o mito de um espaço alheio ao Direito.

Generalizando um pouco, podemos dizer que as primeiras intervenções se fizeram para sujeitar os bens informáticos ao direito de autor. A pressão norte-americana fez-se sentir fortemente, para que os vários países do mundo ocidental adotassem legislação neste sentido; e isto porque o direito de autor dá a proteção mais forte de todos os direitos intelectuais e não obriga a revelar o conteúdo da inovação ⁴. É assim que vemos por exemplo os programas de computador e as bases de dados serem protegidos pelo direito de autor por todo o lado ⁵.

De qualquer modo, quer em Portugal quer no Brasil o trânsito para a legislação sobre a Internet começou pela tutela dos bens informáticos. Mas há uma diferença de grau

⁴ Mas falharam na primeira tentativa, pois a conferência que aprovou o Tratado de Washington de 26.V.89, sobre circuitos integrados (ou topografias dos produtos semicondutores), recusou a pretendida tutela pelo direito de autor.

⁵ Embora com aspetos diversos. Assim, na Europa, as bases de dados não criativas são protegidas por um chamado direito *sui generis* – o que em si não quer dizer coisa nenhuma. E no que respeita aos programas de computador assistimos à situação caricata de, em Portugal, os serventúrios das entidades norte-americanas terem conseguido a proteção penal dos programas de computador em 1991 – inclusive contra a divulgação! – antes de haver proteção civil. Esta só foi introduzida pela Lei n.º 252/94, de 20 de outubro, que transpôs a Diretriz (“Diretiva”) comunitária sobre a proteção dos programas de computador.



considerável. Enquanto na Europa essa tutela se fazia pela disciplina global de cada categoria, no seguimento de diretrizes (“diretivas”) comunitárias específicas, no Brasil operou-se de modo muito mais difuso. Só a proteção do programa de computador surgiu muito cedo, por via da Lei n.º 7.646, de 18 de dezembro de 1987 ⁶. Nos outros casos resulta de incidências esporádicas, particularmente na disciplina do Direito Autoral.

O desenvolvimento posterior foi ainda mais diferenciado. Na Europa foram sistematicamente regulados os domínios relevantes da informática. Em Portugal são particularmente importantes o Dec.-Lei n.º 7/04, de 7.I, que transpõe a Dir. n.º 00/31, de 8.VI, sobre o comércio eletrónico, e a Lei n.º 50/04, de 24.VIII, que transpõe a Dir. n.º 01/29, de 22.V, relativa à harmonização de aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação.

No Brasil, porém, as intervenções foram muito mais esparsas. Daí resultaram as situações preocupantes de desarmamento do Brasil no cenário internacional.

Um dos aspetos que mais nos impressiona é o relativo ao comércio eletrónico. Este ganha cada vez maior importância no panorama internacional. Mas os riscos a que se sujeita quem participa deste comércio são, como dissemos, grandes. Todavia, no Brasil nada se regulou ainda. Não adianta dizer que se aplica o Código de Defesa do Consumidor, porque este foi previsto para o mercado interno. Assim, toda a problemática internacional ficou por regular.

É certo que desde a década de 90 numerosos projetos foram apresentados no Congresso. Mas não há a menor verosimilhança de serem aprovados.

E o que acontecerá agora, neste e em tantos outros setores específicos, após a aprovação do Marco Civil da Internet?

⁶ Sobre esta questão, veja-se o nosso *Direito Autoral*, 3.ª ed., Renovar (Rio de Janeiro), 1997, n.ºs 487 e segs. A influência norte-americana é óbvia.



4. Poderia pensar-se que o Marco Civil foi devido à influência norte-americana.

Com efeito, a questão do Marco Civil entra em debate no Brasil no final da década de 90. Ora, justamente em 1999 é promulgada nos Estados Unidos da América a lei conhecida pela UCITA – ou seja, *Uniform Computer Information Transactions Act*. E é igualmente uma lei geral sobre direitos informáticos ou matérias da Internet.

Mas seria uma ilusão ver uma relação de causa a efeito. A UCITA só poderia ter influenciado os espíritos no sentido de se intervir na regulação de algum modo da Internet.

A UCITA é uma lei de cúpula, que pretende abrir caminho à harmonização das legislações dos Direitos dos Estados. Nos Estados Unidos da América a competência originária no Direito Privado pertence aos Estados. Tratando-se de matérias que ultrapassam por natureza as fronteiras, a UCITA representa o instrumento que prepara uma harmonização – tal como se deu com o *Uniform Commercial Code*. Mas a adoção concreta de legislação só se poderia fazer Estado por Estado. “Recomenda-se” apenas a adoção pelos vários Estados. Mas cada um pode fazê-lo à sua maneira.

Por outro lado, a matéria da lei é também muito diferente. O que a UCITA contempla, afinal, são os contratos. Sob a designação *Computer Information Transactions*⁷ prevêem-se contratos por meios informáticos, criando-se uma categoria que não corresponde à noção europeia de contrato eletrónico e muito menos ao enquadramento do comércio eletrónico em geral. Aí se regulam, partindo das definições, a formação dos contratos, o conteúdo, as vicissitudes, o cumprimento, a tutela... A lei fá-lo por outro lado com uma exacerbação da autonomia privada que a afasta dos marcos europeus: nomeadamente, no que respeita à omissão de regras relativas à proteção do consumidor.

A receção da lei foi tormentosa. Amélia H. Boss, escrevendo dois anos após a aprovação, relata os muitos problemas e os poucos avanços suscitados⁸. Mas não é esta a nossa questão.

Concluimos que o Marco Civil da Internet representa uma via de regulação da informática que não corresponde, nem à via europeia, nem à via norte-americana.

⁷ A definição é dada pela secção 102 a 11): “*Computer Information Transaction*” means an agreement or the performance of it to create, modify, transfer or license computer information or informational rights in computer information”.

⁸ *Taking UCITA on the road: what lessons have we learned?*, Roger Williams University Law Review, vol. 7, n.º 1 (2001), 168.



5. Nas Disposições Preliminares, o Marco Civil da Internet, depois de indicar como vimos qual o seu conteúdo, desenvolve-se em mais cinco artigos:

Art. 2 – Fundamento

Art. 3 – Princípios

Art. 4 – Objetivo da disciplina

Art. 5 – Definições

Art. 6 – Outros elementos a levar em conta na interpretação da lei ⁹.

Neste enunciado logo avulta o caráter vago da disciplina. Fundamentos, princípios, objetivos ou os “outros elementos” são aproximadamente intercambiáveis. Só as definições têm um conteúdo preciso, mas sabe-se como é perigoso o legislador arriscar definições ¹⁰.

Comparando com a situação portuguesa, não encontramos nada de semelhante. Não é que não emergam aqui e além princípios, mas nunca nos surgem em formação cerrada, à cabeça de um enquadramento geral da matéria. O mesmo diremos das definições. Surgem quando necessárias para disciplinar pontos particulares, e não como pressuposto da regulação de toda a matéria. Por outro lado, haverá que perguntar se alguns destes enunciados não seriam dispensáveis. Por exemplo, valeria a pena especificar no art. 3 I que a disciplina do uso da Internet no Brasil se baseia na “garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal”? Quando a Constituição, por natureza, se aplica sempre, e portanto também na disciplina da Internet?

Atendendo agora à índole específica destes preceitos, não podemos deixar de acentuar que se enunciam já matérias, como dissemos, que revestirão depois uma importância muito particular. É o caso da finalidade social da rede (art. 2 VI), da garantia da liberdade de expressão (art. 3 I) ¹¹, da proteção da privacidade e dos dados pessoais (art. 3 II e III) e da preservação e garantia da neutralidade da rede (art. 3 IV). Têm logo um conteúdo preciso.

A preocupação patente já nesta abertura está em assegurar a liberdade na rede. Não só como projeção das grandes liberdades fundamentais, mas mais precisamente no que respeita à promoção do direito de acesso de todos à Internet (art. 4 I), à adesão a padrões tecnológicos abertos (art. 4 IV), à preservação da natureza participativa da rede (art. 3 VII) ou à importância da promoção do desenvolvimento humano, económico, social e cultural (art. 6). E aqui temos de lhe dar substantivamente razão, porque eram reais os perigos que ameaçavam a liberdade de circulação na Internet – como se viu aliás no debate sobre a neutralidade. Neste sentido o marco civil representa uma vitória da linha de uma Internet aberta e participativa. Presta um serviço ao povo brasileiro e, consequentemente, é uma vitória para o Brasil.

⁹ Seriam a natureza da Internet, seus usos e costumes particulares e sua importância para a promoção do desenvolvimento humano, económico, social e cultural. Anote-se que causa estranheza serem referidos *costumes*, dada a juventude de toda esta matéria. Talvez fosse melhor falar apenas em práticas ou usos, pois o costume, no entendimento clássico das Ordenações do Reino, deveria ter mais de 100 anos.

¹⁰ Também estranhámos que as definições sejam dadas “Para os efeitos desta Lei”. Sendo o marco civil a lei geral da matéria, as definições não deveriam ser dadas especificamente para esta fonte, mas sim para toda a ordem jurídica brasileira, salvo disposição em contrário.

¹¹ Apesar de, como dissemos, serem em si supérfluos, também exprimem o relevo que se quis outorgar a estes aspetos.



6. O capítulo II é dedicado aos direitos e garantias dos usuários (arts. 7 e 8).

Continua a verificar-se a mesma diferença de índole em relação à situação portuguesa e também à europeia. Na Europa regulam-se matérias, não se enunciam direitos em geral. Não deixam de se referir direitos, mas esses vêm atrelados à disciplina de matérias concretas e não constituem formação cerrada.

Atendendo ao conteúdo, porém, verificamos que a diferença, aqui, não é tão grande como poderia parecer. Porque o que neste capítulo se regula é essencialmente a preservação da privacidade e dados pessoais. É uma matéria muito trabalhada na Europa e que representa hoje uma preocupação a nível mundial. Inclusive nos Estados Unidos da América, o que não deixa de ser interessante ¹².

Observe-se preliminarmente que a matéria da privacidade e dos dados pessoais não é tratada somente neste capítulo. É ainda longamente trabalhada no Capítulo III. Porém, não teremos aqui a preocupação de ser exaustivos na análise do Marco Civil.

Como dissemos, a preocupação pela reserva da privacidade e dos dados pessoais é muito forte na Europa. No nível europeu, constou primeiro da Convenção do Conselho da Europa para a Proteção das Pessoas relativamente ao Tratamento Automatizado de Dados de Caráter Pessoal, de 28.I.81, que todos os Estados-Membros da União ratificaram ¹³. Hoje, consta da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Nice, 7.XII.00) no art. 8/1: “Toda a pessoa tem direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhe respeitam”; bem como de abundante legislação derivada.

Fala-se na reserva quer da privacidade, quer dos dados pessoais. A privacidade consistiria em estar ao abrigo da intromissão alheia; a reserva dos dados pessoais em os dados identificadores de uma pessoa não serem utilizados ou divulgados. Ambos são previstos, quer no Brasil quer na Europa.

Nos dados pessoais incluem-se quer dados que identificam a pessoa (a imagem, por exemplo), quer os rastros que as comunicações eletrónicas deixam, e que são muitos. Em Portugal chamam-se dados de tráfego; no Brasil fala-se em registos de acesso e em registos de conexão a aplicações de Internet. São referidos neste capítulo do marco civil, nomeadamente no art. 7 VI e VII. Avança-se já algo neste regime, possivelmente porque se pensou que a premência da matéria desaconselhava que a disciplina fosse retardada.

Na Europa a regulação tem sido múltipla e de certa forma irregular. Houve uma espécie de esquizofrenia da privacidade. No que respeita à conservação dos dados das telecomunicações, no plano europeu, a disciplina vigente, da Diretriz n.º 2002/58/CE (relativamente recente), foi substituída pela da Diretriz n.º 2006/24, de 15.III. Considerou-se que a posição tomada fora demasiado rígida e logo se procurou torná-la mais maleável. Mas, com surpresa, a própria Advogada-Geral, a representante da Comissão junto do

¹² Porque a violação da privacidade é uma das acusações principais que se faz aos EUA neste domínio. Os EUA querem possivelmente aparentar um outro aspeto, perante a reação europeia e de outros países à espionagem norte-americana e ao dever das empresas atuantes nos Estados Unidos de relatar os dados de que têm conhecimento nos seus estabelecimentos no estrangeiro às autoridades norte-americanas.

¹³ O Conselho da Europa é uma instituição que dobra, digamos, a atual União Europeia, porque abrange também países que não integravam esta. Era muito importante no início, quando a então CEE agregava seis Estados, mas se queriam enquadrar, mais tenuemente embora, outros países. À medida que a maioria dos países europeus aderiu à atual União, o papel do Conselho da Europa esmoreceu.



Tribunal de Justiça da Comunidade, veio pedir que esta fosse declarada nula, o que efetivamente aconteceu ¹⁴. E acaba de ser aprovada pelo Conselho da União Europeia uma Proposta final de Regulamento sobre a mesma matéria, após uma longa preparação.

No domínio da privacidade, o marco civil estabelece a inviolabilidade, quer das comunicações em ato, quer das que estiverem armazenadas (art. 7 II e III) e considera nulas as cláusulas contratuais que impliquem ofensa à inviolabilidade e ao sigilo das comunicações privadas pela Internet (art. 8 II). No que respeita aos dados pessoais, o art. 7 VII, VIII, IX e X estabelece um regime de proteção que podemos dizer completo, ao contrário de outras matérias. Faltará apenas uma lei especial que concretize estas previsões, que não se afastam grandemente dos melhores regimes europeus. E ainda são completadas, como dissemos, pelas previsões do capítulo III.

Não é este o único conteúdo do capítulo II. Há ainda previsões menos concretas sobre informação e aplicação das normas de defesa do consumidor, no art. 7; e no art. 8 § un. II encontra-se uma curiosa norma que, por referência à garantia da privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações, considera nulas as cláusulas que, em contrato de adesão, não ofereçam como alternativa ao aderente “a adoção do foro brasileiro para solução de controvérsias decorrentes de serviços prestados no Brasil”.

¹⁴ Provocando o resultado anômalo de as leis de transposição pelos países da diretiva anulada se manterem em vigor, enquanto esses países, um por um, as não substituírem.



7. Em Portugal e na Europa em geral a questão da neutralidade da rede tem sido objeto de debate.

Na União Europeia, a Comissária Kroes, responsável ao tempo por esta matéria, tomou uma atitude decidida em prol da neutralidade da rede, enfrentando várias pressões em sentido contrário ¹⁵. A posição teve repercussão sobre Portugal.

No Brasil foi este o tema principal de um debate amplo ¹⁶. Foi noticiado que as divergências profundas sobre a matéria provocaram acesa controvérsia e adiamentos, quer no interior do Governo Federal quer na Câmara e no Senado. Mas a posição em prol de uma posição afirmativa viria a prevalecer, de maneira clara. É assim que o art. 9 do Marco Civil estabelece enfaticamente o princípio da isonomia: os provedores de serviços devem tratar igualmente “quaisquer pacotes de dados, sem distinção por conteúdo, origem e destino, serviço, terminal ou aplicação”.

Assegurado assim o princípio, o debate transfere-se para as condições em que será possível estabelecer diferenciação. A matéria é versada nos §§ do mesmo art. 9. A “discriminação ou degradação (*vis*) do tráfego será regulamentada nos termos das atribuições privativas do Presidente da República”. Foi a solução encontrada para dar uma certa garantia da estabilidade da solução – garantia porém provisória, por natureza.

Acrescentam-se limitações a este poder de quebra da isonomia (§ 1.º). Só poderá decorrer de:

- requisitos técnicos indispensáveis
- priorização dos serviços de emergência.

Os limites estão sujeitos a novos limites no § 2.º. São:

I – abster-se de causar danos aos usuários.

Remete para o art. 927 C.C., que é o que estabelece a responsabilidade objetiva quando a lei o especificar ou quando a atividade desenvolvida implicar por natureza risco para os direitos de outrem. Não é porém cristalino para qual das modalidades pretende o Marco Civil apontar ou se remete para ambas.

II – agir com proporcionalidade, transparência e isonomia.

III – informar previamente os usuários “sobre as práticas de gerenciamento e mitigação de tráfego adoptadas, inclusive as relacionadas à segurança da rede”. Acentua-se esta referência à segurança, que é matéria em geral alheia ao marco civil.

IV – oferecer serviços em condições comerciais não discriminatórias e abster-se de praticar condutas anticoncorrenciais.

O último trecho parece inútil, pois há um dever genérico de não agir anticoncorrencialmente. Já a primeira parte é importante, porque estende o dever de isonomia, além do domínio técnico, ao domínio comercial.

¹⁵ Assim, o seu discurso ao Parlamento Europeu de 4.VI.13 tem o expressivo título: *Guaranteeing Competition and the Open Internet in Europe*, justamente por referência à neutralidade da rede.

¹⁶ Em que participaram numerosas entidades. Assim, o Comitê Gestor da Internet no Brasil emitiu várias resoluções em 2012, uma delas nomeadamente para se posicionar contrariamente ao Projeto SOPA, dos Estados Unidos da América, considerando os efeitos negativos que teria sobre o desenvolvimento da Internet no Brasil.



Por tudo isto, podemos concluir que a neutralidade da rede é a outra matéria em que se não ficou pelos princípios gerais, estando especificamente regulada pelo marco civil.

8. Este é o conteúdo da Seção II do Cap. III do marco civil, com as respetivas subseções. Como se vê, retoma-se aqui a matéria da privacidade e dos dados pessoais. Eis outro capítulo que é objeto de considerável desenvolvimento, ultrapassando o mero enunciado de princípios gerais.

O art. 10 do marco civil exara a máxima de que estes elementos devem proteger os direitos de personalidade envolvidos; e estabelece depois, nos §§ 1.º e 2.º, os limites da disponibilidade destes pelo provedor.

Estes limites, numa técnica análoga à que encontrámos atrás, são por sua vez limitados no § 3.º, em benefício das entidades administrativas competentes; e no § 4.º pelo dever de informação das medidas e procedimentos de segurança adotados pelo provedor ¹⁷.

Nas Subseções desta Seção II regula-se sucessivamente:

I – a guarda de registos de conexão

II – a guarda de registos de acesso a aplicações de Internet na provisão de conexão

III – a guarda de registos de acesso a aplicações de Internet na provisão de aplicações ¹⁸.

Utiliza-se pois *provisão* para designar a atividade do provedor. Este sentido não é de uso em Portugal.

Os registos de conexão devem ser guardados, sob sigilo e em ambiente de segurança, pelo prazo de um ano (art. 13). Na provisão de conexão, onerosa ou gratuita, é vedado guardar os registos de acesso a aplicações da Internet (art. 14). A guarda de registos de acesso a aplicações de Internet na provisão de aplicações deve ser mantida pelo prazo de seis meses. Tudo isto nos termos de regulamento, que deste modo se promete.

O art. 9 termina com um § 3.º, aparentemente deslocado por respeitar à privacidade sobretudo: proíbe o provedor de conexão à Internet de bloquear, monitorar, filtrar ou analisar o conteúdo dos pacotes de dados, “respeitado o disposto neste artigo”.

Analogamente, o art. 14 proíbe, como dissemos já, guardar registos de acesso a aplicações de Internet na provisão de conexão. Pelo contrário, na provisão de conexão à Internet cabe ao administrador do sistema autónomo respetivo o dever de guardar os registos de conexão sob sigilo, pelo prazo dum ano (art. 13). A autoridade policial ou administrativa ou o Ministério Público poderão requerer cautelarmente a guarda por prazo superior (§ 2.º), tendo a partir de então 60 dias para requerer a autorização judicial de acesso aos registos (§ 3.º). Enfim, o § 6.º prevê sanções pelo descumprimento do disposto no artigo, tão amplamente que dir-se-ia abranger também a autoridade policial ou administrativa e o Ministério Público – o que não se afigura plausível.

Disposições semelhantes, quando não mesmo idênticas, constam da subseção III, art. 15, sobre a guarda de registos de acesso a aplicações da Internet na provisão de aplicações.

Esta subseção III contém porém uma norma proibitiva, a do art. 16: veda, na provisão de aplicações da Internet, onerosa ou gratuita, a guarda:

¹⁷ Mas respeitando o direito de confidencialidade quanto a segredos comerciais.

¹⁸ Todas estas figuras vêm definidas no art. 5, incs. V a VIII.



□ “dos registros de acesso a outras aplicações de internet sem que o titular dos dados tenha consentido previamente”

□ “de dados pessoais que sejam excessivos em relação à finalidade para a qual foi dado consentimento pelo seu titular”.

A 2.^a previsão parece inútil, pois todo o negócio jurídico é enquadrado pela respetiva finalidade.

Já a primeira é uma previsão só para iniciados. É verdade que se acrescenta: “respeitando o disposto no art. 7.^o”. O art. 7.^o enumera direitos dos usuários mas contempla as mais variadas matérias; pelo que esta remissão, que em qualquer caso seria imposta pelo sistema, também não adianta muito. Tão-pouco o bem elaborado Parecer da Comissão Especial versa este tema, que sofreu alterações posteriores.

Pelo que cremos que o preceito exige uma distinção entre a previsão do art. 15, do “provedor de aplicações de internet constituído na forma de pessoa jurídica e que exerça essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins económicos”, que deverá manter registrado por 6 meses, e a “provisão de aplicações de internet, onerosa ou gratuita”, prevista no art. 16, em que a guarda só é admitida se o titular dos dados tiver consentido previamente. A distinção tem contornos pouco nítidos, pelo que seria bom que fosse esclarecida, ao menos em diploma complementar.

9. Outra matéria de grande relevância é regulada neste capítulo, na secção II, arts. 11 e 12: a competência internacional da lei brasileira. Substantivamente, é básico o art. 11; o art. 12 é sancionatório, tanto em relação ao art. 10 como ao art. 11. São exclusivamente aplicáveis ao art. 11 os incisos III e IV, que cominam, “conforme o caso”, a suspensão temporária das atividades (III) e a proibição do exercício das atividades (IV).

Chamamos ainda a atenção para o § único, que dispõe que a empresa estrangeira ¹⁹ responde solidariamente pelo pagamento da multa aplicada à “sua filial, sucursal, escritório ou estabelecimento situado no país”.

Outra matéria de grande relevância é regulada a seguir. A lei brasileira é aplicável:

- a todas as operações relativas a registos ou comunicações, desde que pelo menos um ato ocorra em território nacional
- a todos os dados coletados em território nacional
- a todas as operações em que pelo menos um ato ocorra em território nacional
- ao conteúdo das telecomunicações, desde que pelo menos um dos terminais esteja localizado no Brasil (§ 1.^o).

Acentua-se ainda que se aplica a lei brasileira mesmo que as atividades sejam realizadas por pessoa jurídica, desde que oferte serviço ao público brasileiro ou que pelo menos uma integrante do mesmo grupo económico possua estabelecimento no Brasil (§ 2.^o).

Enfim, sujeita os provedores de serviços de conexão e de aplicações na Internet à prestação de informações que permitam verificar o cumprimento da lei brasileira, nomeadamente quanto à privacidade e ao sigilo de comunicações (§ 3.^o) ²⁰.

¹⁹ Subentende-se: com sede no estrangeiro.

²⁰ Tudo na forma de regulamento a emitir.



Vai-se assim até ao limite, na atribuição de competência à lei brasileira.

Mas aqui toca-se matéria de extrema delicadeza. A mesma matéria que, sob um véu de excelentes relações, fez estalar uma guerra surda entre a Europa e os Estados Unidos.

Os líderes europeus, nomeadamente a Sr.^a Merkel, ficaram profundamente chocados quando souberam, através das revelações do Wikileaks, que estavam a ser pessoalmente espiados nas suas comunicações pelos serviços de informação dos Estados Unidos da América.

Além disso, ressentiram-se com a vantagem comercial desleal que os Estados Unidos tiravam do sistema legal de subordinação das suas empresas aos interesses norte-americanos, em confronto com o europeu.

Pelo sistema da União Europeia, as empresas que operam na Europa estão sujeitas à supervisão dos países europeus, genericamente falando. Mas já não o estão em relação a atividades que se processam no exterior e não tenham reflexo no país de origem.

Isto permitia que os Estados Unidos obtivessem das dependências no exterior de empresas sediadas nos EUA as informações que desejassem, a título de supervisão. E entre essas informações estão as altamente estratégicas, como as referentes à política de empresas europeias. Violando assim a confidencialidade de dados ²¹.

Os Estados europeus endureceram. Nomeadamente a Alemanha exigiu das empresas norte-americanas operantes no seu território o compromisso da confidencialidade dos dados como requisito básico do seu exercício, cominando sanções muito graves para o caso de violação. É uma guerra atualmente em curso. As empresas ficam entaladas entre duas fidelidades: à supervisão norte-americana pela sua origem e à supervisão europeia pelo seu exercício.

O Brasil acompanha decerto o desenrolar deste conflito surdo. A posição relativamente extrema que o marco civil tomou, a respeito da competência da lei brasileira, poderá levantar problemas delicados. É bom que se prepare para esta eventualidade, quer no plano legislativo quer no político.

Notícias de última hora dão conhecimento de um acordo sobre esta matéria entre a União Europeia e os Estados Unidos da América. Há que aguardar qual será o conteúdo.

²¹ O que confirma convicções generalizadas de que empresas norte-americanas ganharam grandes concursos internacionais (nomeadamente no Brasil) porque sabiam de antemão o lance que concorrentes europeus ou outros iriam apresentar.



10. A epígrafe do capítulo IV (arts. 24 a 27) é “Da Atuação do Poder Público”. Envolve simultaneamente a União, os Estados, o Direito Federal e os Municípios, não obstante a desigualdade de funções destes, como observámos já.

Em todo o caso, há dois artigos que referem exclusivamente o Estado: o art. 26, sobre o “dever constitucional do Estado na prestação da educação”, e o art. 28, que comete ao Estado formular e fomentar estudos e fixar objetivos “referentes ao uso e desenvolvimento da internet no País”²².

É mais um capítulo de orientações gerais e por vezes vagas. Assim acontece com o art. 24, que fixa diretrizes para a atuação dos entes que contempla. A ideia geral é em qualquer caso sempre a da promoção da Internet e a sua utilização como alavanca das políticas públicas.

A intenção de aproveitamento das virtualidades da Internet é muito forte logo nas diretrizes do art. 24. Prevêem-se “mecanismos de governança multiparticipativa”, com referência expressa ao Comité Gestor da Internet, no Brasil (incs. I e II); a promoção do governo eletrônico (inc. III); a promoção da interoperabilidade entre sistemas e terminais (inc. IV); a “adoção preferencial de tecnologias, padrões e formatos abertos e livres” (inc. V), o que merece ser salientado; e, entre outros, a prestação de serviços de atendimento ao cidadão “por múltiplos canais de acesso, inclusive remotos” (inc. X). É todo um programa de digitalização, em si correto, que se impõe concretizar.

O mesmo diríamos dos objetivos fixados às aplicações da Internet pelos entes do poder público, previstos no art. 25. Salientamos o inc. III, que determina a “compatibilidade tanto com a leitura humana quanto com o tratamento automatizado das informações”, o que nos parece muito sensato: pois não teria sentido, na vertigem da digitalização que beneficia de início muito mais quem oferece os serviços que os usuários, criar afinal uma multidão de info-excluídos.

Também o art. 26 prevê, como conteúdo do dever constitucional do Estado da prestação de educação, como dissemos, a capacitação para o uso seguro, consciente e responsável da Internet, o que significa realmente um imperativo da integração brasileira e do chamamento à participação de todos os cidadãos.

No mesmo sentido ainda o art. 27, referente ao fomento da cultura digital, prevê a inclusão digital e a redução das desigualdades, além do fomento à produção e circulação de conteúdo nacional.

Finalmente, o art. 28 comete ao Estado estudos, dissemos, bem como a fixação de “metas, estratégias, planos e cronogramas de desenvolvimento da internet no país”.

São grandes objetivos, que não são fáceis, pois exigem um grande empenho e persistência. Permitimo-nos apenas retomar uma valência, com os olhos de quem reflete do exterior sobre o marco civil. Todos os países do mundo enfrentam agora o desafio da digitalização. O Brasil está integrado afinal no mesmo movimento, que altera em meia dúzia de anos formas milenárias de viver. Mas, se o movimento é qualitativamente o mesmo, quantitativamente assume no Brasil contornos que lhe dão um dramatismo particular.

²² O uso de *Estado*, no singular, deixa a dúvida para quem olha do exterior se se refere à União ou aos Estados.



11. O canteiro de obras aberto com o marco civil não se limita ao Direito da Internet em si. Mexe também com outros ramos do Direito. Limitamo-nos a referir dois.

I – Direito do Consumidor

O art. 7.XII contém uma referência ao consumidor: coloca entre os direitos do usuário a “aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor nas relações de consumo realizadas na internet”.

É muito pouco, e até em si criticável.

As normas de proteção e defesa do consumidor constam essencialmente do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Este é de 1990. Não obstante a sua extraordinária relevância, estava muito longe dos seus objetivos regular a utilização da Internet.

E é considerando esse fato que a remissão é criticável. Porque o problema a vencer não é o da aplicação das normas existentes: é o do estabelecimento de normas que regulem aquelas utilizações. Como observámos logo de início, o consumidor brasileiro está desarmado num domínio tão traiçoeiro como o do comércio eletrônico; em que, particularmente no âmbito internacional, não possui sequer uma lei a que possa recorrer perante os muitos alçapões que o ameaçam ²³.

É pois urgente ultrapassar a fase de indecisão que se prolonga, com projetos quase vintenários acumulando-se em vão no Congresso, mas sem que nenhuma solução esteja à vista.

II – Direito Autoral

Isto dá-nos a ponte para outro ramo do Direito sobre o qual o Marco Civil se repercute: o Direito Autoral.

A referência a obras literárias ou artísticas também releva na tutela do consumidor. Mas não se têm tirado as consequências devidas desta realidade.

Que dispõe o Marco Civil? Só refere o Direito Autoral epidermicamente e um pouco de esguelha: a propósito da responsabilidade do provedor.

Assim, o art. 31 prevê que a responsabilidade do provedor por danos decorrentes de infração a direitos de autor ou direitos conexos praticada por terceiros continuará a ser disciplinada pela legislação autoral vigente.

Obviamente, não é um objetivo do Marco Civil regular os direitos autorais. E quando os refere, fá-lo por reflexo da responsabilidade do provedor e mais – por remissão para o art. 19 § 2.º, que dispõe que a responsabilidade do provedor por infrações a direitos autorais cometidas em rede depende de legislação específica a emitir. Até lá, continuará a ser aplicada a legislação autoral vigente.

Deixa-se assim a descoberto um setor importante. A legislação vigente em matéria de Direito Autoral, no que respeita à Internet, é no Brasil incipiente. É esta a consequência de uma lei feita para o ambiente “terrestre” ser chamada a reger a realidade do ciberespaço, e ainda por cima só por referência à vertente relativa à responsabilidade do provedor.

A matéria tem extrema delicadeza. É necessário haver disciplina de direitos autorais, pois não tem justificação que a vida cultural se baseie na cópia ou na banalidade: só onde

²³ Nós próprios o acentuámos no domínio do comércio eletrônico, em que empresas e consumidores brasileiros (ou domiciliados no Brasil) estão desarmados perante as muitas anomalias que era necessário afrontar e sofrer, como dissemos acima.



houver um mínimo de criatividade se justifica a restrição grande da liberdade geral consistente na outorga do exclusivo autoral. Por outro lado, a disciplina do Direito Autoral tem de alcançar o equilíbrio que proteja o criador mas garanta ao mesmo tempo o espaço de liberdade necessário à vida coletiva. Esta é ameaçada pela voracidade daqueles que se intitulam representantes dos autores e dos artistas intérpretes ou executantes e outros titulares de direitos conexos, mas que tendem a ser sobretudo sensíveis a interesses empresariais. O marco civil manifesta consciência desta problemática, uma vez que no art. 19 § 2.º, ao remeter em abstrato para “previsão legal específica”, acrescenta que esta “deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5.º da Constituição Federal”.

Eis pois aberto outro grande canteiro de obras. Que exige muita determinação e mesmo coragem na defesa dos princípios; aliada, ao mesmo tempo, a muita finura no delinear do equilíbrio indispensável. Neste sentido, o reequilíbrio a que a União Europeia vai chegando, após uma fase em que tudo tendia unilateralmente ao aumento incessante da proteção, pode representar uma base de reflexão importante ²⁴.

²⁴ Foi um pilar a Comunicação sobre “Creative Content Online” da Comissão Europeia, de 3.I.08. Também tem sido importante o papel moderador do Tribunal Europeu. Por exemplo, no Proc. SABAM/NETLOG, caso C-360/10, o Tribunal pronunciou em 16.II.12 acórdão em que decidiu que o titular de uma rede social não pode ser obrigado a instalar um sistema geral de filtragem sobre as mensagens de todos os usuários, para impedir a utilização não autorizada de obras musicais e audiovisuais. Veja-se também no nosso *Questões Críticas do Direito da Internet* (versão digital), in *Inclusão Tecnológica e Direito à Cultura – Movimentos Rumo à Sociedade Democrática do Conhecimento* (organizadores Marcos Wachowicz / Carol Proner), Fundação Boiteux (Florianópolis), 2012, 39-68, no n.º 8, o que escrevemos sobre a Iniciativa Europeia das Bibliotecas Digitais.



12. A Lei n.º 12965 data, dissemo-lo, de 23.IV.14. Ao tempo em que escrevemos, passou mais de ano e meio após a aprovação.

Que se passou e qual o ambiente criado, durante este período? É muito importante considerá-lo, porque uma lei principiológica só ganha total eficácia através de fontes complementares que a concretizem. Por outro lado, há que atender à receção que lhe foi dada, porque da receptividade havida depende em grande parte a prossecução e efeito das diretrizes traçadas.

Além disso, uma vez que houve matérias que foram excluídas do Projeto, não por discordância mas, pragmaticamente, para dar maiores probabilidades à aprovação daquele, poderia esperar-se que essas matérias fossem subsequentemente tratadas em primeiro lugar.

No que respeita à produção legislativa gerada, nada aconteceu ainda, a nosso conhecimento²⁵. É possível que fosse consequência do trabalho que absorveu o Senado longamente, que terá levado o legislativo a ocupar-se de seguida com trabalhos de outras ordens; ou será fruto de um legislativo complexo, pouco propício à rapidez de resultados.

Extra Congresso, prosseguiu o debate de matérias singulares, sobretudo a neutralidade de rede, em que os contendores já identificados tentam interpretar a lei no sentido dos próprios interesses, influenciando a opinião pública com os seus pronunciamentos.

E o público que conhece estas matérias, como reage?

Tive a oportunidade de visitar o Brasil recentemente e falar (sobretudo para ouvir) a um público de juristas qualificados.

Pela reação dos presentes, verifiquei que não põem a lei em causa, antes, que a aceitam com normalidade. A descontinuidade legislativa não é motivo para preocupações: parece-lhes normal. A atenção volta-se mais para a prossecução do debate interno sobre os pontos mais concretos versados na lei, particularmente os referidos, da neutralidade da rede e da reserva de dados pessoais. É pois de supor que as mentalidades estejam dirigidas para o debate de questões particulares emanadas do projeto, mais do que à abordagem decidida de outras questões omissas, sobretudo o comércio eletrónico.

Assim, podemos concluir que não há oposição de base à abordagem legislativa das questões particulares abertas pelo Marco Civil, mas que o coroar dos trabalhos neste sentido não está para já²⁶.

ABSTRACT

Brazilian Law No. 12965/14, known as the Marco Civil of Internet, has institutionalized the general rules on Internet in Brazil. Its adoption faced difficulties because of the clash between divergent interests, particularly in the area of net neutrality. At long last, a special committee of the Senate imposed its own draft law and dropped all the others. It is a set of general principles that opens the door to sectoral legislation that is

²⁵ Sendo que este conhecimento da realidade brasileira para quem está de fora não é fácil.

²⁶ E verifica-se ainda outra tendência surpreendente: apesar de o Marco Civil ser uma lei de princípios, que prevê a própria legislação complementar, está sendo interpretada ousadamente, como se contivesse já a disciplina definitiva de matérias como o comércio eletrónico. Por mais que a prática o reclame, a base de semelhantes entendimentos é muito frágil.



urgent, as is the case of e-commerce. But it already contains in some points specific rules such as the neutrality of the internet and the personal data protection.

IDENTIDADE E PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE: ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE BRASIL E PORTUGAL

IDENTITY AND PROTECTION OF PERSONALITY RIGHTS: COMPARATIVE ANALYSIS BETWEEN BRAZIL AND PORTUGAL

WENCZENOVICZ, THAIS JANAÍNA

SIQUEIRA, RODRIGO ESPIÚCA DOS ANJOS

RESUMO: O devido artigo trata de analisar comparativamente, entre Brasil e Portugal, a proteção e garantias legislativas concedidas aos direitos da personalidade. Para tanto, em sua primeira parte, indica a conceituação e traça breves elementos históricos acerca do Direito Comparado. Num segundo momento, aponta o curso desse conceito no âmbito do Direito Brasileiro e Português. Em sua última, detalha a forma e o local legislativo das garantias e proteção concedidos aos direitos da personalidade, especialmente os direitos ao nome e imagem, em um cotejamento entre a situação brasileira e portuguesa. Analisa ainda, de forma comparativa e breve, a aplicação dos direitos da personalidade aos contratos de trabalho. Como método, utiliza-se da revisão bibliográfica e análise legislativa, como forma de revelar o pensamento do ordenamento jurídico em ambos os países estudados, na busca da compreensão e extensão da eficácia dos mecanismos de garantia e proteção dos direitos da personalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Brasil; Direito Comparado; Direitos da Personalidade; Portugal.

ABSTRACT: The proper article deals with a comparative analysis between Brazil and Portugal, the protection and legal guarantees for the rights of personality. Accordingly, in its first part it indicates the concept and outlines brief historical elements about Comparative Law. Secondly, it points out the trajectory of this concept within the Brazilian and Portuguese law. In its last part, it details the shape and location of legal guarantees and protection given to personality rights, especially the rights to the name and image, in a mutual comparison between the Brazilian and Portuguese situation. It also examines, in a comparative and briefly manner, the application of personality rights to employment contracts. As method, it uses literature review and legislative analysis, in order to reveal the thinking of the law in both countries studied, in the search for understanding the extent of effectiveness of guarantee schemes and protection of personality rights.

KEY WORDS: Brazil; Compared Law; Personality Rights; Portugal.

SOMMARIO: 1. Direito comparado: conceituação e evolução. – 2. Análise comparativa da proteção aos direitos da personalidade entre Brasil e Portugal. – 2.1. – Direitos Da Personalidade E Direito Constitucional – 2.2. – Direitos Da Personalidade E Legislação Civilista. – 2.2.1. O direito ao nome. – 2.2.2. Direito à imagem. – 3. Aplicação dos direitos da personalidade às relações de trabalho. – 4. Conclusão. – 5. Referências.



Sabe-se que o Direito Comparado figura no campo científico como tema transdisciplinar. Enquanto área é também objeto de análise de antropólogos, filósofos, historiadores, juristas e sociólogos.

Já no âmbito jurídico, o método de pesquisa comparado permite a análise de legislações, costumes, institutos, sistemas e ordenamentos diferentes, sejam eles entre municípios, estados, nações ou organizações distintas. Assim, é comum encontrar na doutrina, na jurisprudência, nos artigos jurídicos, bem como nos bancos acadêmicos, análises comparativas.

Orides Mezzaroba e Cláudia Monteiro (2003, p. 91), advertem que o método comparativo pode ser utilizado tanto para efetuar comparações no presente, no pretérito, ou as duas concomitantemente. Isto é, podem-se comparar elementos históricos do direito criados, por exemplo, na Roma antiga com legislações atualmente vigentes, razão pela qual o método comparado é tão utilizado nas pesquisas jurídicas.

Dentre os textos que versam sobre o ensino e o estudo do Direito Comparado no Brasil, utilizaremos para elaboração desse trabalho apenas três referências enquanto parâmetro conceitual, pela relevância dos dados que difundiram e pela experiência, nesse campo, de seus autores: 1) *A Ciência do Direito Comparado no Brasil*, do Professor Caio Mario da Silva Pereira,²⁷ *O estudo e o ensino do direito comparado no Brasil: séculos XIX e XX*, do Professor Haroldo Valladão²⁸ e *Le Droit Comparé au Brésil*, do Professor Arnoldo Wald²⁹. Este último estudo é o mais recente e dá conta, entre outros aspectos, do papel dos escritórios de advocacia ante as novas realidades regionais e internacionais.

O devido artigo divide-se em três partes assim constituídos: Direito Comparado: conceituação e evolução; Análise comparativa da proteção aos Direitos da Personalidade entre Brasil e Portugal e Aplicação dos direitos da personalidade às relações de trabalho. O procedimento metodológico aqui utilizado é o analítico-interpretativo de investigação bibliográfica principal (Constituições Brasil e Portugal e Legislação inerente a temática) e secundária (diversos autores) escritos no decorrer do século XX e a primeira década do século XXI relativo ao Direito Comparado.

²⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito Comparado e seu estudo*. In: *Revista da Faculdade de Direito de Minas Gerais*, 1955.

²⁸ VALLADÃO, Haroldo. *L'étude et l'enseignement du droit comparé au Brésil: XIX et XX siècles*. In: *Livre du Centenaire de la Société de Législation Comparée*, Paris: LGDJ, 1971, vol.II, p.309 e segs.

²⁹ WALD, Arnoldo. *Le Droit Comparé au Brésil*. In: *Revue Internationale de Droit Comparé*, Paris, n.4, 1999, pp.805-839.



1. Compreende-se que o Direito Comparado³⁰ expressa uma disciplina que propõe estudar as diferenças e semelhanças entre os ordenamentos por via de uma macro-comparação³¹ ou micro-comparação³². Seu exercício também dedica-se ao estudo das diferenças e semelhanças entre a lei de diferentes países. Mais especificamente, envolve o estudo dos diferentes sistemas jurídicos existentes no mundo, incluindo o direito civil, o direito das minorias, dentre outros. Ele inclui a descrição e análise dos sistemas jurídicos estrangeiros, mesmo onde não há comparação explícita é realizada. A importância do direito comparado aumentou significativamente com o advento do internacionalismo, a globalização econômica e de democratização.

³⁰O nascimento do direito comparado moderno é geralmente atribuída a Europa no século XVIII. No entanto, antes disso, os juristas (precursores da comparativistas de hoje e advogados internacionais) praticado método comparativo. Na história legal da Rússia, por exemplo, o método comparativo remonta ao século XVI. Os Antigos gregos já se esforçavam por comparar o direito em vigor em diferentes Cidades-Estado: Aristóteles estudou 153 constituições de cidades-Estado gregas para escrever a sua *Política*; Sólon teria feito o mesmo antes de promulgar as leis de Atenas.

³¹ A macro-comparação envolve sistemas jurídicos inteiros ou microssistemas jurídicos. Assim, por exemplo, microssistemas de saneamento básico, de proteção de florestas, de defesa da concorrência, de tutela ambiental entre outras políticas globalmente consideradas podem ser comparadas de forma abrangente.

³² Na micro-comparação, o objeto resta materialmente muito delimitado. A comparação se restringe a um instituto jurídico específico ou a uma de suas regras.



2. Embora o Direito Comparado corrobore no estudo de diversos ramos do direito, é no direito internacional privado que a disciplina e os exercícios de pesquisa exercem papel essencial: as instituições jurídicas estrangeiras são estudadas por meio da comparação entre ordenamentos jurídicos.

Diversamente do que ocorreu por muito tempo, em que os campos para a comparação jurídica eram selecionados segundo afinidades geopolíticas e ideológicas dos Estados envolvidos, ou de acordo como a similitude de graus de desenvolvimento econômico, ou ainda, em função de raízes culturais comuns, em suma, a comparação do comparável, na atualidade a prefixação desses campos passou a traduzir um interesse acadêmico e teórico. Isso porque a realidade da globalização e da transnacionalização impôs relações entre sistemas jurídicos profundamente heterogêneos, além de extrapolar as bases internacionais de relacionamento, chegando-se a patamares supranacionais e até mesmo universais.³³ Assim, se a urgência da compreensão entre os oriundos desses sistemas é ditada, a curto prazo, por interesses de natureza econômica, a longo prazo são exigências mais profundas de compreensão inter-cultural que devem ser consideradas para que se alcance um entendimento mais vasto. (TAVARES, 2002, p. 78)

2.1. Os direitos da personalidade como direitos subjetivos só passam a ser concebidos desta forma a partir do final do século XIX, com o civilista alemão Otto Von Gierke. Essa concepção, contudo, começa a tomar corpo com os movimentos revolucionários na França e nos Estados Unidos da América, com seus primeiros contornos na Declaração dos Direitos do Homem na França, e a Declaração de Independência estadunidense.

A sua consolidação ocorre gradualmente mas só se define com clareza após a II Guerra Mundial, em virtude da mudança cultural e intensificação da complexidade das relações intersubjetivas. Pavelski assim descreve a gênese do entendimento dos direitos da personalidade como direitos subjetivos:

Os direitos de personalidade não ganharam proteção específica nos Códigos do século XIX, porque tais diplomas, como dito no capítulo anterior, tinham como mote assegurar a propriedade e a individualidade, dogmas do mundo burguês, e, por isso mesmo, consideradas como codificações patrimonialistas. Era preciso assegurar a autonomia dos particulares na circulação de suas riquezas, seus bens, sua propriedade. A tutela dos direitos da personalidade, então, tomou campo ao longo do século XX e se consolidou no pós-Segunda Guerra Mundial, com as mudanças culturais, ante a intensificação da complexidade das relações sociais. (PAVELSKI, 2009, p. 125)

Os direitos da personalidade tem como princípio primordial a dignidade da pessoa humana, e, como este princípio, não podem ser atribuídos ou retirados, mas sim reconhecidos e protegidos pelos ordenamentos jurídicos.

Gonçalves assim define os direitos da personalidade:

³³ Pode-se aludir que a prática comparativa em busca de melhores estruturas jurídicas para problemas sociais comuns a diversos países tem-se difundido também nas áreas de direito ambiental, direito urbanístico, regulação da atividade econômica, estruturas federativas, combate ao terrorismo, refugiados, corrupção e demais.



A concepção dos direitos da personalidade apóia-se na idéia (sic) de que, a par dos direitos economicamente apreciáveis, destacáveis da pessoa de seu titular, como a propriedade ou o crédito contra um devedor, outros há, não menos valiosos e merecedores da proteção da ordem jurídica, inerentes à pessoa humana e a ela ligados de maneira perpétua e permanente. São os *direitos da personalidade*, cuja existência tem sido proclamada pelo direito natural, desacomodando-se, dentre outros, o direito à vida, à liberdade, ao nome, ao próprio corpo, à imagem e à honra. (GONÇALVES, 2003, p. 153)

Desta forma, os direitos da personalidade devem ser entendidos como aqueles inerentes ao próprio ser humano, e relacionados com o entendimento que a pessoa tem de si mesma e também com o entendimento que os outros têm do titular de tais direitos. Os direitos da personalidade também estão relacionados com o uso e disposição que o sujeito pode ou não fazer de seu corpo, imagem e nome.

No Brasil, os direitos da personalidade estão positivados na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, no artigo 1º, inciso V, que estatui “o direito à resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem” e no inciso X, onde dispõe como invioláveis “a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Além dos dispositivos retro, a Constituição de 1988 salvaguarda, de maneira cristalina, a dignidade da pessoa humana, no mesmo artigo 1º, inciso III. Dignidade esta que é tida por fundamento da República Federativa do Brasil e, por isso, orienta todo o sistema jurídico brasileiro na direção da proteção e promoção dos direitos da personalidade.

No Direito Português, os direitos da personalidade também encontram guarida constitucional, tornando-se, portanto, à semelhança do Brasil, direitos fundamentais.³⁴ A Constituição da República Portuguesa assim estatui:

Artigo 24.º
(Direito à vida)

1. A vida humana é inviolável.
2. Em caso algum haverá pena de morte.

Artigo 25.º
(Direito à integridade pessoal)

1. A integridade moral e física das pessoas é inviolável.
2. Ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos.

³⁴ Neste trabalho, adota-se o entendimento de direitos fundamentais como aqueles que, embora inseridos na concepção de direitos humanos, foram positivados no seio constitucional de um ordenamento jurídico.



Artigo 26.º
(Outros direitos pessoais)

1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação.

2. A lei estabelecerá garantias efectivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias.

3. A lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica.

4. A privação da cidadania e as restrições à capacidade civil só podem efectuar-se nos casos e termos previstos na lei, não podendo ter como fundamento motivos políticos. (PORTUGAL, 1976)

Importa destacar que nem todos os direitos fundamentais devem ser entendidos como direitos da personalidade, embora todos os direitos da personalidade que estejam consagrados no bojo constitucional serão considerados direitos fundamentais. Os direitos políticos e civis, bem como os direitos à prestação, por exemplo, ainda que positivados constitucionalmente, não devem ser entendidos como direitos da personalidade, uma vez que não são intrinsecamente relacionados à condição de pessoa. Canotilho, por sua vez, entende que os direitos da personalidade abarcam alguns direitos de estado, direitos sobre a própria pessoa, aqueles distintivos da personalidade e alguns dos direitos de liberdade, demonstrando que há, cada vez mais, uma aproximação entre os direitos fundamentais e os direitos da personalidade, como direitos à “pessoa ser e à pessoa devir”. (CANOTILHO, 2003)

Percebe-se, portanto, que há mais semelhanças que diferenças entre Brasil e Portugal, no que tange ao tratamento constitucional dos direitos da personalidade. Contudo, deve ser ressaltado que, no Direito Constitucional Lusitano, a disposição dos direitos da personalidade é feita de forma mais amíuê, vez que fornece maior lista de direitos no texto constitucional.

A seguir, verificar-se-á o tratamento dos direitos da personalidade no âmbito da legislação infraconstitucional brasileira e portuguesa.

2.2. O Código Civil Brasileiro de 2002 dedicou um novo capítulo aos direitos da personalidade. Os artigos 11 ao 21 do Código Civil buscam salvaguardar os variados aspectos de tais direitos, desde a proteção ao nome até a disposição do corpo para fins científicos e altruísticos.

No tocante à tutela dos direitos da personalidade, o artigo 12 do Código Civil Brasileiro, determina que “pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”. (BRASIL, 2002)

Da análise do citado dispositivo legal depreende-se que, no Brasil, a tutela dos direitos da personalidade é exercida de três maneiras distintas: atenuante, preventiva e



indenizatória. A tutela atenuante deve ser entendida como aquela que se destina à mitigar ou cessar, imediatamente, a lesão aos direitos da personalidade sob ataque. A tutela preventiva tem por objetivo prevenir a lesão, agindo para cessar a ameaça ao direito. Já a tutela indenizatória, por sua vez, objetiva reparar o dano e punir o agressor através de medida de reparação pecuniária, que deve servir também ao caráter pedagógico da compensação financeira pela ação danosa.

Já no direito civil português, a tutela dos direitos da personalidade encontra-se disposta no artigo 70 do Código Civil Português, que assim estatui:

Artigo 70.º

(Tutela geral da personalidade)

1. A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral.

2. Independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar, a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida.

(PORTUGAL, 1966)

Da análise do supramencionado artigo, percebe-se que, à semelhança do caso brasileiro, a tutela dos direitos da personalidade no sistema jurídico português também se dá no âmbito atenuante, preventiva e indenizatória, permitindo que se interponham medidas de cessação da lesão, prevenção à ameaça e reparação pecuniária pelos danos causados.

O que se pôde averiguar, até aqui, foi a existência de muitas semelhanças no tratamento geral constitucional e da tutela civil dos direitos da personalidade entre Brasil e Portugal. Passa-se agora a cotejar, comparativamente e para fins exemplificativos, o tratamento legislativo conferido a específicos direitos da personalidade: o direito ao nome e à imagem.

2.2.1. Quando se referem ao direito ao nome, a doutrina e a legislação querem fazer menção à forma mais pessoal da identificação da pessoa. O nome é a forma mais pessoal de diferenciação do seu titular dos demais membros da sociedade.

Na legislação privatista brasileira, o nome está protegido nos artigos 16 a 19, conforme se verifica abaixo:

Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.

Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.

Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial.



Art. 19. O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome. (BRASIL, 2002)

Assim, percebe-se que o nome assume especial relevância e obtém garantias contra o seu uso indevido, compreendidos nesta proteção o prenome e o sobrenome. Vislumbra-se, ainda, a possibilidade de proteção do nome contra o uso comercial indevido, bem como o impedimento da utilização pública deste de maneira humilhante ou vexatória. Observe-se que, devido à íntima relação do nome com a pessoa que o porta, o comportamento ofensivo poderá mesmo ser considerado crime contra a honra da pessoa e não mero ataque ao nome desta.

No direito civil português, a proteção ao nome está consagrada nos artigos 72 a 74 do Código Civil lusitano, conforme se verifica abaixo:

Artigo 72º

(Direito ao nome)

1. Toda a pessoa tem direito a usar o seu nome, completo ou abreviado, e a opor-se a que outrem o use ilicitamente para sua identificação ou outros fins.

2. O titular do nome não pode, todavia, especialmente no exercício de uma actividade profissional, usá-lo de modo a prejudicar os interesses de quem tiver nome total ou parcialmente idêntico; nestes casos, o tribunal decretará as providências que, segundo juízos de equidade, melhor conciliem os interesses em conflito.

Artigo 73º

(Legitimidade)

As acções relativas à defesa do nome podem ser exercidas não só pelo respectivo titular, como, depois da morte dele, pelas pessoas referidas no nº 2 do artigo 71º.

Artigo 74º

(Pseudónimo)

O pseudónimo, quando tenha notoriedade, goza da protecção conferida ao próprio nome.

(PORTUGAL, 1966)

Assim, é possível afirmar, mais uma vez, a semelhança entre o direito brasileiro e o português na proteção ao nome. Esta proteção é extensiva, inclusive, ao pseudônimo de caráter notório e utilizado para fins lícitos, e garante ao portador a possibilidade de opor contra terceiros medidas preventivas de utilização indevida e não autorizada de seu nome.

2.2.2. O conceito corriqueiro de imagem humana é o de retrato de uma pessoa. O que ocorre é que normalmente a imagem de uma pessoa está vinculada a um suporte estático, qual seja: fotografia, desenho, pintura, escultura, etc. Contudo, o suporte utilizado



para exibir a imagem de alguém também pode ser dinâmico, tal como: filmagem, transmissão de televisão e etc. Qualquer que seja o suporte, a utilização da imagem de uma pessoa só é legítima se for feita com a devida autorização do seu titular.

Além da imagem estática e dinâmica, pode-se ainda falar da imagem desvinculada destes suportes, daquela que está representada na concepção que as pessoas têm de si e uns dos outros. Diz-se que esta imagem é o conjunto das ideias e conceitos que os indivíduos têm da vida e que estão associados às pessoas. A este conjunto de conceitos dá-se o nome imagem-atributo. Ambas as formas de imagem, retrato ou atributo, devem ser protegidas pelas normas de direito da personalidade.

Coelho distingue imagem-retrato de imagem-atributo, definindo a primeira como a representação do corpo da pessoa por, ao menos, uma das partes que a representa; e a última como sendo o conjunto de características associadas à pessoa por aqueles que a conhecem. Assim, ambas as formas de definição da imagem, atributo ou retrato, servem à identificação da pessoa e auxiliam na sua individuação. (COELHO, 2005, pp. 204-205)

Embora os direitos da personalidade tenham uma conotação extrapatrimonial, pois cuidam de proteger bens jurídicos inerentes à pessoa, no caso do direito à imagem há uma conotação econômica, isto é, pode ser quantificado em pecúnia, na hipótese de a imagem ser capaz de produzir receita caso seja vinculada à personalidade pública detentora de fama com valor comercial.

A imagem está protegida no direito brasileiro, na Constituição Federal de 1988, artigo 5º, incisos V e X, consagrado ali, inclusive o direito à reparação financeira, conforme já referido anteriormente.

Também na legislação infraconstitucional brasileira, no Código Civil de 2002, a imagem encontra proteção no artigo 20, conforme se verifica abaixo:

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes. (BRASIL, 2002)

Assim, a divulgação não autorizada da imagem de alguém pode ensejar a reparação pecuniária se atingir a honra, a boa fama ou se for destinada a fins comerciais. Contudo, a mesma divulgação não autorizada não ensejará qualquer reparação se servir à administração da justiça ou manutenção da ordem pública. Os descendentes, ascendentes e cônjuge, na hipótese de morto ou ausente, também têm legitimidade para requerer a proteção da imagem do falecido a eles relacionado.

Para o direito português, a proteção da imagem está consagrada no artigo 79º do Código Civil lusitano, nos moldes abaixo:

Artigo 79º
(Direito à imagem)



1. O retrato de uma pessoa não pode ser exposto, reproduzido ou lançado no comércio sem o consentimento dela; depois da morte da pessoa retratada, a autorização compete às pessoas designadas no n.º 2 do artigo 71.º, segundo a ordem nele indicada.

2. Não é necessário o consentimento da pessoa retratada quando assim o justificarem a sua notoriedade, o cargo que desempenhe, exigências de polícia ou de justiça, finalidades científicas, didáticas ou culturais, ou quando a reprodução da imagem vier enquadrada na de lugares públicos, ou na de factos de interesse público ou que hajam decorrido publicamente.

3. O retrato não pode, porém, ser reproduzido, exposto ou lançado no comércio, se do facto resultar prejuízo para a honra, reputação ou simples decoro da pessoa retratada.

(PORTUGAL, 1966)

Da análise do dispositivo legal acima, pode-se perceber semelhante proteção àquela conferida pelo direito civil brasileiro. Embora se vislumbre certa preponderância da proteção à imagem-retrato, a parte final do item 3 acima, denota a possibilidade de proteção da imagem-atributo pois a reprodução, exposição ou lançamento no comércio não pode afetar a honra, a reputação, ou mesmo o simples decoro da pessoa retratada.

Se a utilização da imagem, ainda que em suporte estático, causar constrangimento ou sofrimento, ou ainda ofender a imagem pessoal que a pessoa tem de si mesma, aquela utilização poderá ser reprimida ou proibida, o que conduz à interpretação que a imagem-atributo também está protegida pelo direito português.

3. O entendimento da jurisprudência e doutrina brasileiras, a respeito da aplicabilidade dos direitos da personalidade aos contratos de trabalho é a da aplicação, contudo, por via análoga ou interpretativa.

Não há, ainda, na legislação brasileira, determinação clara e inequívoca da aplicação dos direitos da personalidade às relações de trabalho. Contudo, vez que são entendidos como direitos fundamentais, os direitos da personalidade positivados no âmbito constitucional, não podem deixar de ser garantidos a nenhuma pessoa no território nacional brasileiro.

Ainda que, na abrangência da relação de trabalho, onde o empregador exerce legitimamente um poder diretivo, resultante diretamente do contrato laboral, tais direitos ainda devem ser protegidos, já que do trabalhador não pode ser retirado o *status* de sujeito de direitos – deve, então, ser entendido como trabalhador-cidadão – mesmo após adentrar as portas do estabelecimento do seu empregador.

Portanto, o trabalhador deve sempre ter protegidos e garantidos seus direitos de cidadão. Isso porque há um desejável efeito de considerar o empregado como “trabalhador-cidadão”, que deve ver protegidas as garantias e liberdades fundamentais.

Almeida assim assevera:

Ora, essa consagração dos direitos da cidadania como direitos fundamentais de primeira geração ou dimensão despertou a ideia de que sua efetivação, no que tange aos



trabalhadores, não deve ser perseguida apenas no contexto da sociedade política, mas também no âmbito das relações de trabalho. (ALMEIDA, 2012, p. 10)

Embora os direitos da personalidade não estejam direta e expressamente positivados como direitos laborais na legislação brasileira, estes direitos podem e devem ser concebidos como aplicáveis diretamente e imediatamente às relações de trabalho, por força do disposto na Constituição Federal brasileira, artigo 5º, inciso X, conforme se verifica a seguir:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

[...]

(BRASIL, 1988)

Ora, com clareza estatui a Constituição Federal de 1988 que os direitos da personalidade são invioláveis, sem que estabeleça qualquer limite ao seu exercício e gozo, tal como, o contrato de trabalho.

Mais uma vez, soam necessárias as reflexões de Almeida:

O direito brasileiro, embora não tenha ainda regulamentado pela legislação trabalhista os direitos da personalidade no âmbito das relações de trabalho, como direitos laborais inespecíficos dos trabalhadores, sua efetividade, no entanto, como direitos fundamentais, é garantida pela aplicação do art. 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988, em especial no que concerne a proteção à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas. (ALMEIDA, 2012, p. 11)

Assim, os direitos da personalidade, mesmo que ainda não positivados no âmbito da legislação laboral brasileira, devem ser garantidos a todos os trabalhadores, sem qualquer distinção, mesmo durante a vigência do contrato de trabalho, como resultado da incidência da força irradiadora da Constituição Federal.

Já no âmbito do sistema normativo português, os direitos da personalidade foram claramente positivados e são aplicáveis às relações de trabalho. Como dito anteriormente, o direito português consagrou na Constituição da República Portuguesa, em seu artigo 26 e seguintes, os direitos da personalidade.

Tais direitos também receberam proteção através do Código de Trabalho Português de 2009, que traz ampla e detalhada lista compreendendo os direitos à: liberdade de expressão e de opiniões, integridade física e moral, reserva da intimidade da vida privada,



proteção em relação aos meios de vigilância à distância no local de trabalho, confidencialidade de mensagens e o acesso à informação.

Como exemplo comparativo, pode-se ressaltar o direito à informação protegido pelo Direito Português, consagrado no artigo 54, 5, alínea “a”, da Constituição da República Portuguesa. O direito à informação deve ser garantido nas negociações coletivas com vistas à defesa dos interesses e intervenção democrática na vida da empresa. Da mesma forma, o direito à informação, da mesma Constituição portuguesa, no artigo 55, 6, é garantido aos representantes sindicais em exercício.

Assim estatui a Constituição da República Portuguesa:

Artigo 54.º

(Comissões de trabalhadores)

[...]

5. Constituem direitos das comissões de trabalhadores:

a) Receber todas as informações necessárias ao exercício da sua actividade;

[...]

Artigo 55.º

(Liberdade sindical)

[...]

6. Os representantes eleitos dos trabalhadores gozam do direito à informação e consulta, bem como à protecção legal adequada contra quaisquer formas de condicionamento, constrangimento ou limitação do exercício legítimo das suas funções.

(PORTUGAL, 1976)

Ainda na seara dos direitos individuais, o Código do Trabalho Português de 2009 garante o direito à informação no artigo 353, 1 nas hipóteses de dispensa sob a alegação de justa causa, bem como, por ocasião de despedida coletiva, no artigo 361, 1 do mesmo Código.

Vejamos como está redigido o Código do Trabalho Português:

Artigo 353.º

Nota de culpa

1 – No caso em que se verifique algum comportamento suscetível de constituir justa causa de despedimento, o empregador comunica, por escrito, ao trabalhador que o tenha praticado a intenção de proceder ao seu despedimento, juntando nota de culpa com a descrição circunstanciada dos factos que lhe são imputados.

[...]



Artigo 361.º

Informações e negociação em caso de despedimento coletivo

1 – Nos cinco dias posteriores à data do ato previsto nos n.os 1 ou 4 do artigo anterior, o empregador promove uma fase de informações e negociação com a estrutura representativa dos trabalhadores, com vista a um acordo sobre a dimensão e efeitos das medidas a aplicar e, bem assim, de outras medidas que reduzam o número de trabalhadores a despedir, designadamente:

- a) Suspensão de contratos de trabalho;
- b) Redução de períodos normais de trabalho;
- c) Reconversão ou reclassificação profissional;
- d) Reforma antecipada ou pré-reforma.

[...]

(PORTUGAL, 2009)

No Brasil não há positivação do direito à informação dentre os direitos trabalhistas, contudo, o que se verifica em várias convenções coletivas de trabalho é o estabelecimento do direito à informação do trabalhador, por ocasião da despedida sob alegação de justa causa, hipótese em que empregado terá direito à receber carta explicitando o motivo e a fundamentação legal da penalidade aplicada.

Assim, percebe-se que em relação à proteção dos direitos da personalidade no âmbito da legislação trabalhista brasileira, ainda há um longo caminho a percorrer. Embora se possa afirmar a possibilidade de aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais às relações de trabalho, não há proteção específica de tais direitos, na seara das relações de trabalho no Brasil.

Por outro lado, a legislação portuguesa evidencia avanços na proteção aos direitos da personalidade na constância da relação laboral, demonstrando, desta forma, o entendimento da importância da garantia e proteção de tais direitos para a promoção da dignidade humana.

4. A guisa de conclusão, pode-se dizer que os estudos em Direito Comparado tem por premissa analisar tradições jurídicas, com o objetivo de ler feições normativas contemporâneas, justificando-se o recorte ora geral e específico. Para uma análise comparativa indica-se que a mesma não deva ser elaborada tão somente pela avaliação da legislação ou do instituto em si, mas deve, levar em consideração o posicionamento doutrinário que a sustenta ou a critica, costumeiramente indicada por um ponto de vista, seja ele antropológico, cultural, econômico, filosófico, histórico, jurídico, sociológico, entre outros. Nesse aspecto, também é importante reconhecer se o pesquisador aproxima ou distancia-se dos movimentos de globalização/transnacionalização, e reconhecer se sua análise comparatista representa uma disciplina e ou com um mero excerto metodológico.

Nessa assertiva, é possível concluir que há muitas semelhanças no tratamento dos direitos da personalidade nos ordenamentos jurídicos de Brasil e Portugal. Em ambos os ordenamentos jurídicos, os direitos da personalidade são aqueles inerentes ao ser humano



em sua individualidade e pessoalidade, tendo como principal fundamento a dignidade da pessoa humana. Ainda que não sejam considerados direitos de cunho patrimonial, uma vez que protegem interesses jurídicos não suscetíveis de avaliação financeira, os direitos da personalidade podem atingir um patamar de patrimonialidade quando forem violados e dessa violação resultar a obrigação de indenizar.

Em matéria de direito civil, tanto a legislação lusitana quanto a brasileira, reservam especial tratamento aos direitos da personalidade, concedendo, inclusive, uma tutela especial que pode ser exercida de forma atenuante, preventiva e indenizatória, sendo a primeira com o fito de cessar a lesão, a segunda para impedir a ameaça e a última com o fito de reparar financeiramente o dano efetivamente causado.

Já no âmbito constitucional, os direitos da personalidade ganham o *status* de direitos fundamentais, e garantem ao indivíduos a proteção de suas características mais pessoais e intrínsecas, tais como nome e imagem e, por isso mesmo, merecem especial proteção e tutela estatal.

5. ALMEIDA, Renato Rua de. Os direitos laborais inespecíficos dos trabalhadores. In: ALMEIDA, Renato Rua de. (Coord.). SOBRAL, Jeana da Silva; SUPIONI JUNIOR, Claudimir. (Orgs.) Direitos laborais inespecíficos: os direitos gerais de cidadania na relação de trabalho. São Paulo: LTr, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Senado Federal, 2011.

BOBBIO, Norberto - A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2003

CUPIS, Adriano de. Os direitos da personalidade. Tradução Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Vol. I: Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2003.

MEZZAROBIA, Orides. MONTEIRO, Cláudia Servilha. Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito. São Paulo: Saraiva, 2003.

PAVELSKI, Ana Paula. Os direitos da personalidade do empregado: em face do exercício abusivo do poder diretivo do empregador. Curitiba: Juruá, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Direito Comparado e seu estudo. In: Revista da Faculdade de Direito de Minas Gerais, 1955.

TAVARES, Ana Lucia de Lyra. O ensino do direito comparado no Brasil contemporâneo. In: Revista Direito, Estado e Sociedade - v.9 - n.29 - p 69 a 86 - jul/dez 2006.

VALLADÃO, Haroldo. L'étude et l'enseignement du droit comparé au Brésil: XIX et XX siècles. In: Livre du Centenaire de la Société de Législation Comparée, Paris: LGDJ, 1971, vol.II.

WALD, Arnaldo. Le Droit Comparé au Brésil. In: Revue Internationale de Droit Comparé, Paris, n.4, 1999.



Fontes Eletrônicas

BRASIL, Código Civil - Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF. Congresso Nacional, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em 04 de fevereiro de 2016.

PORTUGAL. Código Civil Português – Decreto-Lei nº 47.344, de 25 de janeiro de 1966 (atualizado até a Lei 150, de 10 de setembro de 2015). Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis. Acesso em 04 de fevereiro de 2016.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa, 1976. Lisboa, Portugal. Assembleia da República, 2005. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/constpt2005.pdf>. Acesso em: 19 de setembro de 2015.

PORTUGAL. Código do Trabalho, 2009. Lisboa, Portugal. Disponível em: <http://www.cite.gov.pt/asstscite/downloads/legislacao/CodigoTrabalho2009.pdf>. Acesso em: 19 de setembro de 2015.



STUDI E RICERCHE

LAS BASES DEL DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL COMO DERECHO FUNDAMENTAL DEL SER HUMANO

CARLOS ANTONIO AGURTO GONZÁLES^{35*}

SONIA LIDIA QUEQUEJANA MAMANI^{**}

SOMMARIO: 1. El sustento del derecho a la identidad personal: la concepción del ser humano como “ser libertad”. - 2. El tridimensionalismo jurídico: necesario fundamento jusfilosófico a la identidad personal. - 3. La identidad personal como derecho fundamental del ser humano. - 4. La identidad, sus tipos: la identidad estática y la dinámica. - 5. El fundamental aporte del Maestro Carlos Fernández Sessarego en el desarrollo del derecho a la identidad personal. - 6. Conclusiones. - 7. Bibliografía.

* Magister en Ciencias Internacionales y Diplomáticas por la Alma Mater Studiorum – Universidad de Bolonia (Italia), con estudios concluidos de Maestría en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Fue investigador en materia jurídica en el “Centro Altiero Spinelli per l’Europa dei popoli e la pace nel mondo” de la Universidad de Roma Tres (Italia). Ex Becario de la Unión Europea. Profesor de Derecho Civil y Derecho Internacional Público en la Universidad Privada Sergio Bernaldes de Lima y Profesor Visitante de la Universidad Autónoma del Perú. Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

** Máster en “*Ciudadanía europea e integrazione euro mediterranea*” por la Universidad de Roma Tres (Italia). Asimismo, es Máster en “*Peacekeeping & Security studies. La gestión civil y militar de las crisis en ámbito europeo e internacional*” por esta misma Casa de Estudios italiana. Cuenta con estudios concluidos de Maestría en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Ha sido investigadora en materia jurídica en el “Centro Altiero Spinelli per l’Europa dei popoli e la pace nel mondo” de la Universidad de Roma Tres (Italia). Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.



1. Como nos ha enseñado el Maestro peruano, Prof. Carlos Fernández Sessarego³⁶, la nueva y revolucionaria concepción del ser humano (un ser libertad, a la vez coexistencial y temporal), que se concreta en la primera mitad del siglo XX, permitió superar el hecho de que éste no se reduce a constituirse tan sólo como un animal “racional”³⁷. La “razón” no da cuenta ella sola del ser del hombre³⁸. Afirmar que su estructura no se agota únicamente en ser “*una unidad psicosomática*” significa que se trata de un ser que es un ser libertad, simultáneamente coexistencial y temporal³⁹.

En tal sentido, lo que protege el “Derecho” es la libertad⁴⁰, a fin de que cada ser humano, pueda cumplir con su personal “*proyecto de vida*” dentro de la sociedad, participando del bien común, que es de uno y de todos.

Entonces, el Derecho ha sido creado para proteger al ser humano a fin de que pueda realizarse como persona⁴¹.

En efecto, el “*redescubrimiento*” de la calidad ontológica del *ser libertad*, que constituye y sustenta al hombre, ha producido una nueva concepción del Derecho que nos obliga a un repensamiento de sus bases y supuestos⁴².

Los seres humanos hemos creado un conjunto de normas jurídicas mediante cuyo cumplimiento obligatorio⁴³ se pretende establecer que las relaciones humanas en sociedad sean valiosas, a fin de crear los escenarios o situaciones para que cada ser humano pueda cumplir con su propio destino personal, con su “*proyecto de vida*”, sin dañar ni ser dañado por los “*otros*”⁴⁴. De ahí que el Derecho sea una exigencia existencial desde que el ser humano es estructuralmente “*social*” o coexistencial⁴⁵.

³⁶ Fernández Sessarego, Carlos, *Un nuovo modo di fare diritto*, en: AA.VV., *Il diritto dei nuovi mondi*, atti del Convegno promosso dall'Istituto di Diritto Privato delle Facoltà di Giurisprudenza, Génova, 5-7 novembre 1992, Cedam, Padua, 1994, pág. 229.

³⁷ Fernández Sessarego, Carlos, *Protección jurídica de la persona*, Universidad de Lima, Lima, 1992, pág. 28 y ss.

³⁸ Como indica el Maestro Fernández Sessarego, que es solo en tiempos recientes cuando “*se descubre que el ser de hombre es diferente al ser de las cosas; que no es macizo, compacto, sino por el contrario, lábil, proyectivo, historializado. No cabe reducirlo a la calidad del ser de las cosas*”: Fernández Sessarego, Carlos, *El derecho como libertad*, tercera edición, Ara Editores, Lima, 2006, pág. 109.

³⁹ Fernández Sessarego, Carlos, *Il “danno alla libertà fenomenica”, o “danno al progetto di vita”, nello scenario giuridico contemporaneo*, en: *La responsabilità civile*, n° 6, Utet Giuridica, Turín, 2008, pág. 01.

⁴⁰ Fernández Sessarego, Carlos, *Deslinde conceptual entre “daño a la persona”, “daño al proyecto de vida” y “daño moral”*, en: *Responsabilidad civil. Nuevas tendencias, unificación y reforma. Veinte años después*, edición bajo la dirección de Juan Espinoza Espinoza, Palestra editores, Lima, 2005, pág. 110 y ss.

⁴¹ Fernández Sessarego, Carlos, *Un nuovo modo di fare diritto*, en: AA.VV., *Il diritto dei nuovi mondi*, atti del Convegno promosso dall'Istituto di Diritto Privato delle Facoltà di Giurisprudenza, Génova, 5-7 novembre 1992, Cedam, Padua, 1994, pág. 229.

⁴² Como enseña Coing, como obra que es del ser humano, el Derecho no puede comprenderse sino partiendo de intenciones humanas: Coing, Helmut, *Fundamentos de filosofía del Derecho*, traducción de Juan Manuel Mauri, Ediciones Ariel, Barcelona, 1961, pág. 31.

⁴³ Para el egregio Kelsen, el sistema de normas que conocemos como orden jurídico, es un sistema de naturaleza dinámica: Kelsen, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, traducción de Eduardo García Máynez, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1969, pág. 133.

⁴⁴ Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho y persona*, cuarta edición, Lima, Grijley, 2001, pág. 30.

⁴⁵ Grossi, Paolo, *Prima lezione di diritto*, quindicesima edizione, editori Laterza, Roma-Bari, 2010, pág. 15. Ahora también en castellano, *La primera lección del Derecho*, traducción de Clara Álvarez Alonso, Marcial Pons, Madrid, 2006, pág. 25.



Teniendo lo expuesto como base, lo que no se había advertido es que, sin negar la igualdad de todos los seres humanos, se percibe que, sobre esa igualdad, se erige la identidad en que cada cual consiste. En efecto, la identidad jurídicamente se había confinado en el aspecto biológico del ser humano⁴⁶, al que usualmente se le designa con la expresión “*identificación*”. La “*identidad*” de la persona se reducía, hasta no hace mucho, a su nombre, sus huellas digitales y, en general, los datos consignados en su documento nacional de identidad. Dentro de este planteamiento no jugaba ningún rol la libertad, en cuanto ser del hombre.

Sólo en tiempos recientes se ha puesto en evidencia que la identidad no se confunde con la identificación⁴⁷, cuyos datos son generalmente invariables, sino que por su calidad ontológica de ser libre, el ser humano está también dotado de una identidad dinámica, la que está conformada por las características de su persona⁴⁸. Por ende, la identidad, “*verdad personal*” o “*interés a la individualidad personal*”⁴⁹, se encuentra esencialmente vinculada con la libertad, desde que su ejercicio permite el despliegue de la personalidad en el tiempo⁵⁰.

⁴⁶ Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho a la identidad personal*, Astrea, Buenos Aires, 1992, pág. 25.

⁴⁷ Zeno-Zencovich, Vincenzo, *Identità personale*, en: Digesto, discipline privatistiche, sezione civile, IV edizione, volume IX, Utet, Turín, 1993, pág. 3 y ss.

⁴⁸ Como lo ha asentado la Corte de Casación de Italia en la sentencia n° 3769 del 22 de junio de 1985, “*cada sujeto tiene interés, considerado generalmente merecedor de tutela jurídica, de ser representado, en la vida de relación, con su verdadera identidad, así como es en la realidad social, general y particular. Es conocida o puede ser conocida con la aplicación de los criterios de la norma diligencia y de la buena fe subjetiva. Es decir, tiene interés a no verse en su interior alterado, cambiado, trastornado, manifestando su patrimonio intelectual, político, social, religioso, ideológico, profesional, etc., como es extrínsecamente o aparece, en base a circunstancias concretas y unívocas, destinadas a insertarse en el ambiente social*”: Pino, Giorgio, *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, Il Mulino, Bolonia, 2003, pág. 09.

⁴⁹ Estas dos expresiones se remontan a las pioneras contribuciones de Adriano de Cupis, que fue uno de los primeros juristas en el *civil law* que se ocupó sobre el tema de la identidad personal, en: *Tutela assoluta dell'individualità personale* de 1955 y *Tutela giuridica contro le alterazioni della verità personale* de 1956, ambos trabajos reproducidos en: De Cupis, Adriano, *Teoria e pratica del diritto civile*, Giuffré editore, Milán, 1967.

⁵⁰ Zeno-Zencovich, Vincenzo, *Personalità (Diritti della)*, en: Digesto, discipline privatistiche, sezione civile, IV edizione, volume XIII, Utet, Turín, 1996, pág. 432 y ss.



2. En la década de los años cuarenta del siglo XX surge simultáneamente en el Brasil y en el Perú una nueva concepción del Derecho. Ella pretendió superar las visiones parciales que proponían tanto el jusnaturalismo como el formalismo y el sociologismo jurídicos. Se trata del tridimensionalismo jurídico⁵¹, teoría que plantea una explicación global de lo que es el Derecho al considerarlo como la *interacción dinámica* de tres objetos heterogéneos como son las conductas humanas intersubjetivas, los valores y las normas jurídicas. Para el tridimensionalismo, el Derecho no se reduce a ninguno de aquellos tres objetos aunque, a su vez, postula que ninguno de ellos puede faltar para la captación completa del concepto “Derecho”.

En efecto, la interacción dinámica de conductas humanas intersubjetivas, valores y normas jurídicas hace posible el surgimiento del concepto “*Derecho*”. Sólo una visión tridimensional del Derecho nos permite captarlo en su totalidad, como una unidad conceptual.

La nueva concepción del ser humano como un ser libertad ha traído como corolario necesario una nueva visión del Derecho. En primer término, ya no se trata de un Derecho que ha sido creado para proteger a un “animal racional” sino a un ser que es mucho más que eso: a *un ser libertad*. De otro lado, el Derecho ya no es más considerado exclusivamente como un conjunto de normas - formas vacías por naturaleza -, ni tampoco un plexo de valores ni puramente vida humana social, como se sostenía desde diversas vertientes de la jusfilosofía y de la teoría general del Derecho. Lo jurídico no es ni se reduce a ninguno de estos tres objetos pero, al mismo tiempo, no puede faltar ninguno de ellos cuando nos referimos al concepto “*Derecho*”.

El Derecho resulta ser, así, la *interacción* de vida humana social o conductas humanas intersubjetivas, valores y normas jurídicas. Se arriba a la unidad del concepto “*Derecho*” sólo mediante la interacción de esos tres objetos⁵².

⁵¹ Fernández Sessarego, Carlos, *Aproximación al escenario jurídico contemporáneo*, en: *El derecho a imaginar el Derecho. Análisis, reflexiones y comentarios*, Idemsa, Lima, 2011, pág. 56.

⁵² Fernández Sessarego, Carlos, *El derecho como libertad*, tercera edición, Lima, editorial ARA, 2006.



3. La identidad personal es uno de los derechos fundamentales del ser humano. Es el conjunto de datos biológicos y de atributos y características que, dentro de la igualdad del género humano, permite distinguir a una persona de todas las demás⁵³. Es decir, la identidad es “*ser el que soy y no otro*” o, dicho en otras palabras, “*ser uno mismo y no otro*”⁵⁴.

La identidad se sustenta en la libertad, la que constituye el **ser** del hombre. Ésta permite que cada ser humano realice su “proyecto de vida”, dentro de los condicionamientos y determinismos.

En efecto, la identidad del ser humano presupone una compleja trama de diferentes elementos, una miríada de aspectos esencialmente vinculados entre sí, de los cuales unos son de carácter predominantemente psicosomáticos mientras que otros son de índole inmaterial, espiritual.

El derecho a la identidad personal fue incorporado en la Constitución peruana de 1993. No obstante, poco se ha tratado a nivel de la doctrina como de la jurisprudencia comparada sobre este tema. Quizás sea en Italia donde más se ha trabajado en esta específica área jurídica. El derecho a la identidad personal era prácticamente desconocido tanto en el Perú como en el resto de países latinoamericanos. Es sólo en la última década del siglo XX donde aparecen los primeros desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales de este derecho que, junto con el derecho a la vida y el derecho a la libertad, constituye el núcleo de los derechos fundamentales de la persona.

Es el libro del Maestro Fernández Sessarego *Derecho a la identidad personal*, publicado por Astrea de Buenos Aires en 1992, el principal aporte doctrinario en América Latina sobre el tema.

⁵³ El derecho a la identidad personal tutela el respeto de la “*verdad histórica*” del individuo: Espinoza Espinoza, Juan, *Derecho de las personas. Concebido y personas naturales*, tomo I, Editora Jurídica Grijley, sexta edición, Lima, 2012, pág. 412.

⁵⁴ Fernández Sessarego, Carlos, *El derecho a la identidad personal*, en: Nuevas tendencias en el derecho de las personas, Universidad de Lima, Lima, 1990, pág. 174.



4. La identidad es el conjunto o plexo de datos biológicos y de atributos y características que permite distinguir al sujeto de derecho de los otros⁵⁵.

Asimismo, la identidad tiene dos tipos de componentes que constituyen una unidad inescindible. Ella surge como resultado de una información genética de base que es singular y única, por lo que permite identificar biológicamente a cada ser humano sin el riesgo de confundirlo con otro. La clave genética y las huellas digitales son claros exponentes de lo que constituye la identidad estática en cuanto ella es invariable. Generalmente, estos datos son inmodificables.

No obstante, la identidad se complementa con un plexo de atributos, características y rasgos de la personalidad. Estos datos, contrariamente a los biológicos, pueden cambiar en el tiempo. Por ello, este conjunto de atributos de la personalidad constituye el elemento dinámico de la identidad.

El elemento dinámico de la identidad se encuentra compuesto de las creencias, la cultura, los rasgos propios de la personalidad, la ocupación, la ideología, la concepción del mundo y del hombre, entre otros. Este plexo de atributos y características individualizadoras del sujeto se exteriorizan, se proyectan al mundo exterior y permiten a los demás identificar al sujeto en el seno de la comunidad.

La identidad dinámica se constituye a partir de la libertad. En el ejercicio de la libertad ontológica en qué consiste el “*ser*” del ser humano, o sea, en el despliegue de la libertad, se va constituyendo la personalidad de cada persona.

En síntesis, se puede sostener que la noción de identidad personal es integral. Por consiguiente, comprende no sólo los datos biológicos y otros de carácter generalmente estáticos, invariables sino también de aquellos que determinan la personalidad dinámica del sujeto. Dicho en otros términos, la identidad personal no se agota en los alcances conceptuales de lo que se suele definir como “identificación”, noción que no abarca los aspectos propios de la personalidad de la persona humana. La identidad personal, abarcando también la identidad sexual⁵⁶, es una noción comprensiva de todas las calidades de cierto ser humanos, sin exclusión alguna. Es, pues, un concepto amplio, rico, complejo, que guarda concordancia con las características existenciales propias del ser humano.

Entonces, la identidad surge como una totalidad de atributos, signos y características que permiten que pueda afirmarse que nos hallamos frente a un ser humano único y singular.

⁵⁵ Fernández Sessarego, Carlos, *Los 25 años del Código Civil Peruano de 1984. Historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuestas de enmiendas*, Motivensa editora jurídica, Lima, 2009, pág. 354.

⁵⁶ Sobre el tema de la identidad sexual, en relación a la problemática del transexualismo, véase a Patti, Salvatore, *Transsexualismo*, en: *Digesto*, IV edizione, volumen XIX, sezione civile, Utet, Turín, 1999, pág. 416. Stanzione, Pasquale, *Transexualismo y sensibilidad del jurista: una relectura actualizada de la ley (italiana) 164/1982*, en: *Observatorio de Derecho Civil*, tomo IV: La persona, Motivensa editora Jurídica, Lima, 2010, pág. 213 y ss.



5. Como se ha anotado, el derecho a la identidad personal era prácticamente desconocido tanto en el Perú como en el resto de países latinoamericanos. Es sólo en la última década del siglo XX donde aparecen los primeros desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales de este derecho que, junto con el derecho a la vida y el derecho a la libertad, constituyen el núcleo de los derechos fundamentales de la persona.

El derecho a la identidad personal se conoció, por primera vez en el continente americano, gracias a una ponencia del Maestro Carlos Fernández Sessarego dedicada a la identidad personal en el marco del congreso internacional *Tendencias actuales y perspectivas del Derecho Privado y el sistema jurídico latinoamericano*, celebrado en la ciudad de Lima del 5 al 7 de septiembre de 1988. Es a partir de esta ocasión que se divulgó el tema entre los países de América Latina⁵⁷.

Asimismo, el Maestro Fernández Sessarego publicó sobre el tema un ensayo titulado *Derecho a la identidad* en 1990 en “La Ley”⁵⁸ de Buenos Aires y, posteriormente, en la “Revista de Derecho y Ciencias Políticas” de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima⁵⁹.

El reconocido jurista argentino Santos Cifuentes, en el prólogo al libro del Maestro Fernández Sessarego de 1992, titulado *Derecho a la identidad personal*, reconoció la situación antes descrita al señalar que: “*podría sostenerse que esta obra tiene bien merecida la calificación de ser pionera y exclusiva. Muestra caminos hasta ahora desconocidos por nosotros. No sé si es atrevido decir, pero me animo, que será, con visión profética, un libro clásico, al que habrá que acudir cada vez que se presenten inquietudes y dudas sobre la materia*”.

Santos Cifuentes señaló posteriormente⁶⁰ que, a partir de la aparición del citado libro, “*se intensificó el conocimiento de ese derecho personalísimo, que apenas era aludido en las diversas expresiones de tiempos anteriores. Es más, también puede decirse que fue a través de su particular influjo que en un aspecto relacionado con la identidad, como es el tema del transexualismo, se fueron perfilando en la doctrina y en la jurisprudencia, las soluciones jurídicas que esa compleja situación psicológica, física, social y humana presenta*”.

El jurista argentino, refiriéndose a la recepción por la jurisprudencia argentina del derecho a la identidad personal, dentro de los alcances conceptuales desarrollados por el Maestro peruano, al igual de lo ocurrido con la doctrina de su país, comprueba que “*con similar dimensión los jueces argentinos han acudido a la obra de Fernández Sessarego, particularmente citada en la Argentina*”. Sobre el tema sostiene que: “*puede decirse que el comienzo de la reacción judicial, sobre todo en lo que hace al transexualismo, ha sido la recepción franca de la doctrina y su constante referencia a la obra de Fernández Sessarego*”.

Entre las sentencias citadas por Santos Cifuentes, cabe señalar las emitidas en agosto de 1994 por la Cámara Civil y Comercial de San Nicolás; la del 16 de junio de 1999 por la

⁵⁷ El volumen “*Tendencias actuales del Derecho Privado y el sistema jurídico latinoamericano*”, se publicó en Lima, por la editorial Cultural Cuzco, en 1990.

⁵⁸ Fernández Sessarego, Carlos, *El derecho a la identidad personal*, en: La Ley, Buenos Aires, publicado en entregas los días, 5, 8, 12, 14 y 19 de junio de 1990.

⁵⁹ Fernández Sessarego, Carlos, *El derecho a la identidad personal*, en: Revista de Derecho y Ciencias Políticas, segunda época, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, vol. 47, años 1997-1998.

⁶⁰ Cifuentes, Santos, *El derecho a la identidad y la influencia en la Argentina de la obra Dr. Carlos Fernández Sessarego*, en: Persona, Derecho y Libertad. Nuevas perspectivas. Escritos en homenaje al prof. Carlos Fernández Sessarego, Motivensa editora jurídica, Lima, 2009, pág. 145 y ss.



justicia de La Rioja; la del Juzgado Civil y Comercial de Córdoba, N° 19; la del Tribunal de Familia de Quilmes; la del Juzgado de Mar del Plata de 1997.

6. Conclusiones.

- a. La identidad personal, pese a su integración social, supone ser “*uno mismo*” y no otro. Es la “*mismidad*” del ser, se erige en un primordial interés personal que requiere la protección jurídica, al lado y de la misma manera que acontece con otros fundamentales intereses personales, como la vida o la libertad.
- b. La “*identidad*” del ser humano, en cuanto ser libre, se constituye en su dimensión dinámica a través de un continuo proceso autocreativo, mediante una sucesión de quehaceres en que consiste la existencia, así como por la adhesión a una determinada concepción del mundo.
- c. La identidad, no obstante ser unitaria, presenta dos vertientes. Una estática, inmodificable o con tendencia a no variar y, otra, dinámica, mutable en el tiempo. La identidad estática está dada por el genoma humano, las huellas digitales, los signos distintivos de la persona, como su nombre, imagen, estado civil, su edad y fecha de nacimiento, entre otros datos.
- d. En cambio, la identidad dinámica es la que se refiere al despliegue temporal y fluido de la personalidad. Ella está constituida por los atributos y características de cada persona, desde los éticos, religiosos y culturales hasta los ideológicos, políticos y profesionales.
- e. La “*identidad*” del ser humano se constituye, en cuanto ser existencialmente libre, a través de un continuo e ininterrumpido proceso autocreativo, mediante una sucesión de haceres y quehaceres en que consiste la existencia humana. La identidad se forja a través del tiempo, dentro de una relación intersubjetiva.

7. Bibliografía

- AA.VV., “*Tendencias actuales del Derecho Privado y el sistema jurídico latinoamericano*”, Cultural Cuzco, Lima, 1990.
- Cifuentes, Santos, *El derecho a la identidad y la influencia en la Argentina de la obra Dr. Carlos Fernández Sessarego*, en: Persona, Derecho y Libertad. Nuevas perspectivas. Escritos en homenaje al prof. Carlos Fernández Sessarego, Motivensa editora jurídica, Lima, 2009.
- Coing, Helmut, *Fundamentos de filosofía del Derecho*, traducción de Juan Manuel Mauri, Ediciones Ariel, Barcelona, 1961.
- De Cupis, Adriano, *Teoria e pratica del diritto civile*, Giuffrè editore, Milán, 1967.
- Espinoza Espinoza, Juan, *Derecho de las personas. Concebido y personas naturales*, tomo I, Editora Jurídica Grijley, sexta edición, Lima, 2012.
- Fernández Sessarego, Carlos, *Aproximación al escenario jurídico contemporáneo*, en: *El derecho a imaginar el Derecho. Análisis, reflexiones y comentarios*, Idemsa, Lima, 2011.
- Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho a la identidad personal*, Astrea, Buenos Aires, 1992.
- Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho y persona*, cuarta edición, Lima, Grijley, 2001.
- Fernández Sessarego, Carlos, *Deslinde conceptual entre “daño a la persona”, “daño al proyecto de vida” y “daño moral”*, en: Responsabilidad civil. Nuevas tendencias, unificación y reforma. Veinte años después, edición bajo la dirección de Juan Espinoza Espinoza, Palestra editores, Lima, 2005.



- Fernández Sessarego, Carlos, *El derecho a la identidad personal*, en: Nuevas tendencias en el derecho de las personas, Universidad de Lima, Lima, 1990.
- Fernández Sessarego, Carlos, *El derecho como libertad*, tercera edición, Ara Editores, Lima, 2006.
- Fernández Sessarego, Carlos, *Un nuovo modo di fare diritto*, en: AA.VV., Il diritto dei nuovi mondi, atti del Convegno promosso dall'Istituto di Diritto Privato delle Facoltà di Giurisprudenza, Génova, 5-7 novembre 1992, Cedam, Padua, 1994.
- Fernández Sessarego, Carlos, *Il "danno alla libertà fenomenica", o "danno al progetto di vita", nello scenario giuridico contemporaneo*, en: La responsabilidad civil, n° 6, Utet Giuridica, Turín, 2008.
- Fernández Sessarego, Carlos, *Los 25 años del Código Civil Peruano de 1984. Historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuestas de enmiendas*, Motivensa editora jurídica, Lima, 2009.
- Fernández Sessarego, Carlos, *Protección jurídica de la persona*, Universidad de Lima, Lima, 1992.
- Grossi, Paolo, *Prima lezione di diritto*, quindicesima edizione, editori Laterza, Roma-Bari, 2010. Ahora también en castellano, *La primera lección del Derecho*, traducción de Clara Álvarez Alonso, Marcial Pons, Madrid, 2006.
- Kelsen, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, traducción de Eduardo García Máynez, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1969.
- Patti, Salvatore, *Transessualismo*, en: Digesto, IV edizione, volumen XIX, sezione civile, Utet, Turín, 1999.
- Pino, Giorgio, *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, Il Mulino, Bolonia, 2003.
- Stanzione, Pasquale, *Transsexualismo y sensibilidad del jurista: una relectura actualizada de la ley (italiana) 164/1982*, en: Observatorio de Derecho Civil, tomo IV: La persona, Motivensa editora Jurídica, Lima, 2010.
- Zeno-Zencovich, Vincenzo, *Identità personale*, en: Digesto, discipline privatistiche, sezione civile, IV edizione, volume IX, Utet, Turín, 1993.
- Zeno-Zencovich, Vincenzo, *Personalità (Diritti della)*, en: Digesto, Discipline privatistiche, sezione civile, IV edizione, volume XIII, Utet, Turín, 1996.



«MIGLIOR INTERESSE DEL BAMBINO» E «MATERNITÀ SURROGATA»: IL RISCHIO DI UN VALORE-TIRANNO.

ILARIA FERLITO

«L'umanità stessa è una dignità: infatti, l'uomo non può essere trattato da nessuno (cioè né da un altro e neppure da lui) meramente come mezzo, ma deve essere sempre trattato come un fine, e proprio in ciò consiste la sua dignità»⁶¹

⁶¹ I. Kant, *Grundlegung der Metaphysik der Sitten*, (1785), trad. it. *Fondazione della metafisica dei costumi*, in *Scritti morali*, a cura di P. Chiodi, Torino, 1970, 88.



«Or Sara disse ad Abramo: “Vedi, il Signore mi ha impedito di dare alla luce dei figli; va, ti prego, dalla mia serva, forse potrò avere prole da lei”. E Abramo acconsentì alle parole di Sara» (*Genesi*, 16, 2)⁶².

Il problema giuridico ed etico della maternità surrogata rappresenta uno dei temi⁶³ più attuali e dibattuti della bioetica⁶⁴. Si tratta di temi seri sui quali il giurista, in una società produttiva e opulenta, è intento a riflettere; ma “riflettere su di essi significa tornare alle origini, interrogarsi sulle ragioni della vita; qualora il giurista non mostri questo interesse corre il rischio di identificarsi con il leguleio”⁶⁵. Del resto, benché l’attualità del problema derivi da un nesso con sviluppi particolarmente recenti delle tecnologie biomediche⁶⁶, l’idea di porre rimedio alla sterilità di una donna, con il ricorso ad una surroga e l’utilizzo di strumenti giuridici volti a costruire un rapporto parentale più o meno artificioso, è assai antica. Se ne rinvencono tracce riferibili ai diritti del Vicino Oriente antico, con particolare

⁶² Le radici biblico-ebraiche della nostra civiltà ricordano un emblematico caso di maternità surrogata nell’episodio di Sara, moglie di Abramo, la quale, non potendo avere figli, propone al marito di procreare un discendente con la schiava egiziana Agar. Cfr. in punto C. MAZZÙ, *La famiglia degli affetti*, in *Il diritto civile all'alba del terzo millennio. Famiglia – Successioni – Contratto - Patrimoni separati*, I, Torino, 2011, 30.

⁶³ Attualmente, come ha osservato la stessa Corte di Strasburgo, nelle due sentenze gemelle del 26 giugno 2014 n. 65192/11 (*Mennesson c. Francia*) e n. 65941/11 (*Labassee c. Francia*), non v’è consenso in Europa su questi temi. Lo stesso risulta da uno studio del 2013 commissionato dal Parlamento europeo; uno studio a tutto campo che analizza la legislazione esistente negli Stati membri dell’Unione europea, e non solo, sul tema della maternità surrogata per cercare strade comuni da intraprendere. Nello studio voluto dalla Commissione giuridica del Parlamento europeo e redatto da studiosi di diverse università si sottolinea l’impossibilità di indicare una tendenza comune sul piano legislativo, anche se tutti gli Stati membri concordano nel ritenere che l’interesse superiore del minore ad avere uno *status* giuridico debba essere sempre salvaguardato. Quindi non v’è a livello europeo una prevalente apertura verso la maternità surrogata, che possa indurre a ridimensionare la portata del principio che nel nostro ordinamento la vieta. In tema, cfr. C. BENANTI, *La maternità è della donna che ha partorito: contrarietà all’ordine pubblico della surrogazione di maternità e conseguente adottabilità del minore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 241 ss.

⁶⁴ Cfr. F. BUSNELLI, *Bioetica e diritto privato. Frammenti di un dizionario*, Torino, 2001; P. ZATTI, *Verso un diritto per la bioetica: risorse e limiti del discorso giuridico*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, 1, 43-57; A. FALZEA, *Introduzione generale*, in *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia (Messina-Taormina, 3-8 novembre 1981)*, Milano, 1982, 16 ss.

⁶⁵ P. PERLINGIERI, *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, 170.

⁶⁶ Il ripensamento della maternità come luogo femminile della generazione è un fenomeno che nella modernità va acquisendo delle complesse sfaccettature: investita della capacità di controllo e di gestione farmacologica e tecnologica, che stanno trasformando forme e tempi della procreazione e della nascita, la maternità si sta anche corredando di situazioni giuridiche assolutamente inedite e controverse. Insistentemente ridotta a mera capacità procreativa e ricondotta a diritto riproduttivo delle donne, la maternità è destinataria e risultato di interventi e pratiche quotidiane – la contraccezione, l’aborto, la fecondazione artificiale, ma anche la diagnosi prenatale e la selezione fetale – che sempre più domandano l’intervento della bioetica e del diritto, non solo per analizzare le questioni morali e legislative che emergono dalla manipolazione di corpi e vite, ma ancor prima per tentare una pre-comprensione delle dimensioni etiche, culturali e filosofiche della maternità. In tema, G. GAMBINO, *Il moderno diritto al figlio. Riflessioni biogiuridiche a partire dal Giudizio delle due madri di Re Salomone*, in *Medicina e Morale*, 2013, 2, 311-328. Ivi, l’A. si asserisce: “In questo ridursi della procreazione umana a mera funzione riproduttiva e riproducibile, e del diritto a strumento di realizzazione dei desideri, si manifesta oggi più che mai l’ambivalenza profonda del desiderio di maternità, che la letteratura internazionale, dall’an-tichità ad oggi, ha ripetutamente provato a tematizzare: come amore generoso e come pretesa di un figlio. Si pensi all’opera teatrale di Bertolt Brecht, *Il cerchio di gesso del Caucaso*, ma, ancor più, per la sua straordinaria modernità, al racconto biblico delle due madri innanzi al giudizio di Re Salomone”.



riguardo al mondo mesopotamico ed ai primordi di quello ebraico biblico⁶⁷; si hanno, altresì, notizie, di arcaiche prassi, legittimate dai diritti greci, ed indoeuropei in genere, ivi compreso quello romano, la cui eco giunge sino ad oggi grazie ad una loro peculiare ripresa posta in essere da ambienti conservatori sul finire dell'età repubblicana⁶⁸; si possono, persino, scoprire, grazie alla scienza antropologica, istituzioni proprie di remoti popoli africani con cui si consentiva la costituzione di rapporti qualificabili in termini di paternità femminile⁶⁹. E' lecito affermare, allora, come "tutte le culture e le società umane hanno conosciuto tentativi di controllo della procreazione attraverso l'intervento sulla fertilità. Le pratiche attuali si distinguono da quelle passate per la quantità di conoscenze che le sorregge, per la stretta connessione con la scienza bio-medica"⁷⁰.

L'ipotesi di maternità surrogata o di sostituzione (altrimenti detta surrogazione di maternità, *surrogate mother* o *surrogacy*) si ha quando "la madre abbia avuto in gestazione il frutto del concepimento altrui"⁷¹. In altri termini, l'accordo di maternità surrogata ha ad

⁶⁷ In più occasioni, le spose dei Patriarchi biblici, al fine di porre rimedio alla loro sterilità, offrono al marito una propria schiava perché costui possa fecondarla – la schiava partorisce il nato tra le gambe della padrona, di modo che tale rituale lo faccia risultare giuridicamente di quest'ultima: cfr. Gen., 30, 1-3, per la vicenda di Giacobbe, Rachele e Bila; nonché Gen., 30, 9, per l'ulteriore episodio che coinvolse il medesimo Giacobbe, l'altra moglie Lia e Zilpa. Pertanto, del figlio così prodotto si poteva dire, con terminologia "modernissima", che «*natus est ex semine viri, et non utero, sed solo placito uxoris*» (AUGUSTINUS, *In Evangelium Iohannis tractatus*, 12, 4).

⁶⁸ L'episodio più noto è quello di Catone Uticense il quale, volendo rinsaldare i legami amicali e politici con Ortensio, la cui moglie non gli aveva dato figli, e non ritenendo concedergli in sposa la figlia Porcia, già coniugata con Bibulo, preferì cedergli, con l'accordo del di lei padre Filippo, la propria amata consorte Marzia, probabilmente già gravida (PLUTARCHUS, *Cato Minor*, 25, 1-12), salvo poi riprendersela «□□□□□□□□», cioè «come se l'avesse prestata», secondo l'icastica espressione di APPIANUS, *Bellum Civile*, II, 99, 413. Poco più tardi, la riconciliazione fra Tiberio Claudio Nerone, esponente di punta delle grandi famiglie schieratesi con i cesaricidi sconfitti, e l'astro nascente di Ottaviano si sarebbe realizzata grazie alla cessione a quest'ultimo di Livia Drusilla, moglie del primo e già palesemente incinta (CASSIUS DIO, *Historia Romana*, 48.44). In tal modo, i più conservatori fra i politici romani, ed il più subdolamente eversivo fra i loro avversari, miravano a riportare in auge un'antica usanza, fatta risalire ad una *lex Nuamae*, in forza della quale, per mantenere ed accrescere la potenza demografica, e quindi bellica, della comunità cittadina, chi avesse già avuto figli poteva cedere la moglie a chi non ne avesse avuti, in modo da non sovraccaricare di bocche da sfamare la stessa casa e da non sprecare la preziosa capacità riproduttiva della donna, creando al contempo legami più stretti tra le varie famiglie. Gli storici antichi riferiscono, peraltro, che pratiche similari erano contemplate dal diritto spartano (POLYBIUS, *Historiae*, XII, 6b.8; PLUTARCHUS, *Comparatio Lycurgi et Numae*, 3.1.1-3) e da quello di certe popolazioni iraniche (STRABO, *Geographia*, XI, 9, 1). Si vedano, al riguardo, E. CANTARELLA, *Marzia e la locatio ventris*, in *Vicende e figure femminili in Grecia e a Roma (Atti del Convegno Pesaro, 28-30 aprile 1994)*, a cura di R. Raffaelli, Ancona, 1995, 251 ss. e M. DE SIMONE, *Sulle tracce di un'antica prassi: la c.d. cessione della moglie*, in *Annali del Seminario giuridico dell'Università degli Studi di Palermo*, 2010-2011, 9 ss.

⁶⁹ Presso i Nuer, nell'odierno Sud Sudan, alcune donne di particolare potenza o ricchezza potevano ottenere, in deroga al sistema patriarcale imperante, il riconoscimento di uno *status* pari a quello degli uomini, il che consentiva loro anche di sposare altre donne, farle fecondare da amanti autorizzati, e divenire "padre" dei figli che esse avrebbero partorito, in modo da trasmettere a questi il nome, il rango ed i beni, secondo le regole patrilineari vigenti. Cfr. E. EVANS-PRITCHARD, *Kinship and Marriage among the Nuer*, Oxford, 1951.

⁷⁰ C. SHALEV, *Nascere per contratto*, Milano, 1992, 16.

⁷¹ C. M. BIANCA, *Diritto civile, La famiglia*, 2.1, V ed., Milano, 2014, 407. Si rinvia altresì a B. SALONE, *Figli su commissione: profili civilistici della maternità surrogata in Italia dopo la legge 40/2004*, in *Biolar journal*, 2014, f. 2, 157-184; M. DI MASI, *Maternità surrogata: dal contratto allo 'status'*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2014, vol. 32, f. 4, 615-646; G. CASABURI, *Sangue e suolo: la Cassazione e il divieto di maternità surrogata (Nota a Cass., 11 novembre 2014, n. 24001)*, I,



oggetto l'obbligo assunto da una donna di portare a termine una gravidanza per conto di una coppia sterile "committente" (ossia per la coppia che ha manifestato la volontà di assumersi la responsabilità genitoriale nei confronti del minore).

Da un punto di vista puramente descrittivo, la surrogazione di maternità presuppone, pertanto, a monte, la fecondazione *in vivo* o *in vitro* di un embrione da impiantare nell'utero di una donna estranea alla coppia committente, che si renda disponibile ad accogliere il frutto del concepimento e a portare a termine la gravidanza che le è in tal modo commissionata. E' sensato affermare, quindi, che "la maternità per sostituzione si pone all'interno del fenomeno della procreazione artificiale pur non costituendo di per sé alcuna tecnica procreativa; l'utilizzo di tali tecniche è, infatti, «mezzo» per realizzare le diverse ipotesi di surrogazione"⁷².

A seconda che la madre surrogata si limiti ad accogliere in grembo un embrione che le è geneticamente estraneo o, viceversa, contribuisca alla procreazione dello stesso fornendo ai "committenti" i propri gameti, si distingue tra "surrogazione per sola gestazione" (si parla, in tal caso, anche di "donazione", se a titolo gratuito, o di "locazione" e "affitto d'utero", se è pattuito un corrispettivo) e "surrogazione per concepimento e gestazione". Si osservi ancora come la surrogazione per concepimento e gestazione sia necessariamente una "surrogazione eterologa", giacché la madre "portante", in questo caso, prima ancora di "prestare" il suo utero per la gravidanza, mette a disposizione i propri ovuli affinché siano fecondati con il seme del *partner* maschio della coppia committente. La surrogazione per sola gestazione, al contrario, può essere, a seconda dei casi, "omologa" (in questo caso la madre sostituta accoglie un embrione formato dai gameti forniti dai genitori naturali) o "eterologa" (in tal caso l'embrione da impiantare nell'utero della surrogata è il frutto dell'incontro tra il gamete di un membro della coppia richiedente e quello di un terzo donatore di seme o di una ovodonatrice). Nell'ambito della surrogazione "eterologa" può, ancora, darsi il caso che i gameti da cui deriva l'embrione impiantato nel grembo della madre sostituta siano forniti da terze persone, estranee tanto alla coppia committente quanto alla stessa madre surrogata⁷³.

Se negli Stati Uniti d'America⁷⁴, Canada, Inghilterra⁷⁵, Russia⁷⁶, Ucraina ed India⁷⁷ i contratti di maternità sono legali⁷⁸, nel nostro ordinamento deve escludersi la validità di

in *Foro it.*, 2014, vol. 139, 3414-1416; A. BARBAZZA, *Diritti della personalità ed autonomia negoziale. Casistica: il contratto di c.d. maternità surrogata o "utero in affitto" ed il contratto di divieto di espatrio*, in (a cura di) S. RUSCICA, *I diritti della personalità, strategie di tutela, inibitorie, risarcimento danni, internet*, Padova, 2013, 95-106; M. DELL'UTRI, *Maternità surrogata, dignità della persona e filiazione*, in *Giur. mer.*, 2010, 2, 358-385; L. ROSSI CARLEO, *Maternità surrogata e status del nato*, in *Famiglia*, 2002, 2, 1, 377-404.

⁷² F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla Legge 19 febbraio 2004 n. 40*, Milano, 2004, 75.

⁷³ Per le distinzioni concettuali, v. M. DELL'UTRI, *Maternità surrogata, dignità della persona e filiazione*, in *Giur. merito*, 2010, 2, 358 ss.

⁷⁴ Si segnalano, in particolare, l'Illinois, con il *Gestational Surrogacy Act* del 2004, e la California, in cui un approccio "*surrogacy-friendly*" è stato dapprima elaborato dalla giurisprudenza, a partire dai casi *Johnson vs.*



qualsiasi accordo che preveda la gestione dell'altrui concepimento e l'obbligo della madre di "restituire" il figlio partorito: il contratto deve necessariamente realizzare un rapporto giuridico a contenuto patrimoniale; epperò ripugna all'etica corrente definire la prestazione della madre surrogata come una "vendita a concessione in godimento di beni del valore inestimabile", quali la vita di un figlio e l'affetto di una madre. Non sono utilizzabili nel nostro sistema⁷⁹, pertanto, le contrarie indicazioni provenienti dall'esperienza nord-americana: si ricordi, in proposito, il notorio caso "*Baby M.*"⁸⁰, risolto dalla Corte superiore

Calvert, Cal. Sup. Ct., 5 Cal4th 84, 851 P.2d 776 (1993), ed In re Marriage of Buzzanca, 61 Cal. App. 4th 1410, 72 Cal. Rptr.2d 280 (Ct. App. 1998), e poi codificato con il California Assembly Bill n. 1217 del 23 settembre 2012.

⁷⁵ Invero, in Gran Bretagna i contratti di surrogazione altruistica sono validi a livello sostanziale, ma processualmente *unenforceable*, per cui il nato è comunque considerato figlio della partoriente, ma successivamente, con l'osservanza di una procedura giudiziaria volta ad accertare la serietà e la persistenza del consenso di lei, nonché l'assenza di pagamenti non autorizzati, può essere emesso un *parental order*, ai sensi della *section 54* dello *Human Fertilisation and Embryology Act 2008*, al fine di trasferire la genitorialità in capo ai beneficiari dell'accordo.

⁷⁶ Si deve segnalare la posizione della Russia, il cui ordinamento permette la surrogazione purché non vi sia alcun legame genetico fra la gestante ed il nato (mentre in caso contrario si configurerebbe un tentativo di elusione, duramente sanzionato, della normativa sulle adozioni), ma che comunque consente alla partoriente di prevalere sui genitori genetici, qualora ella, per qualunque ragione, rifiuti di consegnare loro il figlio: cfr. Corte cost. Federazione Russa, 15 maggio 2012, n. 880-O.

⁷⁷ Il primato mondiale spetta al Gujarat (cfr. C. SARACENO, *Dalla coppia alla genitorialità delle persone dello stesso sesso*, in *Genius*, 2014, 2, 125), ed in generale all'India, dove la liceità dei contratti di surrogazione si deduceva semplicemente dall'assenza di una normativa al riguardo, mentre la giurisprudenza aveva avuto poche occasioni di interessarsi al fenomeno, comunque per aspetti estrinseci ed amministrativi, quali il rilascio di passaporti indiani ai nati da madri surrogate (*Supreme Court of India, Baby Manji Yamada vs. Union of India & Anr*, 29 settembre 2008; *High Court of Gujarat, J. Balaz vs. Anand Municipality & 6*, 11, novembre 2009). Di recente, tuttavia, una nuova regolamentazione indiana ha limitato l'accesso alla surrogazione in favore delle sole coppie eterosessuali regolarmente sposate (cfr. T. MAHAJAN, *(Mis)regulation – the case of commercial surrogacy*, in *Indian Journal of Medical Ethics*, 2015, 38 ss).

⁷⁸ Per una disamina sull'ammissibilità della surrogazione nelle diverse esperienze si rinvia a R. TORINO, *Legittimità e tutela giuridica degli accordi di maternità surrogata nelle principali esperienze straniere e in Italia*, in *Famiglia*, 2002, 1, 179-202; A. FARKAS, *In California madri «a noleggio» per De Niro e le top model*, in *Il corriere della Sera* del 26 gennaio 2002; G. CRISCUOLI, *La legge inglese sulla «surrogazione materna» tra riserve e proposte*, in *Dir. fam. e pers.*, 1987, 1029.

⁷⁹ "Il contratto di maternità surrogata è una forma di fecondazione artificiale eterologa che si concretizza nell'intervento di una donna estranea alla coppia nel processo procreativo. Tale intervento determina la rottura dell'unità dell'elemento naturalistico individuativo della maternità, mettendo in crisi i principi fondamentali che fino ad oggi sono stati alla base del nostro ordinamento familiare per quanto attiene ai rapporti di filiazione": in tal senso, G. CASSANO, *Le nuove frontiere del diritto di famiglia*, Milano, 2000, 54.

⁸⁰ Due coniugi, attraverso la mediazione di un centro di cura della sterilità, si accordano con una donna disponibile a farsi fecondare con il seme del marito e a consegnare il bambino alla nascita; la donna si pente ed i coniugi si rivolsero al giudice, chiedendone la condanna alla consegna della bambina. La Corte statunitense rilevò che le parti avevano concluso il contratto in piena autonomia, specificando chiaramente quale sarebbe stato il futuro della bambina. La stessa autorità stabilì che il concepimento, una volta avvenuto, rendeva l'accordo di surrogazione, qualificato come negozio valido, suscettibile di esecuzione forzata; conseguentemente, la bambina doveva essere consegnata ai genitori d'intenzione. La sentenza è stata peraltro riformata dalla Corte Suprema del *New Jersey* del 3 febbraio 1988 (in *Foro it.*, 1989, 6, 293 ss., con nota di P. PONZANELLI, *Ancora sul caso Baby M.: l'illegittimità dei contratti di «sostituzione di maternità»*); con questa decisione la Corte suprema del *New Jersey* affermò la legittimità degli accordi di surrogazione quando essi fossero il risultato di un atto di liberalità della madre "portante", ma decise ugualmente di affidare la bambina ai genitori



del *New Jersey* con sentenza del 31 marzo 1987⁸¹, che ha affermato la validità sul piano dell'*equity* e la suscettibilità di esecuzione in forma specifica del contratto con cui una donna aveva consentito, verso un corrispettivo, a ricevere il seme di persona coniugata e di rinunciare in favore della coppia ai suoi diritti sul figlio che sarebbe nato.

La l. n. 40/2004⁸² sulla procreazione medicalmente assistita all'art. 12, comma 6, infatti, statuisce che «chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro», sì andando incontro, da un lato, ai divieti del codice deontologico dei medici (art. 42) e, dall'altro, con il parere (non vincolante) della Commissione Nazionale di Bioetica, la quale, con documento in data 17 giugno 1994, aveva espresso una valutazione negativa sulla maternità surrogata.

Siffatta disposizione vieta il contratto di maternità surrogata, poiché esso appare in contrasto con le norme imperative: la causa è illecita quando è contraria a norme imperative (art. 1343 c.c.), con la conseguenza che tutto il contratto diventa illecito e, come tale,

committenti, in quanto idonei ad assicurarle una crescita più serena ed equilibrata. Cfr. G. GIAIMO, *Biogenetica e dato giurisprudenziale nell'esperienza di common law*, in *Vita not.*, 1996, 536.

⁸¹ Sul caso si rinvia alla disamina di C. SHALEV, *Nascere per contratto*, Milano, 1992, 5-8, 11 ss.; G. PONZANELLI, *Il caso Baby M., la "surrogate mother" e il diritto italiano*, in *Foro it.*, 1988, 2, 97 ss.; A. MIRANDA, *Diritti dei genitori ed interessi del minore nel caso In Re «Baby M.»*, in *Dir. fam.*, 1987, 1516 ss.; S. AZZALI, *La maternità surrogata: in margine al caso Baby M.*, in *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, a cura di G. FERRANDO, Padova 1989, 125 e segg.; C. LA FARINA, *Il caso "Baby M." alla luce dell'ordinamento italiano*, in *Giust. civ.*, 1987, II, 475 ss. Un'altra importante sentenza, pronunciata dalla Corte Suprema della California, ha avuto ad oggetto un caso di "utero in affitto", ove il materiale genetico apparteneva alla coppia committente: nell'ipotesi in esame, la donna estranea alla coppia, infatti, si era esclusivamente impegnata a portare a termine la gravidanza. La giurisprudenza ha qui valorizzato il legame genetico tra genitori biologici e figlio. Si tratta della *Supreme Court of California*, 20 maggio 1993, in *Foro it.*, 1993, IV, c. 337, con nota di G. PONZANELLI. In particolare, la Corte californiana ha risolto una triplice problematica relativa alla determinazione della maternità in tutti i casi in cui sia presente una madre biologica ed una madre che si limiti a portare a termine la gravidanza, ai diritti di cui è titolare quest'ultima e alla sorte del contratto di sostituzione di maternità. In relazione al primo aspetto, viene sottolineato come debba essere considerata madre naturale, secondo le leggi della California, colui che ha voluto far nascere il figlio e crescerlo come proprio. Con riferimento ai diritti spettanti alla madre surrogata, viene ritenuto che la donna che si impegna a portare a termine una gravidanza per conto di altri, si limita a fornire un servizio necessario ed importante, senza maturare alcuna aspettativa relativa alla possibilità di crescere il futuro figlio come proprio. Infine, circa la sorte del contratto di sostituzione di maternità, la Corte ne afferma l'irrelevanza penale.

⁸² La L. n. 40/2004 vieta interventi fecondativi non in linea con le finalità della legge medesima (art. 4, n. 3; art. 12, n. 2 e n. 6), e fissa ulteriori limiti al procedimento di procreazione medicalmente assistita. Tali limiti (posti a tutela del concepito, perché tale è anche l'embrione, atteso che vi è un *continuum*, senza pertanto soluzione di continuità, tra l'iniziale zigote fecondato in provetta e il feto, dopo l'impianto in utero), sono frutto di un compromesso tra chi avrebbe preferito il naturale e dovuto ossequio al principio della casualità della vita, che impone, all'occorrenza rinunzie e spinge all'adozione e chi, viceversa, avrebbe voluto riconoscere libertà piena di manipolazione genetica, per favorire l'appagamento di qualsivoglia desiderio. Per una trattazione organica del fenomeno, cfr. F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla Legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004; P. STANZIONE, G. SCIANCALEPORE, *Tutela della vita e fecondazione assistita: prime applicazioni giurisprudenziali*, in *Corr. giur.*, 2004, 11, 1528-1535; M. SESTA, *Venire contra factum proprium, finzione di paternità e consenso nella fecondazione assistita eterologa*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 4, 2, 350-360.



l'ordinamento lo colpisce con la sanzione della nullità, *ex art.* 1418, comma 1, c.c. Perciò, in considerazione del principio inderogabile contenuto nell'*art.* 269, comma 3, c.c., secondo il quale la maternità è attribuita a colei che ha partorito il figlio, gli accordi di surrogazione non possono che essere improduttivi di effetti costitutivi nei riguardi dei genitori d'intenzione; anzi, a questi ultimi può essere contestato il reato di alterazione di stato civile (*ex art.* 567, comma 2, c.p.)⁸³ per aver chiesto la trascrizione degli atti di nascita presso il loro Comune di residenza⁸⁴. “L’approccio del legislatore italiano con riferimento alla pratica surrogativa può essere definito come «neo-istituzionale», in quanto s’incentra, esattamente come accade nella maggioranza degli ordinamenti europei, sulla rilevanza fondamentale attribuita all’istituto della famiglia, sul rispetto del corpo umano ed, infine, sulla tutela della dignità individuale, rivisitati alla luce delle modificazioni sociali e culturali”⁸⁵.

Il testé descritto è consolidato orientamento. Basti volger lo sguardo alla prima, lontana pronuncia in materia, risalente alla fine degli anni '80: il Tribunale di Monza, con sentenza del 27 ottobre 1989⁸⁶, dichiarava la nullità, per contrarietà all’ordine pubblico ed al buon costume, di un contratto con cui una donna si impegnava, dietro compenso, a portare a termine una gravidanza conseguente ad inseminazione artificiale con i gameti del marito di una donna sterile, rinunciando ai propri diritti di madre in favore di quest’ultima. Il giudice monzese statuiva altresì come non fosse data evincere dalla Carta fondamentale l’esistenza di un diritto incondizionato alla procreazione come «aspetto particolare del più generale diritto alla personalità [...], non potendosi desumere da alcuna disposizione che il desiderio o foss’anche l’interesse alla prole, in sé si intende tutt’altro che illegittimo, sia stato elevato alla dignità di diritto soggettivo, o comunque, che sia emerso nella considerazione del costituente un concetto di paternità o di maternità meramente negoziali, disgiunte cioè da un qualche fondamento biologico, relegate sotto l’esautistico governo

⁸³ Trib. Varese, GUP, 8 ottobre 2014 ha richiamato le decisioni europee sui casi *Mennesson* e *Labassee*, per arrivare alla conclusione che la richiesta di trascrivere l’atto di nascita straniero, assumendo la qualità di genitori del nato da gestante surrogata, integra ormai un’ipotesi di falso innocuo, con sostanziale elisione dell’antigiuridicità. Si supera così non solo l’orientamento rigoristico che ravvisava in tale ipotesi il delitto di alterazione di stato *ex art.* 567 c.p. (Trib. Brescia, 26 novembre 2013), ma anche quello intermedio che riteneva comunque applicabile la meno grave sanzione di cui all'*art.* 495 c.p. (Trib. Milano, 13 gennaio 2014, in *Foro it.*, 2014, 371; Trib. Milano, 8 aprile 2014, in *Dir. fam. pers.*, 2014, 1474).

⁸⁴ Attraverso la trascrizione di certificato di nascita si costituisce una previa attribuzione dello *status* di figlio riconosciuto lecitamente in base ai criteri normativi vigenti nello Stato straniero; epperò, ciononostante, la suddetta trascrizione è improduttiva di effetti nell’ordinamento italiano di appartenenza dei coniugi committenti, in quanto contraria all’ordine pubblico.

⁸⁵ A. B. FARAONI, *La maternità surrogata. La natura del fenomeno, gli aspetti giuridici, le prospettive di disciplina*, Milano, 2002, 117.

⁸⁶ Trib. Monza, 27 ottobre 1989, in *Giur. it.*, 1990, I, 2, 295, con nota di G. PALMIERI, *Maternità “surrogata”: la prima pronuncia italiana*. La sentenza è altresì annotata da M. DOGLIOTTI, *Inseminazione artificiale e rapporto di filiazione*, in *Giur. it.*, 1992, I, 2, 73: ivi l’Autore sottolinea che “in una società dove tutto ha un prezzo, non dovrebbe stupire che si tenti la commercializzazione di fenomeni delicatissimi strettamente connessi alla sfera più intima della persona (...) la fattispecie in esame è palese espressione di quel triste e turpe fenomeno conosciuto come mercato di bambini, che ha assunto diverse forme (anche nel nostro Paese) tutte estremamente insidiose”.



dell'autonomia privata e suscettibili di cancellare dal mondo giuridico quelle naturali». Veniva, pertanto, respinta, sulla base del principio suesposto, l'istanza di adempimento avanzata dalla coppia committente ed esclusa la possibilità di ripetere quanto pagato in anticipo a titolo di compenso per la maternità surrogata⁸⁷.

All'interno di tal orientamento si colloca pur una recente pronuncia di legittimità (Cass. civ., 11 novembre 2014, n. 24001)⁸⁸, la quale prevede lo stato di adottabilità del bambino nato in Ucraina da madre surrogata per conto di due coniugi italiani, sì negando la possibilità che i figli nati all'estero con la pratica dell'utero in affitto possano essere riconosciuti⁸⁹.

⁸⁷ La rigorosa impostazione del giudice monzese è stata seguita dalla prevalente giurisprudenza di merito degli anni immediatamente successivi (cfr. App. Salerno, sez. minori (decr.), 25 febbraio 1992 e Trib. minorenni Taranto, 3 febbraio 1999, in *Famiglia e diritto*, 1999, 5, 483, con nota di E. RAVOT, "Cessione" del figlio e stato di abbandono); viene tuttavia revocata in dubbio dieci anni più tardi da un'innovativa pronuncia del Tribunale di Roma (Trib. Roma, ord. 17 febbraio 2000).

⁸⁸ Cass. civ., 11 novembre 2014, n. 24001, in *Foro it.*, 2014, I, c. 3414, con nota di G. CASABURI, *Sangue e suolo: la Cassazione ed il divieto di maternità surrogata*. Nella pronuncia si afferma il contrasto con l'ordine pubblico italiano dell'istituto della surrogazione di maternità, vietato dalla legge sulla procreazione assistita; infatti, la Corte ha messo in evidenza come spetti solo al legislatore una scelta in materia, senza possibilità di interferenze da parte della giurisdizione (testualmente: «Posto che il divieto di maternità surrogata è di ordine pubblico, anche internazionale, non può riconoscersi efficacia in Italia all'atto di nascita di un bambino, formato all'estero, che ne indica quali genitori una coppia italiana, che, in realtà, aveva ivi fatto ricorso alla suddetta tecnica procreativa, con conseguente declaratoria di adottabilità del bambino medesimo (nella specie, il bambino non era figlio biologico né dell'uomo né della donna italiana, il che si pone in contrasto anche con la legge ucraina, paese ove era stato stipulato il contratto di surrogazione, era avvenuta la nascita ed era stato formato l'atto di nascita)»). Per una panoramica, cfr. Trib. Milano, 8 aprile 2014 e 15 ottobre 2013, *Foro it.*, 2014, II, 371, ove è ampiamente richiamata, *sub* § VII, App. Brescia, sez. min., 17 gennaio 2013.

⁸⁹ Nel caso in discorso, due coniugi si erano recati in Ucraina al fine di ricorrere alla pratica della maternità surrogata. La coppia, rientrata in Italia con il bambino nato a seguito della tecnica in questione, aveva chiesto la trascrizione dell'atto di nascita del minore. Il Pubblico Ministero aveva successivamente chiesto che fosse dichiarato lo stato di adottabilità del bambino: i coniugi risultavano difatti sottoposti a procedimento penale per alterazione di stato, essendo sospetta la non veridicità della dichiarazione di nascita del minore. Nel giudizio di primo grado i coniugi dichiaravano che la moglie non era in realtà madre biologica del bambino; veniva, inoltre, accertata, mediante consulenza tecnica di ufficio, l'assenza di un legame biologico tra il marito ed il minore. Nel giudizio emergeva la violazione, da parte dei coniugi, anche della legge ucraina in tema di maternità surrogata, la quale ammette tale pratica solo a condizione che il cinquanta per cento del patrimonio genetico del nascituro appartenga alla coppia genitoriale committente. Veniva poi osservato come la coppia avesse da tempo superato l'età in cui è consentita l'adozione di un neonato; emergeva, inoltre, che in precedenza non erano state accolte, per tre volte, le domande di adozione presentate dalla coppia, per gravi difficoltà nella elaborazione di una sana genitorialità adottiva. Il Tribunale dichiarava così lo stato di adottabilità del minore, sospendendo i coniugi dall'esercizio della responsabilità genitoriale. La Corte d'appello respingeva poi l'appello proposto dai coniugi rilevando in particolare la violazione da parte degli stessi della legge ucraina sulla maternità surrogata. La Corte territoriale rilevava inoltre la contrarietà all'ordine pubblico del certificato di nascita ucraino, stante il divieto sancito dalla l. n. 40 del 2004 di qualsiasi forma di surrogazione di maternità. Sulla base di tali considerazioni la Corte d'appello negava in caso al minore lo *status* di figlio degli appellanti: da ciò conseguiva lo stato di adottabilità del bambino, ai sensi dell'art. 8, l. 4 maggio 1983, n. 184, non essendo il minore assistito dai genitori o da altri parenti. Veniva altresì affermato che, in ogni caso, l'allontanamento del minore dal nucleo familiare degli appellanti era giustificato dal comportamento di questi ultimi, i quali avevano volontariamente eluso la legge italiana sulla procreazione medicalmente assistita e avevano falsamente dichiarato di essere i sui genitori naturali. La Suprema Corte, chiamata a pronunciarsi sul caso in esame, ha respinto il ricorso presentato dalla coppia.



Per quanto l'odierna ammissione della donazione di ovociti – quale risulta dalla pronuncia della Corte costituzionale che ha legittimato la procreazione assistita eterologa⁹⁰ – in combinazione con il persistente divieto, penalmente sanzionato (art. 12, l. 19 febbraio 2004, n. 40), della maternità surrogata in ogni sua forma (ossia tanto della “maternità surrogata” in senso stretto quanto della “maternità portante” o gestazione per altri) si presti ad essere letta nel senso che l'ordinamento ha superato il presupposto della necessità dell'apporto genetico al fine dell'attribuzione legale della maternità, mentre tiene fermo quello della gravidanza e del parto, la persistenza del disfavore verso la surrogazione si spiega in virtù di ragioni più profonde dell'apparente indispensabilità della gestazione nell'identificazione della nozione di maternità. L'argomentazione per cui la gravidanza crea un legame simbiotico tra feto e madre, benché in apparenza corpora giacché corrispondente all'immaginario collettivo della maternità, si profila alquanto retorica ed assiomatica; se, dunque, il divieto di maternità surrogata è ben più diffuso nel mondo di quello, oggi recessivo, della donazione di ovociti, è perché la prima viola principi con i quali la seconda, invece, non contrasta.

In primis, esso implica la disposizione del corpo della donna – che ripugna assai più della disposizione di parti staccabili del corpo⁹¹, quali sono considerabili i gameti, oggetto di “donazione” nell'ambito della fecondazione eterologa. L'obbligazione assunta con un

⁹⁰ Corte cost., 10 giugno 2014 n. 162, in *Europa dir. priv.*, 21014, 1105, con nota di C. CASTRONOVO, *Fecondazione eterologa: il passo (falso) della Corte costituzionale*; in *Corr. giur.*, 2014, f. 8-9, 1068, con nota di G. FERRANDO, *La riproduzione assistita nuovamente al vaglio della Corte costituzionale: l'illegittimità del divieto di fecondazione “eterologa”*; in *Fam. e dir.*, 2014, 753, con nota di V. CARBONE, *Sterilità della coppia. Fecondazione eterologa anche in Italia*; in *Dir. pers. fam.*, 2014, 1005, con nota di L. D'AVACK, *Cade il divieto all'eterologa, ma la tecnica procreativa resta un percorso tutto da regolamentare*; in *Foro it.*, 2014, I, c. 2324, con nota di G. CASABURI, *“Requiem” (gioiosa) per il divieto di procreazione medicalmente assistita eterologa: l'agonia della l. 40/04*. Il Giudice delle Leggi ha affermato che la scelta di una coppia di diventare genitori e di formare una famiglia è riconducibile alla libertà di autodeterminazione dell'individuo; sicché le limitazioni di siffatta libertà, costituzionalmente garantita, devono essere ragionevolmente e congruamente controbilanciate da esigenze di tutela di interessi di pari rango, ravvisabili, in tal caso, nel dato della provenienza genetica. La Corte ritiene che la scelta di formare una famiglia caratterizzata dalla presenza di figli, anche indipendentemente dal dato genetico, è invero considerata in modo favorevole dal nostro ordinamento giuridico; e ciò è dimostrato dall'istituto dell'adozione: la considerazione che quest'ultimo mira prevalentemente a garantire una famiglia ai minori (come affermato dalla stessa Corte costituzionale sin dalla sentenza n. 11 del 1981) rende, comunque, evidente che il fatto della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia stessa. Viene pertanto sottolineato che il divieto di fecondazione eterologa comporta in definitiva un'ingiustificata lesione della libertà fondamentale della coppia destinataria della l. n. 40/2004 di formare una famiglia. L'assolutezza del divieto in questione non trova poi giustificazione nelle esigenze di tutela del nato, le quali risultano congruamente garantite.

⁹¹ Al di là del profilo mercenario che sicuramente incide sulla valutazione “sociale” negativa dell'accordo in questione con inevitabili riflessi – peraltro – sulla validità del “contratto” sotto il profilo del buon costume, dietro la maternità surrogata “a pagamento” potrebbero in concreto nascondersi più gravi fenomeni di sfruttamento ai danni di donne poco abbienti o in situazioni di estrema povertà, sui quali l'ordinamento dovrebbe attentamente vigilare e intervenire con opportuni strumenti di prevenzione e contrasto, anche nel quadro di una auspicabile regolamentazione della realtà del c.d. “turismo procreativo” (ossia della condotta di chi si reca all'estero, in Paesi con una legislazione più permissiva in tema di maternità surrogata, allo scopo di sottoporsi a procedure riproduttive vietate nel proprio Stato).



accordo di surrogazione dalla donna di disporre del proprio corpo (restando incinta) e di cedere il neonato a terzi strumentalizza il corpo femminile, si degradando la donna ad esclusivo mezzo di soddisfacimento dei fini altrui⁹². Difficile è non ravvisare un contrasto frontale con l'imperativo categorico kantiano che, nella sua seconda formulazione, comanda di "agire in modo da trattare l'umanità, sia nella propria persona sia in quella di ogni altro, sempre *anche* come fine e mai semplicemente come mezzo"⁹³.

La dignità della persona – intesa come "condizione di nobiltà ontologica e morale in cui l'uomo è posto dalla sua natura umana, e insieme il rispetto che per tale condizione gli è dovuto e che egli deve a se stesso"⁹⁴ – permea di sé l'intera antropologia costituzionale, costituendone il collante quale "valore supercostituzionale"⁹⁵. Come è stato efficacemente detto, nella Costituzione "l'uomo non è soltanto un *Wertsetzer* ma anche un *Wertträger*", perché egli è "sì libero di costruire il proprio ordinamento di valori ma [è] anche egli stesso già valore e quindi valore anche per gli altri"⁹⁶. Insomma, la libera ricerca dei fini, che si accorda con il pluralismo di valori protetto dalla Costituzione stessa, muove dal riconoscimento del valore originario, immanente ed ontologico e come tale indisponibile, dell'uomo in se stesso; proprio perché egli è già valore non può vedersi disconoscere lo stesso da chi persegua valori secondari diversi dai suoi, e quindi non può disconoscerlo neppure a se stesso, degradandosi. Proprio nella famiglia, la dignità della persona umana trova conferma, poiché la garanzia dell'eguaglianza "morale" dei coniugi posta dall'art. 29, comma 2, Cost., sta a significare la perentoria riaffermazione dell'identità originaria di

⁹² Lo notava già il Trib. Monza, 27 ottobre 1989, in *Foro it.*, 1990, I, c. 298; in *Dir. fam. pers.*, 1990, 173, con nota di M. VENTURA, *Sulla procreazione artificiale: una sentenza innovativa?*, rilevando che «l'atto dispositivo del proprio corpo, implicato dal contratto di maternità surrogata (..) non può mai rilevare come oggetto di una preventiva obbligazione dell'avente diritto a compierla o a permettere che altri lo compia su di lei ed è comunque contrario alla legge, all'ordine pubblico e, almeno in caso di onerosità, anche al buon costume».

⁹³ Cfr. I. KANT, *Grundlegung der Metaphysik der Sitten*, (1785), trad. it. *Fondazione della metafisica dei costumi*, in *Scritti morali*, a cura di P. Chioldi, Torino, 1970, 88: "agisci in modo da trattare l'umanità, sia nella tua persona sia in quella di ogni altro, sempre *anche* come fine e mai semplicemente come mezzo". Il che ovviamente non comporta che l'uomo non possa *anche* farsi mezzo per la realizzazione di scopi a lui estrinseci (accade di continuo nella vita sociale), bensì che non venga mai ridotto *soltanto* a mezzo. È il suo uso meramente strumentale, la sua riduzione da persona a cosa – come già, sia pure in maniera incidentale, aveva osservato Beccaria (C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 1764, a cura di F. Venturi, Torino, 1965, 50: "Non vi è libertà ogni qual volta le leggi permettono che in alcuni eventi l'uomo cessi di essere *persona* e diventi *cosa*") con una ventina di anni di anticipo rispetto a Kant – a ferirlo nella sua dignità. Per una recente rilettura della concezione kantiana dell'uomo come fine in se stesso cfr. J. RAZ, *Value, Respect and Attachment*, 2001, trad. it. *I valori fra attaccamento e rispetto*, Reggio Emilia, 2003, 111-156. Nell'epoca in cui fu formulata, questa idea offrì un valido contributo all'abolizione della tortura e al superamento di pene umilianti e crudeli.

⁹⁴ Cfr. Dizionario Treccani on-line, *ad vocem*. La definizione così prosegue: "La dignità piena e non graduabile di ogni essere umano (il *suum* di ciascuno), ossia il valore che ogni uomo possiede per il semplice fatto di essere umano e di esistere è ciò che qualifica la persona, individuo unico e irripetibile".

⁹⁵ A. RUGGERI, *Esperienze di giustizia costituzionale, dinamiche istituzionali, teoria della Costituzione*, in *Giust. cost.*, 2008, 3617.

⁹⁶ A. NICOLUSSI, *Diritto di famiglia e nuove letture della Costituzione, Valori costituzionali. Per i sessanta anni della Costituzione italiana, Atti del Convegno Nazionale dell'U.G.C.I. (Roma, 5-7 dicembre 2008)*, a cura di F. D'Agostino, Milano, 2010, 167.



valore dell'uomo e della donna in quanto partecipi della stessa natura umana e dà un fondamento non posticcio all'uguaglianza giuridica tra di essi, la quale altrimenti si baserebbe soltanto sulla ragione estrinseca che all'interno della famiglia non vi debba essere un capo.

La surrogazione della maternità comporta l'obbligo di disporre del proprio corpo, ed anzi dell'interezza del proprio essere, sì spezzando quel nesso tra corpo e psiche che nella naturalezza della procreazione si ricompone nell'unità fisica, sensoriale ed intellettuale della maternità. La donna si obbliga, pertanto, ad essere "gestatrice", senza essere madre; in questa degradazione a mezzo ed auto-asservimento a fini altrui riposa il contrasto con la dignità umana. Quand'anche gratuita⁹⁷, la surrogazione rende la donna "mero strumento" per realizzare il progetto di genitorialità altrui⁹⁸: la «solidarietà tra donne», che caratterizzerebbe in ipotesi una gestazione per altri senza corrispettivo, attiene alla natura del fine perseguito, ma presuppone pur sempre un'auto-riduzione a mezzo per perseguirlo. A ciò si unisce, laddove sia poi onerosa, la commercializzazione del corpo umano, vietata all'art. 21 della Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e la biomedicina ed all'art. 3, co. 2, lett. c) della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Del resto, se la surrogazione venisse ammessa, occorrerebbe garantire per legge la coercibilità dell'obbligo di "consegnare"⁹⁹ il neonato dopo il parto alla donna committente, strappandolo così a colei che l'ha partorito e che nel mentre potrebbe avere cambiato idea, desiderando tenerlo come proprio figlio; epperò ripugna una tale coercibilità alla stregua del più comune sentimento di umanità (perché sottrae alla puerpera la «carne della sua carne»)¹⁰⁰, tanto da suggerire a ritroso di non ammettere la surrogazione stessa. "Il paradosso di questa coercizione è che nel momento in cui la donna – pentitasi dell'impegno assunto e desiderosa di tenere con sé il figlio – riguadagna la propria dignità, recuperando quella pienezza di ruolo materno che ella stessa si era negata riducendosi a «gestatrice», il

⁹⁷ Apertura verso una gestazione gratuita per altri è invece mostrata da P. ZATTI, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, in *Tratt. dir. fam.*, diretto da P. Zatti, I, 1, Milano, 2011, 69 ss. e da S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014 52; in giurisprudenza, da Trib. Roma, ord. 17 febbraio 2000, in *Corr. giur.*, 2000, 4, 483 con nota di M. SESTA, *La maternità surrogata tra deontologie, regole etiche e diritto giurisprudenziale*.

⁹⁸ "La tecnologia riproduttiva favorisce l'esperazione dell'autonomia, trasformano l'altro in uno strumento per realizzare il proprio desiderio procreativo. E attivando l'intervento di diritti auto-referenziali. In una prospettiva al femminile, viene da chiedersi se la maternità ridotta a mera funzione riproduttiva non sia stata fatta oggetto della grande congiura della tecnologia contro la natura e la donna: lungi dell'essere neutrale la tecnologia, capace di dare alle donne il potere di essere madri in maniera così autoreferenziale, non le sta solo espropriando del vero controllo sulla riproduzione, ma sta togliendo loro il privilegio di vivere autenticamente la propria femminilità": così G. GAMBINO, *Il moderno diritto al figlio. Riflessioni biogiuridiche a partire dal Giudizio delle due madri di Re Salomone*, in *Medicina e Morale*, 2013, 2, 322-323.

⁹⁹ Il carattere reificante della pratica che la "consegna" mette in evidenza ben traspare d'altra parte nella tendenza a concepire il neonato come un prodotto, che i committenti accettano laddove ed in quanto non sia "difettoso": di qui il caso, reso noto nell'agosto del 2014, in cui i committenti australiani hanno rifiutato di "ricevere in consegna" uno dei due gemelli partoriti dalla donna thailandese alla quale si erano rivolti (a titolo oneroso, e con ovociti provenienti da una terza donna), perché affetto dalla sindrome di Down.

¹⁰⁰ Il riferimento va a F. SANTORO PASSARELLI, *La filiazione naturale nel progetto di codice civile*, Studi urbinati, 1930, fasc. 3-4. 1 ss., ora in ID., *Saggi di diritto civile*, I, Napoli, 1961, 441 ss.



diritto interviene con il proprio apparato a dare esecuzione all'accordo di surrogazione o al provvedimento giudiziale che l'ha autorizzata, facendo soccombere tale interesse innanzi a quello dell'altra donna. D'altra parte, l'esecuzione dell'obbligo rende evidente quel che l'intera pratica non riesce a nascondere: la reificazione dei soggetti coinvolti ed in specie – oltre a colei che si è reificata da sé – del bambino¹⁰¹. Un'autorevole voce del pensiero sociologico, la stessa alla quale si ascrive la fortunata immagine della modernità liquida, ha segnalato come conseguenza di un eccesso di "liquidità" quella degradazione della famiglia tale per cui il rapporto di coppia diviene il «luogo del consumo», tanto affannoso quanto effimero delle utilità che il *partner* può fornire, secondo la stessa logica dei rapporti di consumo che l'uomo instaura tra le cose¹⁰². Ebbene, siffatto rischio – che la fecondazione eterologa riproduce sul piano dei rapporti cc.dd. verticali, accreditando l'idea di una filiazione "disincarnata" in cui il figlio diventa il puro prodotto di una scelta, e quindi l'oggetto di un diritto della personalità dell'adulto che si "determina" a farlo nascere senza apporto procreativo¹⁰³ – diviene realtà nella surrogazione di maternità, che esibendo una virtualità reificante ben maggiore di quella insita nella fecondazione eterologa tratta la persona già nata alla stregua di un risultato utile in relazione ad un interesse creditorio realizzato tramite l'adempimento di un obbligo e quindi come oggetto di consegna, spontanea o coattiva che sia.

Viepiù. La pratica di surrogazione della maternità, lesiva del bene giuridico fondamentale della «dignità umana», costituzionalmente tutelato, della gestante, si pone altresì oggettivamente in conflitto con l'istituto dell'adozione, l'unico al quale, giacché governato da regole particolare poste a presidio di tutti gli interessi coinvolti (in primo luogo quello dei minori, non già al mero accordo delle parti), «l'ordinamento affida la realizzazione di progetti di genitorialità priva di legami biologici con il nato»¹⁰⁴.

Intendendo allora l'ordine pubblico¹⁰⁵ internazionale quale «limite che l'ordinamento nazionale pone all'ingresso di norme e provvedimenti stranieri, a protezione della sua

¹⁰¹ Così A. RENDA, *La surrogazione di maternità ed il diritto della famiglia al bivio*, in *Europa e dir. priv.*, 2015, f. 2, 415 ss.

¹⁰² Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, trad. it., Roma-Bari, 2006, 189 ss.

¹⁰³ Cfr. A. NICOLUSSI, *La filiazione e le sue forme: la prospettiva giuridica*, in E. SCABINI, G. ROSSI (a cura di), *Allargare lo spazio familiare: adozione e affidamento*, Milano, 2014, 3, ove l'A. nota come il figlio, che in un lontano passato poté essere detto "*naturaliter aliquid patris*", diventi adesso – archiviato il paidocentrismo novecentesco, che lo aveva elevato a persona – "*artificialiter aliquid parentis*", tornando così ad essere, non più per natura ma per artificio, cosa.

¹⁰⁴ Così Cass., 11 novembre 2014, n. 24001, in *Corr. giur.*, 2015, f. 4, 2015, 472 ss., con nota di A. RENDA, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore*.

¹⁰⁵ In Europa, la surrogazione di maternità è vietata dappertutto, ad eccezione di Albania, Georgia, Grecia, Paesi Bassi, Regno Unito, Russia ed Ucraina. Ciò, peraltro, non può non influire sulla stessa valutazione di contrarietà all'ordine pubblico internazionale. E' noto come di quest'ultimo siano teorizzate due nozioni (cfr. B. BAREL, S. ARMELLINI, *Manuale breve di diritto internazionale privato*, Milano, 2014, 82 ss). La prima lo concepisce come sottoinsieme dell'ordine pubblico interno (inteso come complesso di principi inderogabili che costituiscono un limite all'autonomia privata), nel quale si collocano i soli principi talmente essenziali da essere fondamentali per l'armonia dell'ordinamento allorché questo, nell'aprirsi ai valori giuridici degli altri



coerenza interna», ed individuando lo stesso non solo «nei valori condivisi della comunità internazionale, ma anche nei principi e valori esclusivamente propri, purché fondamentali e (perciò) irrinunciabili», può sostenersi, *apertis verbis*, come il divieto di pratiche di surrogazione di maternità sia certamente norma imperativa che sostanzia un principio di ordine pubblico internazionale, ravvisandosi il fondamento (anche) nella sanzione penale che l'assiste («di regola posta a presidio di beni giuridici fondamentali»)¹⁰⁶. Ove ad essa si ricorra, allora, in spregio del divieto comminato dall'art. 12, comma 6, l. n. 40/2004, non vi è dubbio – ed è esatto dire – che l'attribuzione della qualità di madre spetti alla donna che abbia partorito, ai sensi dell'art. 269, comma 3, c.c.¹⁰⁷

ordinamenti attraverso l'applicazione del diritto straniero, non ne consente un ingresso indiscriminato. La seconda lo differenzia dall'ordine pubblico interno perché mentre quest'ultimo riguarderebbe i principi che esprimono i valori fondamentali della comunità nazionale e si applicherebbe solo a fattispecie relative a cittadini italiani, il primo consisterebbe nei principi condivisi dalla comunità internazionale e si applicherebbe a controversie relative a stranieri che comunque presentino una blanda connessione con il nostro ordinamento. Ebbene, posto che la prima teoria appare più fondata, è evidente che anche stando alla seconda, proprio l'estrema diffusione del divieto della surrogazione della maternità, mostrando un *idem sentire* europeo avverso questa pratica, non può che elevarlo a principio di ordine pubblico internazionale.

¹⁰⁶ Nel senso, invece, della non contrarietà all'ordine pubblico della surrogazione, v. App. Bari, 13 febbraio 2009, in *Giur. merito*, 2010, con nota di M. DELL'UTRI, *Maternità surrogata, dignità della persona e filiazione*, relativa al riconoscimento ex art. 65 l. n. 218/1995 di un *parental order* britannico. Sul piano della prassi amministrativa, la contrarietà all'ordine pubblico è però ribadita dalla Circolare del Ministero degli affari esteri dell'11 agosto 2011, che conferma il divieto per l'ufficiale di stato civile di operare la trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero. Al riguardo, si legga l'opinione di G. CASABURI, *Sangue e suolo: la Cassazione e il divieto di maternità surrogata*, in *Foro it.*, 2014, 3408, il quale, anche a concedere che contrasti con l'ordine pubblico quella che definisce maternità surrogata eterologa, «che si riscontra allorché la madre sostituta (o gestante) accoglie un embrione formato con gameti estranei alla coppia committente», afferma che «non contrastano con l'ordine pubblico internazionale le fattispecie (molto diffuse) di maternità surrogata omologa, in cui (in genere) il padre committente è anche genitore biologico (in quanto l'embrione è stato formato con i suoi gameti), sicché quegli atti di nascita possono essere senz'altro trascritti». Invero – sostiene A. RENDA, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore*, op. cit., 486 ss. – la contrarietà della surrogazione all'ordine pubblico non riposa sulla doppia estraneità genetica del nato alla coppia committente, ma si fonda sulla contrarietà a vari principi sistematici della dissociazione tra concepimento e gravidanza e quindi della scissione della maternità (non *tout court*, ché altrimenti la stessa donazione di gameti vi ricadrebbe, bensì) quando la gravidanza sia strumentalizzata al fine della maternità di una donna diversa da quella che la vive. Se così è – conclude l'Autore –, il contrasto sussiste evidentemente anche nell'ipotesi in cui dal lato maschile il contributo genetico sia riferibile al committente, nella quale il disvalore della scissione della maternità si presenta immutato. Allora ciò comporterà sì il diritto del figlio (e, correlativamente, del padre) all'accertamento della paternità dell'uomo, ma non potrà comportare il corrispondente diritto all'accertamento della maternità della committente, perché la nascita resta da surrogazione di maternità. L'accertamento della paternità dell'uomo committente, legato da vincolo genetico con il nato da surrogazione di maternità, non è, del resto, affatto distonico rispetto ai principi del sistema, anzi si impone proprio in applicazione del principio di verità espresso all'art. 30 Cost. Ciò, peraltro, è esattamente quanto discende da quella pronuncia della Corte Edu – relativa al caso di due gemelli nati in California a seguito di maternità surrogata commissionata da cittadini francesi, la trascrizione nei registri dello stato francese del cui atto di nascita, formato con l'indicazione dei committenti come genitori, era stata annullata su istanza del Pubblico ministero – che ha affermato che nel negato riconoscimento da parte del diritto francese della qualità di figli dell'uomo committente, loro padre biologico, vi sia stata violazione del diritto dei minori alla vita privata, protetto dall'art. 8 CEDU (Corte EDU, 26 giugno 2014, *Mennesson c. Francia* – domanda n. 65192/11).

¹⁰⁷ E' logico – per A. Renda – che il divieto di surrogazione di maternità (destabilizzando la figura *de qua* il sistema, giacché ne viola principi fondamentali) sia di ordine pubblico, perché enunciato da una norma



Ci si chiede se la stessa soluzione valga anche laddove la surrogazione di maternità emerga a distanza di tempo dalla nascita, allorché il relativo atto sia stato formato e (soprattutto) si sia allacciato un rapporto significativo tra il bambino e la coppia di committenti¹⁰⁸.

L'enfasi sull'interesse in concreto del minore potrebbe indurre a sostenere che la soluzione preferibile sia quella di far dipendere il trattamento del caso da una valutazione delle sue peculiarità, con potere del giudice di lasciare immutata la situazione pur non conforme alla realtà della procreazione e ai valori dell'ordinamento. "Si tratta probabilmente di una dimensione alla quale il diritto dovrà aprirsi, trovando il giusto punto di equilibrio tra l'esigenza di essere coerente con i valori che esprime *ex ante* (e dei quali certi divieti costituiscono il presidio, a maggior ragione se penalmente sanzionati) e quella di farsi carico della difficoltà di affrontare i fatti, che non sempre nascono conformi al diritto e che si radicano nell'esperienza delle persone (soprattutto, nella quotidianità di vita del minore, che non può rispondere delle scelte di chi l'ha fatto nascere) generando aspettative che sarebbe disumano deludere del tutto"¹⁰⁹.

Ma è una dimensione alla quale il diritto deve aprirsi con cautela. Occorre guardarsi dal rischio di accreditare, sotto la pressione di un interesse del minore *secundum quid* (o le

imperativa posta a presidio di quegli stessi principi irrinunciabili, altrimenti offesi dalla relativa pratica. Ed è esatto, allora, che – ove ad essa si ricorra contro il divieto comminato dall'art. 12, comma 6, l. n. 407/2004 – l'attribuzione della qualità di madre spetti alla donna che ha partorito; ma, per l'Autore, "non è esatto che ciò dipenda dall'art. 269, comma 3, c.c., interpretato come norma che identifica la maternità come qualità propria di colei che ha partorito, perché in realtà tale attribuzione si impone in virtù di un diverso fondamento, e cioè come sanzione civile che, *ex sistema*, è la più efficace, perché più idonea ad assicurare la funzione deterrente del divieto (...). Negare la maternità alla donna committente che ha fornito i gameti inibisce cioè l'effetto acquisitivo dello *status* di madre in capo alla committente, che il contratto di maternità portante mira a perseguire" (così A. RENDA, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore*, in *Corr. giur.*, 2015, 4, 484 ss). Ivi si sostiene, pertanto, la medesima soluzione avanzata dalla dottrina maggioritaria, ma con una motivazione diversa da quella da essa adottata, cioè l'ossequio alle citate norme codicistiche (art. 239, 269 c.c.), interpretate come tali da identificare nel parto il criterio unico o comunque prevalente di attribuzione della maternità (v., tra tutti, C. M. BIANCA, *Diritto civile*, II, Milano, 2014, 408, secondo cui «è la gestazione che crea l'essenziale e concreto rapporto materno con cui si realizza l'accoglimento dell'essere umano»). *Contra*, nel senso della necessità di affermare la maternità della donna che ha fornito il contributo genetico, cfr. F. PROSPERI, *La gestazione nell'interesse altrui tra diritto di procreare e indisponibilità dello status filiationis*, in *Verso nuove forme di maternità?*, a cura di C. A. Graziani e I. Corti, Milano, 2002, 123 ss.

¹⁰⁸ Una cauta apertura ad una soluzione diversa viene da B. BAREL, *La filiazione nel diritto internazionale privato dopo la riforma del 2012-2013*, in AA.VV., *La nuova disciplina della filiazione. La filiazione alla luce del d.lgs. 154/2013*, Santarcangelo di Romagna, 2014, 287: "Se questo è vero nella immediatezza della nascita, diversa potrebbe essere tuttavia la situazione nel caso di una relazione di fatto ormai consolidata per il trascorrere de tempo: in quel caso potrebbe profilarsi un delicato contrasto tra l'interesse del minore e la finalità della legge di non incentivare il consolidamento di situazioni illegali".

¹⁰⁹ Così testualmente, A. RENDA, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore*, op. cit., 483 ss. Anche A. NICOLUSSI, *La filiazione e le sue forme: la prospettiva giuridica*, in E. SCABINI (a cura di), *Allargare lo spazio familiare: adozione e affidamento*, Milano, 2014, 18, rileva che "questa dimensione è spesso ignorata nella sua consistenza reale sia da chi si attacca ai divieti non volendo guardare alla realtà sia da chi pretende di confondere i fatti con le norme, ciò che è con ciò che dovrebbe essere. Un atteggiamento più prudente e attento dovrebbe invece suggerire delle soluzioni, che senza fare confusione, offrano dei rimedi per le situazioni ormai in atto".



mentite spoglie d'esso), opzioni di politica del diritto proprie dell'interprete, con esiti eversivi del sistema qual è: "il pericolo da scongiurare in questa materia così delicata è, infatti, quello del soggettivismo ermeneutico e giudiziario, cui facilmente l'interprete cade quando, influenzato dal suo personale bagaglio ideologico e culturale, nel fare i conti con una legge controversa come la legge n. 40, si disperde in profili «meta-giuridici», soffermandosi ad esporre le proprie convinzioni personali circa le scelte compiute dal legislatore anziché impegnarsi a comprendere appieno il significato della nuova normativa"¹¹⁰. Nonché (il rischio) di capovolgere il rapporto che il sistema ha impostato tra verità ed altri valori. Ad oggi, infatti, il sistema intende l'interesse del minore in sede di accertamento di stato come un correttivo del principio di verità, non già quale criterio antinomico con questo¹¹¹: un correttivo che consente di ridurre o azzerare le prerogative della genitorialità genetica, alla volta di una genitorialità sociale, allorché la prima si riveli inadeguata agli *standards* di cura del minore (così da giustificare quella censura tra «biologia» e «biografia»¹¹² che, altrimenti, l'esperienza umana dimostra non aver ragione d'esser), epperò che non giustifica all'opposto il permanere di una genitorialità sociale affermata in spregio di quella genetica.

Proprio tal duplice rischio trova concretizzazione (*sigh!*) nel recente pronunciamento della Corte Edu che – in relazione ad un caso di surrogazione di maternità effettuata in Russia da una coppia italiana geneticamente estranea al nato, la quale si è vista negare la trascrizione in Italia dell'atto di nascita formato all'estero per contrarietà all'ordine pubblico e conseguentemente togliere il bambino, dichiarato adottabile giacché figlio di ignoti – ha statuito che vi sia stata violazione del diritto della coppia ricorrente al rispetto della vita familiare *ex art. 8 CEDU*¹¹³. Ciò perché l'autorità giudiziaria italiana, nel decidere

¹¹⁰ Testualmente, B. SALONE, *Figli su commissione: profili civilistici della maternità surrogata in Italia dopo la legge 40/2004*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2014, 2, 161. Così, tra gli altri, A. CELOTTO, *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione*, in A. CELOTTO, N. ZANON (a cura di), *La procreazione assistita. Al margine di una legge controversa*, Milano, 2004, 23, evidenzia come in questa materia "è necessario fare i conti, ad ogni istante, con implicazioni sociologiche, ideologiche, etiche e via enumerando" che "troppo facilmente possono tradursi in considerazioni meta-giuridiche, ovvero nella tentazione di piegare il dato positivo alla propria visione del mondo, scaturente dal bagaglio ideologico e culturale posseduto". Analogamente, G. SCIANCALEPORE, *Norme in materia di procreazione assistita: principi generali*, in P. STANZIONE, G. SCIANCALEPORE, *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004.

¹¹¹ Costante è, infatti, l'insegnamento della Corte costituzionale, secondo cui «la crescente considerazione del *favor veritatis* [...] non si pone in conflitto con il *favor minoris*, poiché anzi la verità biologica della procreazione costituisce una componente essenziale dell'interesse del medesimo minore, che si traduce nell'esigenza di garantire ad esso il diritto alla propria identità e, segnatamente, all'affermazione di un rapporto di filiazione veridico» (da ultimo, con affermazione tralattizia, Corte cost., ord., 12 gennaio 2012, n. 7, in *Giur. cost.*, 2012, c. 45).

¹¹² La diade espressiva si deve a S. RODOTÀ, *Tra diritto e società. Informazioni genetiche e tecniche di tutela*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, 586.

¹¹³ CEDU, caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*, 27 gennaio 2015. Due coniugi molisani, i quali erano già ricorsi in Italia, senza successo, alla fecondazione artificiale, nel 2008 decisero di accedere alla pratica dell'utero in affitto in Russia, paese nel quale la stessa è legalmente ammessa, ed all'uopo si rivolsero ad una società legale *Resjurconsulting*, che, dietro lauto compenso, istruì la pratica. Il minore nacque il 27 febbraio 2011 e, sulla base



l'allontanamento del minore dai genitori d'intenzione, avrebbe adottato una misura che, benché prevista dalla legge e volta alla difesa dell'ordine ed alla protezione dei diritti e delle libertà del minore, non era strettamente necessaria ed ha perciò ecceduto il margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati membri¹¹⁴.

La Corte ha reputato, pur in difetto sia di un titolo legale di genitorialità in capo ai committenti sia di un legame biologico tra essi ed il nato, tra questi si fosse allacciata una relazione familiare “di fatto”, nonostante la brevità – sei mesi, a partire dal terzo mese di vita del bambino –, che l'allontanamento deciso a seguito della pronuncia di adottabilità, ha spezzato, senza necessità alcuna ed in contrasto con l'interesse stesso del minore (salvo poi precisare che la condanna non comporta l'obbligo dello Stato italiano di “restituire” ai committenti il bambino, perché questo avrà nel mentre ragionevolmente instaurato una relazione affettiva con la famiglia affidataria).

I giudici europei, pertanto, giammai inclini ad affermare la sussistenza di un obbligo di riconoscere una siffatta genitorialità basata sul mero acquisto – ed anzi, lontani, *apertis verbis*, dalla logica proprietaria sviluppata dalle peculiari argomentazioni dell'avvocato della società russa che aveva gestito la vicenda – hanno precisato come la condanna dello Stato italiano non debba essere interpretata nel senso di configurare un obbligo restitutorio del bambino, nell'interesse del quale si invita, al contrario, a salvaguardare la relazione affettiva

della normativa russa di riferimento, venne rilasciato dalle competenti autorità un certificato di nascita in cui i due italiani risultavano i genitori del minore. L'atto di nascita venne dotato di *apostille* ai sensi della Convenzione dell'Aja del 1961, e nell'aprile 2011 i due coniugi ottennero dal consolato italiano i documenti per poter rientrare in Italia con il minore. Pochi giorni dopo, il consolato italiano di Mosca comunicò alle autorità competenti italiane che l'atto di nascita conteneva false informazioni; conseguentemente la richiesta di trascrizione dell'atto venne rifiutata ed avviato a carico della coppia molisana un procedimento penale per il delitto di alterazione di stato ex art. 576 c.p. e per violazione dell'art. 72 della legge 4 maggio 1983, n. 184, recante la disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori. Contestualmente il Tribunale dei Minori avviò un procedimento di adottabilità, essendo il minore considerato in stato di abbandono. Nell'agosto del 2011 il test del DNA aveva dimostrato che non v'era alcun legame biologico tra il presunto padre ed il minore (contrariamente a quanto sostenuto dalla coppia) e, successivamente, nell'ottobre 2011, il minore era stato allontanato dalla coppia ed affidato ai servizi sociali. La coppia agisce pertanto davanti alla Corte europea dei diritti dell'Uomo in proprio e per conto del minore per violazione dell'art. 8 della Convenzione, sostenendo la legittimità della loro condotta secondo la legge russa, e l'illegittimità del rifiuto delle autorità italiane, le quali avrebbero dovuto seguire il solo criterio dell'interesse superiore del minore. La Corte, nell'esaminare il caso, si pronuncia in primo luogo sull'applicabilità dell'art. 8, ribadendo come lo stesso protegga i legami familiari *de facto*.

¹¹⁴ La Corte Edu, chiamata a pronunciarsi su di una pluralità di domande, ha respinto quella con la quale i ricorrenti, nell'asserita qualità di rappresentanti del minore, facevano valere la violazione del diritto del minore stesso al rispetto della vita privata e familiare (ex art. 8 Cedu) a causa del mancato riconoscimento dello *status* di figlio attribuitogli dal diritto straniero, con la motivazione che essi non possedessero la qualità necessaria per rappresentarlo, essendo geneticamente estranei al minore, per di più già in affidamento preadottivo al momento della domanda. Ha, altresì, respinto la domanda proposta dai ricorrenti in proprio, con la quale questi facevano valere la corrispondente violazione del proprio diritto alla vita privata e familiare in conseguenza del rifiuto dell'autorità italiana di trascrivere l'atto di nascita formato all'estero, con la motivazione che i ricorrenti non avessero esaurito i mezzi di ricorso di diritto interno, per essere ancora proponibile ricorso per Cassazione avverso la sentenza d'appello che ha confermato il rifiuto di trascrizione opposto dall'ufficiale di stato civile.



che risulterebbe essersi successivamente costituita in seno ad una famiglia affidataria. Piuttosto denuncia la lesione del principio di proporzionalità insita nel provvedimento italiano censurato, giacché l'allontanamento del bambino dal contesto familiare in cui “di fatto” era inserito, pur sulla base di un titolo genitoriale la cui illegittimità la Corte non discute, è avvenuto senza che si fossero riscontrate situazioni di pericolo grave, quali abusi sessuali o violenze fisiche e morali, e senza che l'impatto delle misure venisse in quale modo attenuato dalla previsione di forme di diritto di visita, comparabili a quelle riconosciuti in altri ordinamenti. Sicché la sentenza va ad inserirsi sulla scia di una precedente condanna riportata dall'Italia riguardante l'inammissibilità di provvedimenti, non infrequenti nelle prassi dei tribunali minorili, con cui si dispone l'allontanamento di minore, pur in assenza di quei gravi presupposti e di quelle misure di accompagnamento di cui si diceva¹¹⁵.

In altri termini, la Corte di Strasburgo, attraverso una “*mère porteuse*”, ha rilevato la sussistenza nel caso di specie della violazione dell'art. 8 CEDU, affermando come la dichiarazione di adottabilità del minore e, perciò, il suo affidamento ad una nuova famiglia, debbano essere «misure estreme», da adottare *cum grano salis* e con carattere di residualità, senza alcun meccanismo automatico, poiché preminente dev'essere l'esigenza di tutelare l'interesse del minore alla propria relazione genitoriale, sia essa biologica o meno.

Del resto, il centro gravitazionale del rapporto genitori-figli non ruota più e solamente attorno al dato biologico in sé, ma al fattore affettivo, che lega i componenti del gruppo familiare, diventandone il collante indefettibile¹¹⁶. Costituisce interesse essenziale del minore ricevere quella carica affettiva di cui l'essere umano non può fare a meno nel tempo della sua formazione. In altri termini, l'ordinamento è deputato a tutelare precipuamente non più il *favor veritatis* ma il *favor affectionis*, che si realizza nella condotta di chi provvede al mantenimento, all'educazione del figlio con amore e responsabilità, guardando al futuro del nato (e non al momento del parto), a garanzia del “superiore interesse del minore” – di gran lunga prevalente rispetto all'interesse della coppia a realizzarsi come genitori – a ricevere le cure e l'affetto di cui ha bisogno per formare la sua personalità, “in una prospettiva in cui lo *status* viene rivitalizzato e piegato allo scopo di proteggere e non di escludere”¹¹⁷.

¹¹⁵ Corte Edu, 21 gennaio 2014, *Zhou c. Italie*, ric. 33773/11, ha accolto la domanda risarcitoria proposta da una donna immigrata, cui le autorità aveva dichiarato adottabile il figlio, e poi sospeso ogni diritto di visita, considerandola inadeguata a crescerlo, sulla base di una relazione dei servizi sociali, essenzialmente incentrata sul fatto che la gran parte del giorno il bambino venisse affidato ad una coppia di anziani vicini, dovendo la madre lavorare molte ore per mantenerlo.

¹¹⁶ Osserva in punto C. MAZZÙ, *Il diritto civile all'alba del terzo millennio*, 2011, 29 ss. che il rapporto così è “a favore dell'elemento affettivo, che diventa un velo avvolgente la verità storica e attenua il valore della ricerca del dato biologico, fino a giustificare la quasi totale obliterazione”.

¹¹⁷ C. MAZZÙ, *Nuovi modelli di status*, 12, ove l'A. individua “la nuova stagione dello *status*”, inteso “come uno strumento inclusivo nel sistema e capace di dare certezza alle relazioni, senza apriorismi formali e pregiudiziali etico-religiose o razziali”.



Peraltro, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo segna da tempo numerosi punti fermi che riconducono alla protezione dell'art. 8 della Carta i legami familiari *de facto*, caratterizzati dalla presenza di vincoli di affettività, «purché ricorrano un certo numero di elementi, quali il tempo vissuto assieme, la qualità delle relazioni, nonché il ruolo assunto dall'adulto nei confronti del bambino»: così nel caso italiano di diniego dell'adozione speciale di una neonata affidata provvisoriamente con decreto d'urgenza ad una coppia, motivato dall'adozione disposta nei confronti di altra coppia, che la Corte ritiene ascrivibili ad una vita familiare già in atto, come tale tutelata, posto che la bambina aveva vissuto con la coppia per 19 mesi, e sussisteva un «forte legame» con gli adulti¹¹⁸.

La relazione stabilita nel tempo, pur in assenza di vincoli genetici, non è dunque irrilevante, in quanto costituisce aspetto della vita familiare tutelata dall'art. 8 della Carta Europea dei Diritti dell'Uomo e dall'art. 7 della Carta di Nizza¹¹⁹, anche sotto l'aspetto potenziale, per tale intendendo quella che il padre biologico potrebbe stabilire col figlio avuto con una donna sposata, il cui *status* sia cristallizzato e non più contestabile¹²⁰, ed il relativo rilievo legittima perfino l'affido condiviso alla «figura genitoriale di riferimento» pur in assenza di vincoli rilevanti per lo stato civile, trattandosi della seconda moglie del padre che si era presa cura del bambino orfano della madre fin dalla nascita, anche per tutelare la salute psicofisica del minore, in applicazione diretta dell'art. 32 Cost.¹²¹

Epperò, se ci si volesse ora limitare a discutere della congruenza della pronuncia rispetto ai criteri emergenti dalla stessa giurisprudenza di Strasburgo¹²², in relazione alle

¹¹⁸ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 27 aprile 2010, *Moretti e Benedetti c. Italia*, ricorso n. 16318/07. Cfr. altresì Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Chambre, 22 aprile 1997, *X, y, z c. Regno Unito*, ricorso n. 21830/93, ove si vuol accertare «l'esistenza di una relazione affettiva» nel caso di una persona transessuale, la compagna di lui e la figlia ottenuta con metodiche di procreazione artificiale.

¹¹⁹ Corte di Giustizia 11 luglio 2002, *Carpenter c. Secretary of State for the Home Department*, causa C-60/00, in *Racc.* 2002, I-6279, applicativo dell'art. 49 TCE (art. 52 TFUE), letto «alla luce del diritto fondamentale al rispetto della vita familiare», nel senso dell'obbligo di garantire il soggiorno nello Stato membro di origine di un prestatore di servizi stabilito in tale Stato, che fornisce servizi ai destinatari stabiliti in altri Stati membri, al coniuge del detto prestatore, anche se cittadino di un Paese terzo, per il caso della donna che si era presa cura dei figli del primo letto del marito, sebbene non vi fosse tenuta in forza di vincoli giuridici. Cfr. M. MELI, *Il dialogo tra ordinamenti nazionali e ordinamento comunitario: gli sviluppi più recenti in materia di diritto di famiglia*, in *Europa e diritto privato*, 2007, 447; G. FERRANDO, *Le relazioni familiari nella Carta dei Diritti dell'Unione Europea*, in *Politica del diritto*, 2003, 347 ss.

¹²⁰ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 15 settembre 2001, *Schneider c. Germania*, ricorso n. 36168/2009.

¹²¹ T. d. M. Genova, 12 marzo 2009, su cui E. BET, *Affidamento condiviso, genitore biologico e "figura genitoriale di riferimento"*, in *Famiglia e diritto*, 2013, 101 ss. Dall'istruttoria era risultato che «a tutti gli effetti, la sig. X ha rappresentato per il minore la figura materna di riferimento, indipendentemente dall'essere la stessa genitore biologico o meno; che la separazione da essa ha provocato sentimenti di perdita parimenti significativi, aggravati dall'introduzione di altra figura femminile e recentemente resi ancora più disorganizzati dalla separazione dalla sorella maggiore». Il Tribunale dispone così l'affidamento condiviso al padre ed alla donna che ha fatto da madre al figlio del marito, considerando come fosse necessario «rispettare il diritto del minore alla bigenitorialità, in considerazione dei suoi vissuti e dei legami affettivi che egli ha costruito nella sua giovane vita al di là della natura della filiazione».

¹²² Nella pronuncia della Corte Edu, 10 aprile 2012, *Pontes c. Portogallo*, citata con amplissimi stralci proprio nella motivazione della sentenza *Paradiso e Campanelli* (§ 80), i presupposti in relazione ai quali debba



circostanze di fatto del caso, sarebbe difficile non rilevare come sia del tutto arbitrario ritenere che una relazione instauratasi per sei mesi con un bambino che ancora non può aver elaborato un'identità relazionale fondata su di una chiara cognizione di sé e degli altri costituisca un legame familiare meritevole di essere preservato e conservato nell'interesse del minore stesso. Si palesa, in altri termini, un chiaro fraintendimento "quantitativo" del presupposto di fatto idoneo a giustificare la condanna, al cospetto di elementi di segno contrario – quali la mancanza di una genitorialità legale ed il difetto di una genitorialità anche solo biologica – che avrebbero dovuto rendere ben più stringente lo scrutinio della "significatività" della relazione di fatto. Come segnalato nell'opinione parzialmente dissenziente dei giudici Raimondi e Spano, l'art. 8 CEDU non può essere interpretato nel senso di proteggere come vita familiare la relazione di fatto, priva di legame biologico, instauratasi a seguito di un «atto illegale, contrario all'ordine pubblico»; ma anche a voler escludere a priori una simile opzione interpretativa, certo è che tale circostanza non può non influire sull'esame della proporzionalità tra la misura presa dallo Stato e la necessità di perseguire gli scopi che la norma annovera come tali da legittimare l'ingerenza in tale diritto (§ 3). Pertanto, manifestando il caso la mancanza di un'identità giuridica di figlio (non v'era un titolo dello stato), l'assenza di un'identità anche biologica (difettava il rapporto di procreazione con entrambi i ricorrenti) e la presenza di un'identità sociale agli "albori", decorrere di rapporto familiare da preservare nell'interesse stesso del minore appare rasentare l'arbitrio.

Limitarsi dipoi a tale profilo equivarrebbe trascurare l'aspetto più rilevante insito, ossia lo sconvolgimento financo troppo surrettizio di principi di diritto interno che, lungi dall'essere soltanto di rilevanza legislativa e quindi di rango primario nella gerarchia delle fonti di diritto, assurgono invece a diretto rilievo costituzionale e si impongono pertanto innanzi agli stessi principi della CEDU¹²³. La nostra Costituzione imposta il rapporto tra genitorialità biologica e genitorialità sociale alla stregua della «eccezionalità» della seconda

accordarsi la protezione della vita familiare dalle ingerenze del potere pubblico sono chiariti con l'osservazione che «là où l'existence d'un lien familial se trouve établie, l'État doit en principe agir de manière à permettre à ce lien de se développer et prendre les mesures propres à réunir le parent et l'enfant concernés» (§ 75 Pontes c. P.) e che «briser ce lien revient à couper l'enfant de ses racines» (§ 79 Pontes c. P.). Poiché nel caso italiano mancava sia un vincolo legalmente stabilito sia "radici" biologiche, l'applicazione della stessa *ratio decidendi* non si giustificava.

¹²³ Il rapporto tra norme costituzionali e norme CEDU è stato chiarito da Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 348 e n. 349, in *Giur. cost.*, 2007, c. 3535, con nota di M. CARTABIA, *Le sentenze «gemelle». Diritti fondamentali, fonti, giudici*, secondo cui «proprio perché si tratta di norme che integrano il parametro costituzionale, ma rimangono pur sempre ad un libello sub-costituzionale, è necessario che esse [norme CEDU] siano conformi a Costituzione. La particolare natura delle norme stesse, diverse sia da quelle comunitarie sia da quelle concordatarie, fa sì che lo scrutinio di costituzionalità non possa limitarsi alla possibile lesione dei principi e dei diritti fondamentali (...) o dei principi supremi, ma debba estendersi ad ogni profilo di contrasto tra le "norme interposte" e quelle costituzionali». Nello stesso senso, tra le altre, Corte cost., 12 marzo 2010, n. 93, in *Riv. dir. intern.*, 2010, 583; Corte cost., 7 aprile 2011, n. 113, in *Giur. cost.*, 2011, 1557 ss.; Corte cost., 28 novembre 2012, n. 264, in *Hwww.cortecostituzionale.it*H, la quale peraltro rileva che «a differenza della Corte EDU, questa Corte (...) opera una valutazione sistemica, e non isolata, dei valori coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata» (§ 5.4. della motivazione).



rispetto alla prima¹²⁴, con la conseguenza che l'attribuzione all'interesse del minore della funzione di fondamento giustificativo della permanenza di una genitorialità sociale non corrispondente a quella biologica deve pur sempre essere coerente con il primato di quest'ultima, venendo così a giustificarsi in quanto vi sia una relazione di fatto talmente consolidata che rimuoverla comporti per il minore un sacrificio palesemente sproporzionato rispetto al beneficio che nel caso concreto gli deriverebbe dall'acquisizione della genitorialità biologica o di un'altra genitorialità sociale qual è quella adottiva.

Alla stessa conclusione conduce il rilievo per cui, se bastasse lo stabilimento di una relazione di fatto qual che sia tra i genitori d'intenzione ed il nato da surrogazione di maternità perché questo debba, in nome della prevalenza del fatto sul diritto, rimanere a vivere con i primi sì maturando un titolo per diventarne figlio, cioè equivarrebbe ad ammettere che sussiste il diritto dei committenti ad essere riconosciuti perciò stesso "genitori" e che, quindi, la surrogazione di maternità deve, senza ipocrisia, essere ammessa. Epperò il divieto di surrogazione è posto a presidio di un valore supercostituzionale, quale è la dignità, non abrogabile se non ad un prezzo troppo alto.

E' sì vero che l'ordinamento debba tener conto del fatto che le famiglie hanno bisogno di risposte articolate, poiché la famiglia non è un cliché, ma è un modello di vita ("relativo" e "storico") che i componenti scelgono e confermano giorno dopo giorno; ma è altrettanto vero che dal valore della dignità, che è alla base dell'intera disciplina, non può prescindere¹²⁵. Se, quindi, si intende percorrere la strada della formalizzazione giuridica del rapporto di fatto, in risposta ad tendenza a candidare il fatto a metro esclusivo del diritto – una tendenza non nuova, se già una ventina di anni orsono si segnalava come il diritto di famiglia venisse insidiato dall'ideologia che vuol ridurlo al ruolo di «confermare la realtà

¹²⁴ Per quanto questo principio possa risultare attenuato dal pronunciamento della Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162 sulla fecondazione eterologa (ma si tratta di un'attenuazione di fatto e non di diritto, visto che la Corte non si è neppure confrontata con l'art. 30 Cost. e quindi non si è onerata di confutarne l'interpretazione consolidata, rendirizzandola), questa stessa sentenza afferma chiaramente che il divieto di surrogazione di maternità permane immutato (§ 11.1 della motivazione). Rispetto a questa tecnica, allora, il primato di cui si discorre trova persistente pienezza di fondamento.

¹²⁵ Sulla funzione promozionale del diritto, al quale spetta di accreditare i valori che la Costituzione fa propri e quindi di orientare le condotte umane verso quelle virtuose, cfr. A. RENDA, *La surrogazione di maternità ed il diritto di famiglia al bivio*, in *Europa e dir. priv.*, 2015, f. 2, 415 ss., il quale, in merito al fenomeno del c.d. turismo procreativo e del disprezzo in esso insito per le leggi dello Stato italiano e per i valori che le ispirano e che da queste in pari tempo sono asseverati – "qualcosa che ricorda quell'odio per la legge nel quale Hegel vedeva il marchio della «cattiva coscienza», che, «pone[ndo] il diritto nella convinzione soggettiva», non può trovare in quello oggettivo altro che «una lettera morta e fredda e [...] una pastoia» (G. F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, 1821, trad. it. F. Messineo, Roma-Bari 1979, 11 ss.) – si asserisce: "Non esiteremo a dire che nel contrastare il fenomeno del turismo procreativo rivolto alla surrogazione della maternità all'estero e nel reprimere gli effetti del diritto non conculca l'autodeterminazione individuale, ma richiama al rispetto del valore della dignità. Se può apparire strano, è solo perché alle «durezze di una civiltà classica educata all'αρετή» (così C. CASTRONOVO, *Autodeterminazione e diritto privato*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, 1043) sono andate sostituendosi le mollezze di una civiltà post-moderna avvezza a trasporre il desiderio a diritto soggettivo ed incline alla frustrazione ogni volta che la trasposizione non riesce".



sociologica attraverso la duplicazione pura e semplice della stessa»¹²⁶, eppur tuttavia ultimamente sempre più pervasiva¹²⁷, nel segno dell'ambigua metafora del rispecchiamento, che fa del diritto di famiglia lo specchio «che si adatta a riflettere lo stato dell'evoluzione delle relazioni familiari in un contesto sociale»¹²⁸ – deve apparir chiaro come non possa farsi dell'interesse del minore un valore-tiranno¹²⁹, esente dal bilanciamento con quello della dignità; e come, altresì, quanto meno ampie saranno le maglie di tale formalizzazione tanto meno si attenderà alla coerenza del sistema.

¹²⁶ L. MENGONI, *La famiglia nelle delibere del Consiglio d'Europa nelle recenti riforme: principi e orientamento*, *La famiglia alle soglie del III millennio, Atti del Congresso europeo di Lugano (21-24 settembre 1994)*, a cura di E. W. Volontè (Lugano, 1996), 60.

¹²⁷ Promana, dunque, dalla società l'istanza di un diritto mimetico – non già ordinante –, tanto più neutro (e quindi tanto più giusto in quanto neutro) quanto più imiti la realtà, anziché istradarla verso un “dover-essere”. Già G. CASTRONOVO, *Dal diritto canonico al diritto civile: nullità del matrimonio ed effetti patrimoniali*, *Scritti in onore di Angelo Falzea*, II, 1, Milano, 1991, 220, segnalava che nell'attuale società «il fatto tende a far premio sul diritto o, se si vuole, a transustanziarsi in diritto».

¹²⁸ P. ZATTI, *Familia, familiae – declinazione di un'idea. I. La privatizzazione del diritto di famiglia*, in *Familia*, 2002, 10 ss.

¹²⁹ Per il bilanciamento come tecnica che impedisce la tirannia di un valore a discapito di un altro, salva la necessità di distinguere le collisioni reali di valori da quelle apparenti, v. L. MENGONI, *Per una dogmatica dei diritti fondamentali*, in *Giornate in onore di Angelo Falzea*, Milano, 1993, 47 ss., ora in ID., *Scritti I. Metodo e teoria giuridica*, a cura di C. Castronovo, A. Albanese e A. Nicolussi, Milano, 2011, 255 ss.



NOTE E RECENSIONI

IL RICONOSCIMENTO DELLA MATERNITÀ SURROGATA ALL'ESTERO: LA RISPOSTA DELLA *COUR DE CASSATION*

MARTA GIACOMINI *

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il caso sottoposto alla *Cour de cassation*. – 3. La decisione della *Cour de cassation* alla luce dei casi *Menesson* e *Labassée* c. *Francia*. – 4. L'inversione dell'orientamento giurisprudenziale. – 5. Questioni aperte. – 6. Rilievi comparatistici con la decisione *Paradiso* e *Campanelli* c. *Italia*. – 7. Conclusioni.

1. La disciplina della maternità surrogata si pone all'interno di un panorama giuridico contraddistinto da scelte normative eterogenee che variano sulla base dell'ampio margine di apprezzamento di cui gode ogni Stato.¹³⁰ Negli ordinamenti in cui essa è vietata – come è il caso della Francia e dell'Italia – la sua disciplina origina, sempre più spesso, vivaci dibattiti dottrinali anche alla luce della necessità di regolamentare gli effetti giuridici che si producono nell'ordinamento interno a seguito di un eventuale accordo di maternità surrogata perfezionato all'estero. Ciò, poiché rispetto alle ordinarie procedure di fecondazione artificiale, la surrogazione di maternità richiede la collaborazione di una donna che metta a disposizione il proprio corpo per condurre la gravidanza per conto di altri, i cc.dd. committenti, impegnandosi giuridicamente a non esercitare alcun diritto genitoriale nei confronti del nascituro.¹³¹

*Dottoranda di ricerca in Diritto costituzionale – Curriculum *Diritti fondamentali e democrazia costituzionale globale* - presso l'Università degli studi di Verona e in co-tutela di tesi con l'*Université Paris I- Panthéon Sorbonne*, Laureata in Giurisprudenza presso l'Università degli studi di Verona.

¹³⁰ F. Donati, P. Milazzo, *La dottrina del margine d'apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in P. Falzea, A. Spadaro e L. Ventura, *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Torino, 2003, p. 65 e ss.

¹³¹ La surrogazione di maternità può essere di diverse tipologie: da quella tradizionale, che prevede l'inseminazione artificiale dell'ovulo della madre surrogata, che è quindi anche madre biologica del bambino; a quella gestazionale, in cui la madre surrogata si limita a condurre la gravidanza a seguito dell'impiantato di un embrione realizzato in vitro, che può essere geneticamente legato ai genitori committenti o provenire da altre



A tale riguardo, la Corte europea dei diritti dell'uomo si è recentemente pronunciata sia nei confronti della Francia – con le sentenze gemelle *Mennesson e Labassée c. Francia* –¹³², sia dell'Italia – con la sentenza *Paradiso e Campanelli c. Italia* –¹³³ sull'efficacia dei documenti di stato civile redatti all'estero a seguito della pratica di surrogazione di maternità.¹³⁴

Tali casi, decisi dai giudici di Strasburgo, sono esemplificativi di come, una legislazione nazionale che vieti le tecniche di maternità surrogata, si presti a essere elusa attraverso il fenomeno del c.d. turismo procreativo.¹³⁵

In particolare nell'ordinamento francese, le decisioni citate hanno avuto una particolare incidenza. Può così richiamarsi la Corte di cassazione francese che, nella sentenza del 3 luglio 2015, ha riconosciuto ai bambini nati all'estero attraverso un accordo di maternità surrogata (in francese: *gestation pour autrui*, *GPA*), il diritto alla trascrizione dell'atto di nascita compilato all'estero in conformità alle norme dello Stato. Esso deve soddisfare due requisiti: il padre sia cittadino francese e non vi siano motivi per ritenere che le dichiarazioni in esso contenute, siano irregolari, false o non corrispondenti alla realtà (sent. *Cour de Cassation*, n. 14- 21. 323 e n. 15- 50. 002).

Attraverso la pronuncia del 3 luglio 2015, la decisione della Corte d'Appello di *Rennes* (sent. del 15-04-2014, n. 14- 21. 323) che aveva respinto la domanda di trascrizione dell'atto di nascita di una bambina, per il solo motivo di essere stata concepita a seguito un accordo di surrogazione di maternità, è stata, di conseguenza, cassata e annullata nella parte in cui rifiutava il riconoscimento del certificato.

La Corte di cassazione francese, contestualmente all'accoglimento del ricorso avverso la sentenza della Corte d'Appello di *Rennes* del 15 aprile 2014, si è poi pronunciata anche su di un altro ricorso, questa volta presentato non dal genitore della bambina, ma dal Procuratore generale. L'impugnazione riguardava una decisione della Corte di appello di *Rennes* del 16 dicembre 2014 che, viceversa, aveva permesso la trascrizione dell'atto di nascita di un'altra bambina nata all'estero mediante la *GPA*. La *Cour de cassation*, una volta constatato che il certificato fosse stato regolarmente redatto e le informazioni fossero veritiere, ha concluso con il suo rigetto sulla base delle medesime motivazioni che l'hanno portata ad accogliere il ricorso precedente, in tutela dell'interesse superiore del minore.

Il ricorso presentato alla Corte di cassazione si incentrava sul diniego alla trascrizione del certificato di nascita fondante su di un unico motivo: aver ricorso a tecniche di surrogazione di maternità in Russia - in cui sono regolarmente consentite- nonché sulla sua compatibilità con le recenti decisioni pronunciate in materia della Corte europea dei diritti dell'uomo *Mennesson e Labassée c. Francia*. La giurisprudenza della Corte di Strasburgo può

donatrici. Per un approfondimento si veda M. Dell'Utri, *Maternità surrogata, dignità della persona e filiazione*, in *Giurisprudenza di merito*, 2/2010, pp. 358- 385

¹³² Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. V, 26/06/2014, ric. n. 65192/11; sez. V, 26/06/2014, ric. n. 65941/11

¹³³ Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. II, 27/01/2015, ric. n. 25358/12

¹³⁴ La Corte EDU ha dovuto decidere se il mancato riconoscimento nei registri dello stato civile del legame di filiazione ottenuto all'estero, mediante maternità surrogata, influisca sull'identità dei minori ai sensi dell'art. 8 della CEDU. Per un approfondimento si veda B. Randazzo, *Interpretazione delle sentenze della corte europea dei diritti ai fini dell'esecuzione (giudiziarie) e interpretazione della sua giurisprudenza ai fini dell'applicazione della CEDU*, in *Hwww.rivistaaic.it*, n. 2/ 2015

¹³⁵ Cfr. M. D'Amico, M. P. Costantini, *L'illegittimità costituzionale del divieto di "fecondazione eterologa"*, *Analisi critica e materiali*, Franco Angeli 2014



infatti incidere nell'ordinamento francese in virtù dell'art. 55 della Costituzione che prevede che le convenzioni internazionali, tra cui si annovera anche la CEDU, abbiano un valore gerarchicamente superiore alla legge ordinaria. In Francia – a differenza di quanto accade in Italia – nel caso in cui una norma contrasti con la CEDU, non viene sollevata una questione di legittimità costituzionale ma è lo stesso giudice nazionale a disapplicare la norma interna con essa configgente.¹³⁶

¹³⁶ Per un approfondimento sulle norme che regolano la giustizia costituzionale in Francia si veda G. Drago, *Contentieux constitutionnel français*, Paris, 2011



2. I fatti della causa possono essere riassunti nelle richieste di un cittadino francese, residente all'estero, che aveva avuto una figlia in Russia, attraverso una gravidanza surrogata. Rientrato in Francia, era stata negata la trascrizione dell'atto di nascita che indicava lui come padre e la madre surrogata poiché, le autorità competenti, ritenevano che avesse ricorso alla surrogazione gestazionale, vietata nell'ordinamento francese.

La *Cour de cassation* ha dovuto pronunciarsi sulla legittimità della decisione dello Stato francese di voler privare i minori nati all'estero attraverso la *GPA* dei documenti di stato civile che attestino lo *status* di figli del padre biologico che vi ha fatto ricorso. Nelle motivazioni, seppur sintetiche, della decisione in commento, si evince che il solo ricorso alla maternità surrogata non giustifichi il diniego di trascrivere l'atto di nascita. Ciò, poiché le norme di stato civile devono essere interpretate in conformità alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Nel pronunciarsi, nel caso di specie, la *Cour de cassation* non ha infatti svolto un *contrôle de conventionnalité* - circa la compatibilità delle norme interne rispetto alla CEDU- ma ha dato un'interpretazione delle norme conforme a essa.¹³⁷ Nel comunicato della *Cour de cassation* si afferma che le norme sulla trascrizione degli atti di stato civile francesi debbano essere interpretate alla luce dell'art. 8 della CEDU, fissando così il principio in virtù del quale non possa essere negata la trascrizione dell'atto di nascita di un bambino nato all'estero mediante il ricorso alla maternità surrogata.¹³⁸

¹³⁷ Il *contrôle de conventionnalité* della legge è un controllo che può essere esercitato dalla *Cour de cassation* e dal *Conseil d'État*, che permette di contestare l'applicazione di una legge che si ritiene sia incompatibile con una convenzione internazionale. Per un'analisi dettagliata dell'art. 55 della Costituzione cfr. G. Carcassone, *La Constitution introduite et commentée par Guy Carcassone*, Onzième Édition, Éditions Dalloz, Paris, 2013, pp. 267 ; per un approfondimento sul *contrôle de conventionnalité* si veda A. Levade, *Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité ne sont pas jeux de hasard: la réplique du Conseil constitutionnel à la Cour de cassation*, in *Recueil Dalloz*, 2010

¹³⁸ Si riporta per completezza il testo nell'originaria lingua francese: “*Les actes de naissance dont la transcription est demandée mentionnent comme père celui qui a effectué une reconnaissance de paternité et comme mère la femme ayant accouché. Dès lors, les règles de transcription sur les actes de l'état civil français, interprétées à la lumière de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, doivent s'appliquer au cas d'espèce. La théorie de la fraude ne peut donc faire échec à la transcription de l'acte de naissance*”. *Cour de cassation, Communiqué relatif à l'inscription à l'état civil d'enfants nés à l'étranger d'une GPA*. www.courdecassation.fr



3. La sentenza in esame si pone in continuità a quanto già stabilito dalla Corte EDU nei casi *Mennesson c. Francia* (n. 65192/11) e *Labassée c. Francia* (n. 65941/11) del 26 giugno 2014 in cui i giudici di Strasburgo avevano ritenuto che il rifiuto da parte delle autorità amministrative francesi di ammettere il rapporto di filiazione fra il padre biologico e i figli nati mediante procedimenti di maternità surrogata negli Stati Uniti, eccedessero il margine di apprezzamento statale. Le rispettive autorità statunitensi avevano riconosciuto la parentela in capo ai coniugi francesi; una volta rientrati in Francia, tuttavia, l'Ufficio dello stato civile aveva rifiutato di trascrivere l'atto di riconoscimento della filiazione dei coniugi *Labassée*. Ai coniugi *Mennesson*, invece la trascrizione era stata in un primo momento concessa e quindi annullata. L'annullamento fu motivato dalla lettura combinata degli artt. 16-7 e 16-9 del *Code civil* che stabiliscono che qualsiasi accordo sulla procreazione o sulla gestazione altrui, sia nullo per contrarietà all'ordine pubblico.¹³⁹

Nel pronunciarsi la Corte EDU ha argomentato affermando che, nonostante il padre biologico fosse francese, i bambini nati da maternità surrogata, scontano inevitabilmente la possibilità di non vedersi riconosciuta la nazionalità francese in applicazione dell'art. 18 del *Code Civil*. I giudici di Strasburgo hanno ritenuto, pertanto, che questa prassi avesse degli effetti negativi nella definizione dell'identità del minore aggiungendo, inoltre, che il mancato riconoscimento del legame di filiazione con il padre biologico e la madre di *intenzione* da parte del diritto francese, avesse delle conseguenze anche in materia di diritto successorio, dal momento che i nati da maternità surrogata possono essere istituiti dalla madre committente solo come legatari e non come eredi.¹⁴⁰

La giurisprudenza della *Cour de cassation* non ha perciò potuto che allinearsi alle decisioni della Corte EDU. Ciò ha suscitato reazioni contrastanti in dottrina, che ha dimostrato un atteggiamento ostile rispetto alla maternità surrogata e alle ulteriori tematiche etiche a essa correlate.¹⁴¹ A differenza dei coniugi *Mennesson* e *Labassée*, la decisione del luglio 2015 si è incentrata sul caso di due padri celibi, facendo così riaffiorare anche il tema della paternità e maternità nelle unioni omosessuali.

La soluzione adottata dalla *Cour de cassation* ha ridimensionato la valutazione del comportamento illecito tenuto dai genitori committenti. Affinché una decisione o un atto costituiti all'estero possano produrre effetti nel territorio francese, di regola, è necessario che questi non siano contrari all'ordine pubblico e che non violino la legge francese in virtù

¹³⁹ Per un'analisi più dettagliata cfr. T. Trinchera, *Viola l'art. 8 della CEDU lo Stato che non riconosce il rapporto di filiazione costituito all'estero ricorrendo alla surrogazione di maternità*, in *Diritto penale contemporaneo*, 6 luglio 2014, Hwww.penalecontemporaneo.it

¹⁴⁰ Si riporta parte della sentenza della *Cour de cassation* in lingua francese: "*Qu'en ordonnant la transcription de l'acte de naissance, sur les registres français d'état civil, sur le fondement de l'atteinte à la vie privée de l'enfant et sur celui de l'intérêt supérieur de l'enfant, sans reconnaître que l'enfant avait bien une filiation paternelle et maternelle légalement établie, qu'il était donc muni d'un droit dans la succession de son père, qu'il vivait sur le sol français avec son père et qu'il pouvait, en vertu de l'article 18 du code civil et de la circulaire du 25 janvier 2013 validée par le Conseil d'État le 12 décembre 2014, obtenir la nationalité française*" cit. Sent *Cour de cassation*, n. 15-50.002

¹⁴¹ "*A différence des affaires Mennesson et Labassée, seul l'établissement de la filiation paternelle, conforme à la réalité biologique, était demandée.*" cit. F. Chénéde, *La reconnaissance de la filiation des enfants nés de GPA à l'étranger ou la consécration du fait –frauduleusement- accompli: première étape*, AJ Famille 2015



del presupposto secondo il quale nessun diritto può essere acquisito, in violazione alla legge, secondo il principio *fraus omnia corrumpi*.¹⁴²

Accedendo a tale impostazione, sulla base delle considerazioni svolte, si potrebbe sostenere che, dal momento che la maternità surrogata è vietata, una *GPA* perfezionata in un altro Stato, non potrebbe produrre alcun effetto in Francia poiché, tale tecnica procreativa, violerebbe il diritto interno. Le doglianze di cui è stata investita la Corte non hanno avuto a oggetto l'introduzione della *GPA*, bensì l'indiretto riconoscimento dei suoi effetti attraverso la possibilità di registrare all'anagrafe i minori nati all'estero attraverso tale metodo procreativo.

La *Cour de cassation*, a differenza della sua precedente giurisprudenza in cui tendeva a ritenere prevalenti gli interessi della collettività sul diritto dei ricorrenti a godere pienamente della propria vita familiare,¹⁴³ ha scelto, nel caso di specie, di seguire una inedita valutazione. Essa ha affermato che l'interesse del minore debba ritenersi superiore all'ordine pubblico e anche a una eventuale violazione di legge, laddove la sanzione irrogata pregiudichi i suoi diritti alla vita privata e familiare consacrati all'art. 8 della CEDU.¹⁴⁴ Le decisioni *Mennesson* e *Labassée* hanno pertanto influenzato la giurisprudenza della *Cour de cassation* con particolare attenzione al rispetto della vita familiare e dell'interesse superiore dei minori.

La Corte, in alcune sue pronunce, aveva espressamente stabilito che gli Stati aderenti alla CEDU siano tenuti a rispettare le decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo senza attendere di dover essere sanzionata dalla stessa per aver disatteso le proprie disposizioni (sent. *Cour de cassation*, 15-04-2011, n. 10-30.313 e n. 10-30.316).¹⁴⁵

È in questo contesto che deve pertanto collocarsi il mutamento giurisprudenziale della *Cour de cassation* che, sino al 3 luglio 2015, aveva sempre negato il riconoscimento di qualsiasi convenzione di *GPA*.

La decisione che si commenta si è posta, infatti, all'interno di un panorama giurisprudenziale particolarmente articolato: invero affermare che in Francia la maternità surrogata sia semplicemente illegale sarebbe un'affermazione semplicistica.

Secondo un principio di diritto francese enunciato dalla stessa *Cour de cassation* il corpo umano sarebbe, per definizione, *indisponibile*.¹⁴⁶ Da ciò deriva che qualsiasi tipo di accordo, che lo riguardi sia comminata la sanzione della nullità (sent. *Cour de cassation*, 31-05-1991, n. 90-20. 105). A eccezione di alcune circostanze (come ad esempio la donazione degli organi o la donazione di sangue) sono infatti nulli tutti quei contratti per i quali una persona "affitti" il proprio corpo come è il caso della maternità surrogata, sia essa a titolo oneroso che gratuito. D'altra parte la pronuncia della *Cour de cassation* del 1991 esordisce sancendo che ogni accordo sulla base del quale una donna si impegni alla procreazione o

¹⁴² Cfr. *Les principes généraux du droit et la technique de visas dans les arrêts de la Cour de cassation*, www.courdecassation.fr

¹⁴³ Cfr. Sent. *Cour de cassation*, 6-06-2011, n. 09-66.486

¹⁴⁴ "L'intérêt supérieur de l'enfant commande que soit transcrit sur les registres de l'état civil français l'acte de naissance régulièrement établi à l'étranger mentionnant exactement la filiation paternelle à l'égard du père biologique et la filiation maternelle" cit. Sent. *Cour de cassation* n. 14- 21. 323

¹⁴⁵ Per un approfondimento dei rapporti intercorrenti tra l'ordinamento francese e quello comunitario si rimanda all'analisi svolta da B. Mathieu, *Les rapports normatifs entre le droit communautaire et le droit national*, *Revue française de droit constitutionnel*, 2007/4, n. 72

¹⁴⁶ Cfr. *Consécration jurisprudentielle des principes essentiels du droit français*, [Hwww.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr)



alla gestazione per conto altrui, violi tanto il principio dell'ordine pubblico, quanto quello di indisponibilità del corpo umano.¹⁴⁷

Successivamente all'entrata in vigore della legge sulla bioetica del 30 luglio del 1994 (n. 94- 654) sono state inserite nel *Code civil* alcune norme molto chiare a riguardo della GPA. Gli articoli 16-7 e 16-9 del *Code civil*, dispongono infatti che ogni contratto di maternità surrogata sia nullo, in quanto ritenuto contrario all'ordine pubblico, con la conseguenza che nessun contratto di GPA sarebbe produttivo di effetti giuridici. Il *Code pénal*, invece, affronta la questione in maniera indiretta disciplinando, ad esempio, il delitto di mediazione per la maternità surrogata all'art. 353-1 o quello di simulazione di maternità all'art. 227-13. Nonostante l'art. 227- 12 sanzioni il ricorso alla GPA in Francia, con una pena che varia dai 6 mesi di reclusione a 7500 euro di ammenda, non contiene nessuna disposizione che disciplini le conseguenze giuridiche di una eventuale surrogazione di maternità all'estero.¹⁴⁸

¹⁴⁷ “*La convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes*” cit. Sent. Cour de cassation n. 90- 20. 105

¹⁴⁸ Si rimandano sul tema le considerazioni svolte da M. Cotta, *La gestation pour autrui: d'un problème d'ordre public au conflit d'intérêts?*, in *La Revue des droits de l'homme*, 26 novembre 2013, www.revdh.revues.org/201#text



4. Sulla base di tali premesse, non stupisce che le vicende più frequenti si siano scontrate non tanto in relazione all'indebito ricorso alla maternità surrogata nel territorio francese, quanto con le problematiche giuridiche connesse ai casi in cui una coppia faccia ricorso alla *GPA* all'estero e, una volta rientrata in Francia, si veda negare la trascrizione dell'atto di nascita regolarmente redatto in un altro Stato.

Il rilascio del certificato dovrebbe essere del tutto indipendente dal legame di genitorialità con un cittadino francese. Tuttavia il diniego delle autorità competenti è sempre stato motivato non in virtù della mancanza di detto rapporto ma proprio per il sospetto che si fosse fatto ricorso alla *GPA*.¹⁴⁹

Non a caso, tale impostazione ha influenzato la *Cour de Cassation* che, in precedenza, si era espressa con una giurisprudenza costante in materia.

In tre decisioni del 2011 (sent. *Cour de Cassation*, 6-04-2011, n. 09-66.486, n. 09-17.130, n. 10-19.053) e due del 2014 (sent. *Cour de Cassation*, 13-09-2013, n. 12-18.315 e n. 12-30.138) essa aveva sistematicamente rifiutato di riconoscere il legame di parentela tra il genitore committente, c.d. *genitore di intenzione*, e il bambino nato da surrogazione gestazionale in quanto ritenuto contrario all'ordine pubblico, nonché lesivo del principio essenziale del diritto francese inerente l'indisponibilità della persona. La posizione dalla Corte di cassazione è stata messa in discussione dalla Corte EDU quando, nelle sentenze gemelle *Mennesson* e *Lambassée*, ha disposto di riconoscere il rapporto di filiazione tra il minore e il padre biologico committente della *GPA*.

In verità, i giudici di Strasburgo, nelle due sentenze richiamate, pur invocando la violazione dell'art. 8 della CEDU e l'interesse superiore del minore, non hanno imposto alla Francia il riconoscimento della surrogazione di maternità ma si sono limitati a constatare che i Paesi del Consiglio d'Europa dispongono di un ampio margine di apprezzamento e di discrezionalità sui temi di carattere etico.¹⁵⁰ Le due pronunce sono state l'occasione per precisare che tale discrezionalità, riguardante temi sociali ed etici così delicati, è destinata a essere ridotta nel momento in cui le autorità nazionali limitino i diritti dei bambini nati attraverso tale tecnica procreativa, anche se vietata.

Le sentenze *Mennesson* e *Lambassée* hanno avuto particolare incidenza nell'ordinamento francese ancor prima dell'inversione dell'orientamento della *Cour de cassation* consacrato con le decisioni del 3 luglio 2015. Ad anticipare un primo mutamento è stato infatti il *Conseil d'État* quando, il 12 dicembre 2014, ha rigettato il ricorso proposto contro la circolare del 25 gennaio 2013 relativa al rilascio del certificato di nazionalità francese per i bambini nati all'estero da genitori francesi che avessero, verosimilmente, ricorso alla maternità surrogata (sent. *Conseil d'État*, 12-12-2014, n. 367324).

La circolare aveva, per l'appunto, lo scopo di ricordare che la nazionalità francese non potesse essere negata sulla base della sola presunzione del ricorso alla *GPA* all'estero:

¹⁴⁹ Cfr. C. Lengrand, A. Planchard, *Vers un renforcement en France du statut juridique de l'enfant issu d'une GPA effectuée à l'étranger?*, in *La Revue des droits de l'homme*, 16 febbraio 2015, www.revdh.revues.org/1054

¹⁵⁰ Il margine di apprezzamento – come metodo di interpretazione della CEDU- viene affermato dalla Corte EDU sia per una esigenza funzionale, poiché riconosce che le autorità nazionali abbiano una migliore conoscenza delle circostanze e delle condizioni locali di applicazione della CEDU, sia per un'esigenza ideologica volta all'uniforme protezione dei diritti. Cfr. E. Lamarque, *Il vincolo alle leggi statali e regionali derivante dagli obblighi internazionali nella giurisprudenza comune*, in *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici*, Atti del seminario svoltosi a Roma, Palazzo della Consulta, 6 novembre 2009, www.cortecostituzionale.it



l'art. 18 del *Code civil* stabilisce, infatti, che un bambino possa godere della cittadinanza francese allorquando almeno uno dei genitori lo sia.

Nelle motivazioni della decisione si deduce che, in virtù dell'art. 18 del *Code civil*, la negazione della trascrizione dell'atto di nascita lasci questi bambini privi degli elementi costitutivi della loro identità e della loro nazionalità, soprattutto dal momento che questi stessi vivono in Francia con una coppia che, un altro Stato, ha legalmente riconosciuto come i loro effettivi genitori.¹⁵¹

La pronuncia del *Conseil d'État*, come del resto quella della *Cour de cassation*, ripercorre il medesimo ragionamento seguito dalla Corte EDU nelle sentenze *Menneson* e *Labassée* e, interpretandole in modo estensivo, evidenzia come la nozione di identità sia strettamente connessa alla vita privata e familiare tutelata dall'art. 8 della CEDU che, nell'interesse del minore, deve essere sempre riconosciuta.¹⁵² Seguendo il modello tracciato della Corte EDU, il *Conseil d'État* si ricollega alla nozione di nazionalità e a quella della vita privata affermando che il rispetto della vita privata è garantito dall'art. 8 della CEDU che, implicitamente, comprende anche la nozione di identità.¹⁵³

Il *Conseil d'État* giunge alla medesima soluzione della Corte EDU. Nelle decisioni *Mennesson* e *Labassée* i giudici di Strasburgo avevano sostenuto la violazione dell'art. 8 della CEDU in ragione dell'impossibilità di stabilire un legame di filiazione tra il padre e il minore ritenendo che si arrecasse un danno alla vita privata in modo del tutto sproporzionato. Allo stesso modo, il *Conseil d'État* afferma che il diniego alla trascrizione dell'atto di nascita leda il minore sulla base dello stesso pregiudizio sproporzionato alla vita privata menzionato nella decisione della Corte EDU.¹⁵⁴

Rispetto al *Conseil d'État*, la *Cour de cassation* ha fatto un passo ulteriore indicando esplicitamente le condizioni sulla base delle quali sia possibile ammettere il legame di filiazione instaurato all'estero con la GPA. Una volta stabilito che né l'ordine pubblico, né la violazione di legge, possano intervenire nel riconoscimento dei suoi effetti nell'ordinamento francese, la decisione in commento ha fissato due requisiti

¹⁵¹ La Corte EDU utilizza la nozione di "identità" per riferirsi a un principio richiamato anche in alcune sue precedenti sentenze: *S.H. c. Austria* (Grande Camera, 3-11- 2011, ric. n. 57813/ 00) –in materia di fecondazione assistita di tipo eterologo- e *Evans c. Regno Unito* (Grande Camera, 10- 04- 2007, ric. n. 6339/ 05)- in riferimento al diritto alla vita dell'embrione- laddove afferma "*lorsqu'un aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité d'un individu se trouve en jeu, la marge laissée à l'Etat est d'ordinaire restreinte*" cit. *S.H. c. Austria* § 94. Nella sentenza *Mennesson*, la Corte sostiene, ancora una volta, come il legame di filiazione sia un aspetto essenziale per l'identità di ogni individuo affermando inoltre che il margine di apprezzamento lasciato ai singoli Stati possa essere relativizzato: "*un aspect essentiel de l'identité des individus est en jeu dès lors que l'on touche à la filiation. Il convient donc d'atténuer la marge d'appréciation dont disposait l'Etat défendeur en l'espèce*" cit. *Mennesson c. Francia* § 80

¹⁵² La Corte sottolinea infatti come "*le droit à l'identité fait partie intégrale de la notion de vie privée et qu'il y a une relation directe entre la vie privée des enfants nés d'une gestation pour autrui et la détermination juridique de leur filiation*" cit. *Mennesson c. Francia* § 46

¹⁵³ Il *Conseil d'État* afferma infatti: "*Ne peut, sans porter une atteinte disproportionnée à ce qu'implique, en termes de nationalité, le droit de l'enfant au respect de sa vie privée, garanti par l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*" cit. *Conseil d'État* § 11

¹⁵⁴ *Conseil d'État* sostiene: "*la naissance d'un enfant à l'étranger aît pour origine un contrat qui est entaché de nullité au regard de l'ordre public français ne peut, sans porter une atteinte disproportionnée à ce qu'implique, en termes de nationalité, le droit de l'enfant au respect de sa vie privée, garanti par l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*" cit. *Conseil d'État* § 11



cumulativamente necessari: i) la maternità surrogata deve essere una tecnica legittima nello Stato in cui è stata compiuta; ii) le dichiarazioni apposte nell'atto di nascita redatto all'estero devono essere veritiere.

5. Il nuovo approccio della *Cour de cassation* costituisce certamente una evoluzione giurisprudenziale in materia di diritti fondamentali. La soluzione offerta per il riconoscimento del legame di filiazione, validamente stretto in un altro Stato, si incentra infatti sull'interesse del minore alla propria identità, definito primario rispetto al principio di indisponibilità del corpo umano, della violazione di legge e dell'ordine pubblico. Pur tuttavia tale decisione mette nuovamente in evidenza le incertezze e gli interrogativi congiunti al tema della maternità surrogata che, restando comunque vietata nell'ordinamento francese, continuerà a essere oggetto di dibattiti e di incertezze.¹⁵⁵

Secondo la *Cour de cassation* l'atto di nascita redatto all'estero deve rispondere al requisito della veridicità delle dichiarazioni contenute. Sorge però il dubbio sulla natura di tale dichiarazioni. Il certificato di nascita potrebbe infatti indicare quale madre del minore, sia la madre surrogata che quella committente. La Corte non precisa in quale dei due casi questo atto corrisponda alla veridicità richiesta tra i parametri necessari al riconoscimento.

Secondo il principio in virtù del quale *mater semper certa est* la madre dovrebbe essere quella biologica e, di conseguenza, quella surrogata, lasciando così alla committente, solamente il ruolo di madre genetica non dichiarato nell'atto di nascita. È probabile che sarà pronunciata una ulteriore decisione a riguardo volta a chiarire i punti d'ombra di quella che sarà una disciplina, in parte, da riscrivere.

Un'altra questione che potrebbe ingenerare incertezze riguarda l'acquisizione della cittadinanza francese da parte dei minori nati all'estero con la *GPA*. Tranne per alcune eccezioni (come la nascita e la residenza, art. 21- 7 e seguenti del *Code civil*) il principio su cui si fonda la nazionalità è quello dello *ius sanguinis*: l'art. 18 del *Code civil* stabilisce che abbia nazionalità francese il bambino nato da almeno un genitore francese. Se ne deduce che, una volta riconosciuto il rapporto di filiazione tra il minore e il padre biologico francese, anche il bambino nato attraverso la maternità surrogata potrà senz'altro acquisirne la nazionalità.

Una ulteriore tematica che, con ogni probabilità si presenterà, riguarda l'eventuale richiesta del congedo di maternità. In base alle regole dell'Unione europea, la maternità surrogata non comporterebbe il diritto per la madre committente di ottenere un congedo retribuito. A stabilirlo è stata la Corte di giustizia dell'Unione europea in due sentenze depositate il 18 marzo con le quali ha chiarito la portata e i limiti della direttiva 2006/54 sul principio delle pari opportunità e della parità di trattamento tra uomini e donne in materia di occupazione e impiego (sent. Corte giust., sent. 18-03-2014, causa C- 167/12, *C. D. contro S. T.* e sent. Corte giust. 18-03-2014 causa C-363/12, *Z. contro A. Government department, The Board of management of a community school*).

Potrebbero trovare applicazione i principi di diritto delineati nella sentenza relativa a un'insegnante irlandese (*Z. c. A Government department, The Board of management of a community school*) che, per gravi motivi di salute, aveva fatto ricorso alla maternità surrogata in

¹⁵⁵ Cfr J. Hauser, *État civil des enfants nés à l'étranger d'une GPA: circulez y a rien à voir!*, RTD Civ. 2015



California per poi vedersi negare ogni congedo retribuito per la maternità. Il Tribunale, alla quale la donna si era rivolta, prima di pronunciarsi nel merito della questione ha sollevato alla Corte di Lussemburgo un rinvio pregiudiziale per l'interpretazione di alcune direttive, inclusa la n. 2006/54. Precisato che non sussiste una discriminazione fondata sul sesso perché il padre committente non poteva usufruire di congedi retribuiti, la Corte ha ritenuto che la madre surrogata non potesse sostenere di essere vittima di un trattamento meno favorevole legato alla sua gravidanza proprio perché non era mai stata incinta del figlio.¹⁵⁶

Nonostante la posizione assunta dalla Corte di giustizia non è da escludere che, nel momento in cui l'autorizzazione alla trascrizione degli atti di nascita diventerà una prassi consolidata, le madri committenti chiederanno di godere del congedo retribuito, proprio in forza di quel legame di filiazione ora riconosciuto.

¹⁵⁶ Rif. Comunicato stampa n. 115/13, Hwww.curia.europa.eu



6. La decisione della *Cour de cassation* esaminata rappresenta un importante inversione di tendenza rispetto al percorso che la giurisprudenza aveva tracciato fino a quel momento. Pur avendo marcato un'evoluzione sotto il profilo dei diritti fondamentali, è stata oggetto di numerose critiche che l'hanno accusata di aver voluto, di fatto, legalizzare un comportamento vietato¹⁵⁷.

Il bilanciamento tra gli interessi pubblici e i diritti individuali presenta sempre degli equilibri piuttosto precari quando si tratta di temi eticamente sensibili. I giudici si trovano sempre più di frequente ad affrontare delle questioni etiche delicate in materie, come quella della bioetica, nella quale le disposizioni normative non sempre sono al passo con i tempi.

L'evoluzione delle tecniche mediche hanno certamente favorito il consolidamento di nuovi diritti ma, allo stesso tempo, comportano molteplici problemi per la gestione della loro tutela. Se la Francia ha iniziato a percorrere la strada della regolamentazione di una tecnica procreativa vietata, la nostra giurisprudenza italiana è ancora contraria alla surrogazione di maternità poiché contrastante con i principi di ordine pubblico ed esplicitamente vietata dall'art. 12 della legge n. 40 del 2004. Come in Francia anche in dell'Italia si è posto il problema sulla validità degli accordi di surrogazione regolarmente conclusi da cittadini italiani in uno Stato estero che li permette e, a tale riguardo, il 27 gennaio 2015 la Corte EDU si è pronunciata nella sentenza *Paradiso e Campanelli c. Italia* (ric. n. 25358/12).

I giudici di Strasburgo - affrontando la delicata questione della GPA nell'ordinamento italiano- hanno affermato che costituisce violazione dell'art. 8 della CEDU la decisione da parte delle autorità italiane di allontanare il minore, nato all'estero ricorrendo a un accordo di maternità surrogata anche nel caso in cui il bambino non abbia alcun legame genetico con il padre e la madre committenti.

A differenza della vicenda francese che si incentrava sul diniego alla trascrizione dell'atto di nascita, in quella italiana, oltre al rifiuto di trascrizione del certificato del bambino nato in Russia da madre surrogata, le autorità hanno anche disposto il suo collocamento presso i servizi sociali dopo che il neonato aveva trascorso i primi sei mesi di vita con la coppia. La decisione è stata presa dalle autorità italiane in virtù del fatto che il patrimonio genetico del minore non coincideva né con quello della madre né con quello del padre committenti (sent. Corte di cassazione, 11-11-2014, n. 24001).

La Corte EDU ha osservato che il provvedimento di allontanamento del minore alle cure dei ricorrenti sia stata presa allo scopo di porre fine a una situazione di illegalità. I ricorrenti, infatti, hanno violato la normativa italiana sulla procreazione medicalmente assistita e sulla adozione di minori. La Corte ha affermato che la necessità di porre rimedio a una situazione illegittima non sia, da sola, sufficiente a giustificare l'adozione di una qualsiasi misura restrittiva, in quanto lo Stato è investito del compito di tutelare l'interesse superiore del minore che prescinde dall'origine del rapporto di parentela, sia essa biologica o di altra natura. I giudici di Strasburgo hanno dichiarato pertanto la violazione dell'art. 8 della CEDU.¹⁵⁸

¹⁵⁷ Cfr. D. Sindres, *Brèves remarques sur les arrêts d'assemblée plénière du 3 juillet 2015 ouvrant la voie à la reconnaissance en France de la GPA*, Recueil Dalloz 2015

¹⁵⁸ Per un'analisi più approfondita della decisione si rimanda a T. Trinchera, *La Corte EDU condanna l'Italia in un caso di maternità surrogata all'estero*, 3 febbraio 2015, Diritto penale contemporaneo, Hwww.penalecontemporaneo.it



A ben vedere l'azione delle autorità italiane è stata molto più incisiva rispetto a quella delle autorità francesi nei casi *Mennesson* e *Labassée* ma è opportuno analizzare i motivi che hanno spinto la Corte di cassazione a prendere una decisione tanto drastica come quella di allontanare un minore e rompere tutti i legami familiari che si erano di fatto creati. I genitori di *intenzione* avevano violato la legge sull'adozione nazionale e internazionale, erano stati indagati per il delitto di alterazione di stato perché il certificato di nascita conteneva delle false informazioni. Pertanto è comprensibile che sia stato deciso di porre fine alle numerose violazioni disponendo l'allontanamento del minore dalla coppia.

Pur tenendo presente l'autorevolezza della Corte di Strasburgo, è opportuno evidenziare che la decisione *Paradiso* e *Campanelli* non è stata adottata all'unanimità dal collegio giudicante, poiché sono allegate le opinioni dissenzienti di due giudici: l'italiano Guido Raimondi e l'islandese Robert Spano. I giudici dissenzienti eccepiscono che la Corte di Strasburgo, nel rilevare la violazione del parametro convenzionale, rischia di sostituire la propria valutazione a quella dei giudici nazionali. *“In questo genere di cause, nelle quali i giudici nazionali devono esaminare questioni difficili di bilanciamento degli interessi del minore da una parte e delle esigenze dell'ordine pubblico dall'altra, la Corte dovrebbe secondo noi dare prova di ritegno e limitarsi a verificare se la valutazione fatta dai giudici nazionali sia arbitraria. Gli argomenti sviluppati dalla maggioranza - § 82-84- non sono convincenti. In particolare, riteniamo che la questione dell'accertamento dell'identità del minore non abbia impatto sulla decisione del 2011 di separarlo dai ricorrenti e potrebbe essere oggetto, al limite, di una doglianza del minore stesso”*.¹⁵⁹

La Corte EDU non determina, infatti, il significato della legge nazionale ma si deve limitare a valutare se essa, per come è stata applicata nel caso sottoposto alla sua cognizione, abbia violato la CEDU. Ne viene che i giudici comuni debbano interpretare il diritto interno in senso conforme alla Convenzione e, allo stesso tempo, abbiano il compito di adottare una lettura conforme alla Costituzione in nome del “predominio assiologico di questa sulla CEDU”.¹⁶⁰

¹⁵⁹ Cit. Sent. n. 25358/12

¹⁶⁰ Cit. D. Tega, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU*, Forum Quaderni costituzionali, 2015



7. Alla luce delle considerazioni svolte, si può affermare che, negli Stati in cui è vietata, la maternità surrogata sia un tema particolarmente controverso e inevitabilmente correlato a valutazioni giuridiche ed etiche che ne condizionano il riconoscimento.

Nelle motivazioni della decisione della *Cour de cassation* emergono le difficoltà che incontrate anche dalla Corte di Strasburgo nell'imporsi nelle scelte discrezionali nazionali. La Francia ha infatti rimodulato la propria giurisprudenza in relazione ai parametri delineati dalla Corte EDU tenendo presente che, almeno in linea teorica, la tutela dell'ordine pubblico nazionale e internazionale dovrebbe fungere da limite per il rispetto delle norme imperative vigenti, la cui elusione non dovrebbe verificarsi per il tramite di situazioni di fatto per le quali si chiede il riconoscimento e la protezione *ex post*.

Le vicende scaturite attorno alla maternità surrogata in Francia e al riconoscimento dei figli nati all'estero attraverso la stessa, scorrono in parallelo con quelle di altri Stati - tra i quali l'Italia - in cui la *GPA* è vietata. Ciò conferma quanto sia problematica la regolamentazione di questa tecnica, frutto di un lungo dibattito incentrato sull'esigenza di tutelare, attraverso un'opera di bilanciamento, i diritti fondamentali e una molteplicità di valori di ordine etico e religioso che, difficilmente, possono trovare una soluzione organica attraverso una sentenza della *Cour de cassation*.

Ad oggi appare che l'ordinamento francese si sia indirizzato verso il riconoscimento e la regolamentazione di una situazione particolarmente delicata, in cui il confine tra l'etica e la tutela dei diritti, è ancora molto labile.

Legittimando gli effetti della maternità surrogata, le richieste di tutela dei diritti a essa correlati non potranno che aumentare. Si dovrà pertanto attendere il corso della giurisprudenza che, in materia, non ha certamente terminato di pronunciarsi.



GIURISPRUDENZA

ADOZIONE-TRASCRIZIONE ATTI STATO CIVILE. Trascrizione sentenze straniere di adozione incrociata dei figli di coniugi dello stesso sesso-rifiuto dell'ufficiale di stato civile.

CORTE D'APPELLO DI NAPOLI, ORDINANZA DEL 30/03/2016, DEPOSITATA IL 05/04/2016.

- 1- Sul rifiuto dell'ufficiale dello stato civile di procedere alla rettifica del cognome delle minori che con adozione incrociata sono state adottate dal coniuge del genitore biologico e, quindi, mancato riconoscimento dell'efficacia di una sentenza straniera (di un Paese comunitario). Applicazione dell' art. 67 della L. n.218/95 (in tema di riforma del diritto internazionale privato che garantisce il riconoscimento automatico dell'efficacia delle sentenze straniere) sul il riconoscimento *de plano* degli effetti delle sentenze straniere e non, del D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della L. 15 maggio 1997, n. 127).
- 2- Sulla competenza a decidere della questione, posto che nel caso di specie non si applica la l. 476/1998 che disciplina l'adozione internazionale di minori, bensì prevale la l. 218/1995 di cui alla riforma del diritto internazionale privato, trattandosi nel caso di specie di adozione nazionale straniera francese.
- 3- Sulla corretta interpretazione di "ordine pubblico" a fini internazionalprivatistici.
- 4- Sulla libera "portabilità degli *status*" nell'ambito dell'Unione Europea.

REPUBBLICA ITALIANA

La Corte d'Appello di Napoli sezione persona e famiglia

riunita in camera di consiglio in persona dei magistrati:

dott. Antonio Casoria Presidente

dott. Alessandro Cocchiara Consigliere rel.

dott. Massimo Sensale Consigliere

letto il ricorso, depositato in data 29.12.15, con il quale L. D. G. (c.f. Xx), nata il xxx, a Tourcoing, Francia, cittadina francese (e iure sanguinis italiana) e H. R. L. A. (c.f. Xx), nata il xxx a Lille, Francia, cittadina francese, in proprio e quali rappresentanti dei figli minori, A. (allo stato civile francese ora Andrea G. L. D. H.) nato il xxx ad A (c.f. Xx) e L (allo stato civile francese ora risultante come L. L. D. H.), nata il xxx (c.f. Xxx), tutti residenti in Xxxx rappresentate e difese dall'avv. Alexander Schuster del foro di Trento e dall'avv. Giuseppe Di Meo (presso il quale elett.te domiciliario in Avellino, via Maffucci n. 12), giusta procura allegata in busta telematica, hanno chiesto:



1) in via principale: a) riconoscere ad ogni effetto le adozioni, piene e legittimanti, pronunciate con due sentenze del 12.5.2014, emesse dal Tribunal de Grande Instance de Lille (sent. N.14/01157 che stabilisce l'adozione piena –adoption plénière- di diritto francese da parte di R. L. A. H. della minore L. L. D. e sent. N. 14/01162 che stabilisce l'adozione piena –adoption plénière- di diritto francese da parte di G. L. D. del minore A. H.;

b) per gli effetti ordinare all'ufficiale di stato civile del Comune di X la trascrizione delle suddette sentenze ex art. 28 co. 2°, lett. g), d.p.r. n.396/2000 e annotazioni susseguenti, in particolare con riguardo alla rettifica dei cognomi dei minori;

2) il via subordinata: disporre il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea ex art. 267 TFUE per sapere se l'art. 20, co. 2°, lett. a) e l'art. 21 TFUE, letto congiuntamente agli art. 21 (non discriminazione) e 24 (diritti del minore) Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, osti ad una legislazione di uno Stato membro che neghi il riconoscimento del legame di filiazione di un cittadino di altro Stato membro con un minore in quanto figlio adottivo giusta sentenza di tale altro Stato membro, a cagione del fatto che i genitori sono dello stesso genere e, quindi, direttamente per motivo del loro orientamento sessuale”;

letta la memoria difensiva del Sindaco del Comune di X, quale ufficiale dello stato civile, rappresentato e difeso ex lege dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, domiciliata in Napoli, via A. Diaz n.11, che ha chiesto “la reiezione del ricorso in quanto improponibile inammissibile ed infondato, con vittoria di spese ed onorari”;

rilevato che il sindaco del Comune di X, nella qualità di ufficiale dello stato civile, non si è costituito;

lette le note conclusive del P.G. in sede, dott. Maurizio Villari, che ha chiesto: “voglia la Corte pronunciare la delibazione delle sentenze in rubrica”;

letti gli atti e sentiti il relatore e i rispettivi procuratori delle parti, nonché il P.G., sciogliendo la riserva di cui al verbale di udienza del 30.3.2016, ha emesso la seguente

ORDINANZA

Va innanzi tutto respinta l'eccezione “di nullità assoluta o inesistenza della comparsa di costituzione e risposta depositata telematicamente in data 16.3.2016 in quanto il certificato di firma digitale risulta revocato in data 4.2.16 come da rapporto di verifica del Consiglio Nazionale del Notariato”, sollevata dalla difesa delle ricorrenti.

Se è vero che l'art. 21 co.3 decr. Leg.vo n. 82/2005 stabilisce che “3. L'apposizione ad un documento informatico di una firma digitale o di un altro tipo di firma elettronica qualificata basata su un certificato elettronico revocato, scaduto o sospeso equivale a mancata sottoscrizione”, è altrettanto vero che dal fascicolo telematico la difesa Erariale risulta ritualmente costituita con comparsa firmata digitalmente dall'avv. Giuseppe Capodanno e che dal predetto rapporto di verifica risulta “non revocato e in corso di validità” il certificato “Actalis CA per Firma Digitale Qualificata 2”, che è quella appunto apposta sulla comparsa in mancanza della quale il sistema non avrebbe nemmeno accettato la comparsa ed il fascicolo telematico della difesa Erariale.



Va premesso in fatto che, per quanto si evince dagli atti (e in particolare dalle domande di adozione presentate dalle ricorrenti al giudice francese, nel cui circondario le medesime avevano mantenuto una residenza, in un immobile acquistato nell'anno 1989), L. D. G. e H. R. L. A. (entrambe di cittadinanza francese e la prima jure sanguinis anche italiana) intrapresero una relazione amorosa stabile e continua, di dominio pubblico, sin dagli anni '80 e nel corso degli anni '90 si trasferirono in Italia, dove avevano trovato un posto di insegnanti di francese presso l'università di Salerno, mantenendo però significativi rapporti con le rispettive famiglie residenti in Francia. In data 15.3.2000 le predette stipularono innanzi al Console Général de France a Napoli "un patto civile di solidarietà" previsto dalla legislazione francese. Nell'ambito di un progetto familiare condiviso che contemplava la filiazione e le relative responsabilità genitoriali, L. D. G., con una pratica di inseminazione artificiale realizzata in Belgio, in data xxxx partorì la figlia L. L. D., nata ad Avellino ed il cui atto di nascita venne iscritto al n. Xx, parte I, serie A dei registri dello stato civile del Comune di xx.

H. R. L. A., con una pratica di inseminazione artificiale realizzata in Spagna, in data xxxx partorì A., nato ad xx ed il cui atto di nascita venne iscritto al n. X, parte II, serie B, dei registri dello stato civile del Comune di Xxxx.

H. R. L. A. ha accudito L. L. D. considerandola e trattandola come propria figlia e quest'ultima l'ha sempre considerata come mamma e ha considerato A. H. come fratello e al contempo L. D. G. ha accudito e considerato quest'ultimo come figlio e fratello di L..

In data 5.10.2013, le ricorrenti hanno contratto matrimonio innanzi all'ufficiale dello stato civile del Comune di xxx (Francia) in virtù della legge francese n. 404 del 17.5.2013, a coronamento appunto della relazione amorosa stabile e continua, di dominio pubblico intrattenuta da oltre 30 anni.

A seguito delle istanze depositate il 4.2.2014, il Tribunale civile di Lille, in data 12.5.2014, ha emesso le seguenti sentenze di adozione legittimante: n.14/01162 con il seguente dispositivo: "il xxxx a X (Italia) è nato un bambino di sesso maschile di nome e cognome A. L. D.-H., figlio di G. L. D., coniuge H., nata il xxx a Tourcoing, insegnante e di R., L., A., R. H., coniuge L. D., nata il 12 luglio 1963 a Lille, insegnante, sua moglie, entrambi residenti in via xxxxx (Italia)"; n. 14/01157 con il seguente dispositivo: "il xxxx a X (Italia) è nato un bambino di sesso femminile di nome e cognome L.L. D.-H., figlia di R., L., A., R. H., coniuge L. D., nata il 12 luglio 1963 a Lille, insegnante e di G. L. D. nata il xxx a Tourcoing, insegnante, sua moglie, entrambe residenti in via xxx (Italia)". Dette sentenze sono divenute definitive e dichiarate esecutive come da attestazioni in calce della cancelleria del Tribunale di Lille.

In data 25.5.2015, L. D. G. e H. R. L. A. chiesero all'ufficiale dello stato civile del Comune di Xx la trascrizione delle predette sentenze di adozione e il Sindaco con provvedimento del 10.6.2015 rigettò l'istanza poiché le sentenze di adozione richiamaivano "come evento relativo alla filiazione" il matrimonio dei genitori in data 5.10.2013 a Tourcoing, che era improduttivo di effetti in Italia come confermato dal Tribunale di Avellino con il decreto di rigetto dell'opposizione al rifiuto della trascrizione del predetto matrimonio.

Per completezza di esposizione va aggiunto che il matrimonio delle ricorrenti è stato poi trascritto nei registri dello stato civile del Comune di Xx a seguito del provvedimento di questa Corte dell' 8.7.2015 (comunque non ancora definitivo pendendo ricorso per



cassazione dell'amministrazione) e che il Comune di Aa con provvedimento del 15.1.2016 (quindi successivo al deposito del ricorso in esame) ha rigettato la richiesta di L. D. G. volta ad ottenere l'aggiunta al cognome della figlia L. del cognome della madre adottiva H., poiché andrebbe prima riconosciuta dal competente Tribunale per i Minorenni la sentenza di adozione legittimante francese e perché non sarebbe nemmeno trascrivibile l'atto di nascita della minore così come rettificato in Francia e nel quale la minore è indicata come figlia di due madri, perché contrario all'ordine pubblico "nonostante la sentenza della Corte di Appello di Napoli del 13.3.2015 che ha autorizzato la trascrizione dell'atto di matrimonio tra le due mamme, cittadine francesi, celebrato in Francia".

Di qui la notifica, entro il termine assegnato, del ricorso introduttivo anche al Sindaco del Comune di X quale ufficiale di stato civile (come si è detto il Sindaco non si è costituito).

Dunque le ricorrenti hanno chiesto il riconoscimento delle predette sentenze di adozione ai sensi dell'art. 67 della L. n.218/95 il quale recita: "1. In caso di mancata ottemperanza o di contestazione del riconoscimento della sentenza straniera o del provvedimento straniero di volontaria giurisdizione, ovvero quando sia necessario procedere ad esecuzione forzata, chiunque vi abbia interesse può chiedere all'autorità giudiziaria ordinaria l'accertamento dei requisiti del riconoscimento. 1-bis. Le controversie di cui al comma 1 sono disciplinate dall'articolo 30 del decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150".

Nella specie per quanto innanzi detto è evidente che "la contestazione", quale presupposto per ricorrere alla procedura sommaria di riconoscimento, è da ravvisarsi appunto sia nel diniego espresso dal Comune di X alla trascrizione delle sentenze di adozione, sia nel provvedimento di diniego espresso dal Comune di X all'aggiunta del cognome della madre adottiva di L.L.D., fondato anch'esso sulla pretesa contrarietà all'ordine pubblico della trascrivibilità del matrimonio della madre biologica e della madre adottiva e della necessità di un preventivo riconoscimento da parte del giudice minorile della relativa sentenza di adozione francese. E' evidente che entrambi gli ufficiali dello stato civile, interpellati dalle ricorrenti per ottenere, sia pure a fini diversi, il riconoscimento *de plano* degli effetti delle predette sentenze ex art. 65 L. n.218/95, non hanno inteso applicarle e dare seguito agli adempimenti di trascrizione ex art. 28 d.p.r. n. 396/00, sicché l'unico rimedio per ottenere il pieno riconoscimento delle sentenze era ed è appunto il ricorso al procedimento in esame.

Non ha alcun rilievo preclusivo né tanto meno fondante i presupposti della pretesa giurisdizione del G.A., come sostenuto dalla difesa Erariale, la circostanza che le ricorrenti non abbiano inteso impugnare i provvedimenti dell'ufficiale dello stato civile ex art. 95 d.p.r. n.396/2000, poiché trattasi di tutele in ipotesi alternative (anzi quello ex art. 67 cit. è imprescrittibile: App. Milano 27.7.1999), mentre l'eventuale riconoscimento chiesto incidentalmente nel giudizio ex art. 95 cit. avrebbe avuto un'efficacia limitata a quel giudizio (art. 67, 3° co. cit.).

Quanto alla legittimazione passiva nell'azione in parola deve precisarsi che poiché quella attiva è attribuita a chiunque vi abbia interesse e cioè sia le persone che riceverebbero effetti

favorevoli dal riconoscimento della sentenza straniera sia quelle che ne risentirebbero effetti



sfavorevoli e che potrebbero avere interesse a vedere affermata l'impossibilità del riconoscimento (tant'è che si ammette anche la possibilità di un accertamento negativo della

riconoscibilità), deve ritenersi che legittimati passivamente siano appunto coloro che sono portatori di un interesse contrario al riconoscimento e nella specie gli ufficiali dello stato civile che lo hanno "contestato" nella sede amministrativa. Quindi, deve ritenersi che l'evocazione in giudizio dei predetti ufficiali dello stato civile non sia una semplice *denuntiatio litis*, come preteso dalla difesa delle ricorrenti e che sia valida, considerato che comunque il ricorso notificato anche agli ufficiali dello stato civile contiene tutte le indicazioni prescritte dall'art. 702 bis c.p.c. e in particolare l'avvertimento di cui al n. 7 del terzo comma dell'art. 163 c.p.c..

Altra questione pregiudiziale per la verità avvertita dalla difesa delle ricorrenti nell'atto introduttivo (ma già prospettata dal provvedimento del sindaco del Comune di Serino) e comunque riproposta dalla difesa Erariale è quella della competenza (per materia o funzionale) al riconoscimento della sentenza straniera di adozione, posto che l'art. 41 L. n.218/95 recita:

"1. I provvedimenti stranieri in materia di adozione sono riconoscibili in Italia ai sensi degli articoli 64, 65 e 66. 2. Restano ferme le disposizioni delle leggi speciali in materia di adozione dei minori", allorché si consideri che il secondo comma è stato letto come la "regola", sicché il primo comma costituirebbe l'eccezione relegata alle ipotesi di adozioni di maggiori di età o in casi particolari di cui all'art. 44 L. n.184/83, con la conseguenza che, in questa materia, il procedimento da instaurare è quello di cui alla L. n. 476 del 1998 che disciplina l'adozione internazionale e non quello di cui alla L. n. 218 del 1995, artt. 64 e seguenti. Sennonché deve ritenersi che tale disposizione (41, 2° co. cit.), predicando il perdurante vigore (e la prevalenza) della disciplina speciale dell'adozione internazionale di minori rispetto alle previsioni di carattere generale di cui alla riforma del diritto internazionale privato, comporta l'applicabilità della L. 31 dicembre 1998, n. 476 (recante ratifica ed esecuzione della Convenzione per la tutela dei minori adottata all'Aja il 29 maggio 1993), che ha radicalmente modificato la disciplina dell'adozione internazionale, sostituendo al procedimento di delibazione del provvedimento straniero dettato dalla L. n. 184 del 1983, art. 32, una complessa procedura che si snoda in più fasi, analiticamente disciplinate dai novellati artt. 29 e ss., ed affida al tribunale per i minorenni i poteri previsti in dette norme, disponendo, tra l'altro, all'art. 36, comma 1, che l'adozione internazionale dei minori provenienti da Stati che hanno ratificato la Convenzione può avvenire "soltanto con le procedure e gli effetti previsti dalla presente legge".

L'art. 41 L. n. 218 del 1995 è inteso a salvaguardare la specialità della materia dell'adozione internazionale rispetto al procedimento di delibazione ordinario proprio in ragione della specificità delle procedure che vedono coinvolte le autorità del paese di provenienza e del paese di adozione del minore. Procedure intese a garantire che l'adozione internazionale si realizzi con il rispetto degli standard fissati a livello internazionale dalla Convenzione de L'Aja del 29 maggio 1993 per la tutela dei bambini e per la cooperazione nell'adozione internazionale recepita in Italia con L. 31 dicembre 1998, n. 476.

Nella specie, però non si tratta di adozione internazionale secondo la convenzione de L'Aja ma di adozione nazionale straniera francese (evidentemente del tutto ignota sia all'epoca della convenzione che della legge nazionale italiana del 1998) da parte di due donne



coniugate (entrambe francesi ed una sola anche italiana) dei rispettivi figli biologici (entrambi francesi e solo L. anche italiana *jure sanguinis*), che secondo la loro legge personale (art. 343 e ss. code civil) possono adottare in forma piena o legittimante un minore compreso il figlio minore dell'altro coniuge. Dunque, si tratta di adozioni nazionali avvenute al di fuori degli schemi (e all'epoca ignote) dell'adozione internazionale che giustificerebbe la competenza funzionale del T.M. secondo la citata disposizione. Di ciò se ne ha indiretta conferma nella declaratoria di inammissibilità della questione di costituzionalità, sollevata dal T.M. di Bologna, appunto della legge sulle adozioni in materia di riconoscimento di una sentenza straniera di adozione del figlio della compagna dello stesso sesso pronunciata tra stranieri.

Dunque, deve farsi applicazione degli artt. 65 e 66 della legge in materia di diritto internazionale privato, che prevedono che i provvedimenti stranieri relativi alla capacità delle persone, nonché all'esistenza di rapporti di famiglia, come quelli di volontaria giurisdizione, hanno effetto nell'ordinamento italiano e sono quindi riconosciuti senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento, quando producono effetti nell'ordinamento dello stato in cui sono stati pronunciati, non sono contrari all'ordine pubblico e sono stati rispettati i diritti della difesa.

Le sentenze di adozione dei minori di cui si discute hanno piena efficacia in Francia e sono state emesse da un'autorità giudiziaria francese, su istanza delle attuali ricorrenti, con l'accertato pieno consenso delle rispettive madri (e coniugi) dei bambini.

Occorre a questo punto valutare se l'adozione con effetti legittimanti da parte di persone, ritenute coniugate per lo Stato Francese, della figlia della partner dello stesso sesso, pronunciata legittimamente in uno Stato europeo, in base alle leggi di quel paese, debba ritenersi contraria all'ordine pubblico, inteso quest'ultimo come ordine pubblico internazionale, secondo l'insegnamento della Cassazione, la quale con la recente sentenza 19405/2013 ha statuito che "È... acquisizione sufficientemente consolidata quella per cui la nozione di ordine pubblico ...-in forza della quale la norma straniera che vi contrasti non può trovare ingresso nel nostro ordinamento in applicazione della pertinente disposizione di diritto internazionale privato- non è enucleabile esclusivamente sulla base dell'assetto ordinamentale interno, racchiudendo essa i principi fondamentali della Costituzione o quegli altri principi e regole che rispondono all'esigenza di carattere universale di tutelare i diritti fondamentali dell'uomo o che informano l'intero ordinamento in modo tale che la loro lesione si traduce in uno stravolgimento dei valori fondanti del suo assetto ordinamentale (Cass., 26 novembre 2004, n. 22332; Cass., 19 luglio 2007, n. 16017). In altri termini, come posto in rilievo da Cass., 26 aprile 2013, n. 10070 (nel richiamare anche Cass., 6 dicembre 2002, 17349 e Cass., 23 febbraio 2006, n. 4040), il concetto di ordine pubblico a fini internazionalprivatistici si identifica con quello indicato con l'espressione "ordine pubblico internazionale", da intendersi "come complesso di principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico o fondati su esigenze di garanzia, comuni ai diversi ordinamenti, di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo".

Del resto, in un sistema plurale, di cui è partecipe il nostro ordinamento, non può ignorarsi la sinergia che proviene dall'interazione delle fonti sovranazionali con quelle nazionali. Si tratta di una combinazione, articolata e complessa, che si riflette sulla portata stessa dell'ordinamento interno, il quale così risulta diversamente modulato a seconda del *modus*



operandi del rapporto che è instaurato tra esso e la fonte sovranazionale o internazionale interagente. Ed è proprio in tale prospettiva che si viene a declinare la vocazione cd. internazionalista della nostra Carta Fondamentale, che, oggi, non si esaurisce più negli originari principi desumibili dagli artt. 10 e 11 Cost., ma trova ulteriore forza di radicamento nell'art. 117 Cost., comma 1, il quale imprime alla legislazione tutta il rispetto dei vincoli derivanti dai trattati internazionali e dalla partecipazione all'Unione Europea (nel 2001, allorché venne introdotta la citata norma nel riformato titolo V della Costituzione, ancora "ordinamento comunitario").

Ove, poi, vengano in rilievo fonti che sono votate alla protezione dei diritti fondamentali della persona umana (Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata con la L. n. 88 del 1955; Carta Europea dei diritti fondamentali dell'Unione Europea – o Carta di Nizza – che, in forza dell'art. 6 del Trattato di Lisbona, "ha lo stesso valore giuridico dei trattati"), la loro incidenza sull'individuazione del limite di recepimento della norma straniera, partecipe di un ordinamento anch'esso soggetto a quel sistema di fonti, non può essere revocato in dubbio, posto che appare evidente, al contempo, l'apertura internazionalista del concetto di ordine pubblico e la condivisione degli stessi valori fondamentali tra i diversi ordinamenti statuali, nell'ambito dello stesso sistema di tutela multilivello" (cfr. App. Milano, 16.10.2015).

Questa Corte proprio sulla base della predetta nozione di ordine pubblico internazionale ha ritenuto trascrivibile nei registri dello stato civile italiano il matrimonio contratto in Francia dalle ricorrenti, cittadine francesi, trascrizione imposta anche dall'esigenza di salvaguardare i diritti fondamentali dei cittadini dell'Unione europea quali quello di non subire discriminazioni e di libertà di circolazione e stabilimento nei paesi membri dell'Unione. E cioè una volta riconosciuto che il genere della coppia dei coniugi stranieri non costituisce limite di ordine pubblico (nazionale ed internazionale) e che ad ogni Stato dell'Unione compete convenzionalmente la riserva di legge in ordine alle forme di unione delle coppie omosessuali, la trascrizione del matrimonio di coniugi stranieri residenti in Italia, non può incontrare alcun limite, opponibile dall'amministrazione dello Stato di residenza, nemmeno riferito all'appartenenza di genere della coppia coniugata.

E' stato osservato che detta decisione si iscrive in quella dottrina che ammette "la libera portabilità degli status" nell'ambito dell'Unione Europea e che, trasposta al caso in esame, non dovrebbe nemmeno precludere il riconoscimento per effetto delle sentenze di adozione in questione degli status di figli legittimi acquisiti dai predetti minori delle due madri, coniugate validamente secondo la legislazione dello stato di cittadinanza.

Del resto, la Corte di Cassazione, con sentenza n. 601/2013, ha recentemente affermato come costituisca mero pregiudizio ritenere che "sia dannoso per l'equilibrato sviluppo del bambino il fatto di vivere in una famiglia incentrata su una coppia omosessuale" e come ogni situazione deve essere valutata singolarmente, tenuto conto del preminente interesse del minore rispetto alle figure genitoriali e al suo diritto di convivere e/o mantenere regolari rapporti significativi con tutte le figure adulte di riferimento, indipendentemente dalle loro tendenze sessuali, ritenute in concreto adeguate ad assicurargli l'affetto e la cura indispensabili per la sua armoniosa crescita. La Corte EDU ha più volte sottolineato l'obbligo per l'autorità giudiziaria di uno Stato aderente alla Convenzione, di assumere decisioni riguardanti minori, tenendo prioritariamente conto del superiore interesse del minore, valutato in concreto, al mantenimento della propria vita familiare ex art. 8 CEDU e



alle relazioni instaurate con le figure genitoriali di riferimento, ribadendo il principio che anche le relazioni omosessuali rientrano nella nozione di vita familiare, e ciò ha fatto anche nelle sentenze in cui si è occupata di riconoscimento della sussistenza di una vita familiare tra il minore e le figure genitoriali nelle ipotesi di maternità “surrogate” non consentite dagli ordinamenti nazionali (vedi le sentenze Menesson c. Francia, ric. n. 65192, Labassee c. Francia ric. n. 65941, emesse nel 2014; Paradiso e Campanelli c. Italia del 27 gennaio 2015). In tale contesto normativo di riferimento, così come interpretato dai giudici italiani e dai giudici sovranazionali, non vi è alcuna ragione per ritenere in linea generale contrario all’ordine pubblico un provvedimento straniero che abbia statuito un rapporto di adozione piena tra persone coniugate e i rispettivi figli riconosciuti dei coniugi, anche dello stesso sesso, una volta valutato in concreto che il riconoscimento dell’adozione, e quindi il riconoscimento di tutti i diritti e doveri scaturenti da tale rapporto, corrispondono all’interesse superiore del minore al mantenimento della vita familiare costruita con ambedue le figure genitoriali e al mantenimento delle positive relazioni affettive ed educative che con loro si sono consolidate, in forza della protratta convivenza con ambedue e dei provvedimenti di adozione. Ma giova precisare che la predetta valutazione dei presupposti delle adozioni in parola appartiene al giudice francese che ha emesso le predette sentenze, mentre qui rileva solo che quell’apprezzamento non è contrario all’ordine pubblico.

In definitiva nulla osta al riconoscimento dell’efficacia nell’ordinamento italiano delle predette sentenze di adozione legittimante e, considerate “le contestazioni” in punto di trascrivibilità delle stesse, deve ordinarsi ai citati ufficiali dello stato civile la trascrizione delle sentenze di adozione ex art. 28 lett. g (i provvedimenti in materia di adozione), compresa, ex lett. f), l’aggiunta del cognome delle rispettive adottanti al cognome degli adottati.

Le spese del procedimento, nella misura liquidata in dispositivo secondo i nuovi parametri di riferimento, seguono la soccombenza dei resistenti.

P.Q.M.

a) accoglie il ricorso e per l’effetto riconosce l’efficacia nell’ordinamento giuridico italiano delle seguenti sentenze emesse dal Tribunale civile di Lille, in data 12.5.2014: n.14/01162 con il seguente dispositivo: “il x a x (Italia) è nato un bambino di sesso maschile di nome e cognome A. L. D.-H., figlio di G. L. D., coniuge H., nata il xxx a Tourcoing, insegnante e di R., L., A., R. H., coniuge L. D., nata il xxx a Lille, insegnante, sua moglie, entrambe residenti in via x (Italia)”; n. 14/01157 con il seguente dispositivo: “il x a X (Italia) è nato un bambino di sesso femminile di nome e cognome L. L. D.-H., figlia di R., L., A., R. H., coniuge L. D., nata il xxx a Lille, insegnante e di G. L. D. nata il xxx a Tourcoing, insegnante, sua moglie, entrambe residenti in via x (Italia)”; ordina all’ufficiale dello stato civile del Comune di x di trascrivere ai sensi dell’art. 28 lett. f) e g) d.p.r. n.396/00, nei registri degli atti di nascita della minore L. L. D. la predetta sentenza n. 14/01157 e all’ufficiale dello stato civile del X di trascrivere ai sensi dell’art. 28 lett. f) e g) d.p.r. n.396/00, nei registri degli atti di nascita del minore A. L. D. la predetta sentenza n.14/01162;



b) condanna i predetti Sindaci dei Comuni di X e di X, nella qualità ed in solido, al pagamento in favore delle ricorrenti delle spese del giudizio, che liquida quanto agli onorari in complessivi € 3550,00, oltre il 15% per rimborso spese generali, i.v.a. e c.p.a. come per legge.

Napoli, 30.3.2016

Il Presidente

Dott. Antonio Casoria

Il consigliere estensore

Dott. Alessandro Cocchiara



DONAZIONE – DONAZIONE DI COSA ALTRUI – DONAZIONE DI QUOTA DI BENE EREDITARIO INDIVISO

CASS. CIV., SEZ. UN., 15 MARZO 2016, N. 5068.

La donazione di cosa altrui o parzialmente altrui, sebbene non espressamente vietata, è nulla per difetto di causa, sicché la donazione del coerede avente ad oggetto la quota di un bene indiviso compreso nella massa ereditaria è nulla, atteso che, prima della divisione, quello specifico bene non fa parte del patrimonio del coerede donante; tuttavia, qualora nell'atto di donazione sia affermato che il donante è consapevole dell'altruità della cosa, la donazione vale come donazione obbligatoria di dare.

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. ROVELLI Luigi Antonio - Primo Presidente f.f. -
Dott. CICALA Mario - Presidente Sezione -
Dott. RORDORF Renato - Presidente Sezione -
Dott. RAGONESI Vittorio - Consigliere -
Dott. MAMMONE Giovanni - Consigliere -
Dott. TRAVAGLINO Giacomo - Consigliere -
Dott. DI IASI Camilla - Consigliere -
Dott. PETTITI Stefano - rel. Consigliere -
Dott. FRASCA Raffaele - Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso proposto da:

C.N., C.E. e C.C., in proprio e quali eredi di Ca.Lu. ved. C., rappresentati e difesi, per procura speciale a margine del ricorso, dall'Avvocato PELLICANO' ANTONINO, presso lo studio del quale in Roma, piazzale delle Belle Arti n. 8, sono elettivamente domiciliati;
- ricorrenti -

contro

M.E. in P., rappresentata e difesa, per procura speciale a margine del controricorso, dagli Avvocati PANUCCIO ALBERTO e Giuseppe Panuccio, presso lo studio dei quali in Roma, via Sistina n. 121, è elettivamente domiciliata;
- controricorrente -

e contro

S.A., S.E. e S.V., rappresentate e difese, per procura speciale in calce al controricorso, dall'Avvocato Filippo Zuccarello, elettivamente domiciliate presso lo studio dell'Avvocato Elisa Neri in Roma, via dei Gracchi n. 130;
- controricorrente -

contro

M.P.F.M., M.A.S.M. e M.G.R.M., SC.Vi., Curatela dei Fallimenti di M.N. e di Z.M.R., Z.M.R., M.C. e M. L., gli ultimi tre in qualità di eredi di M.N.;
- intimati -

nonchè nei confronti di



B.G.C.F., quale erede di S.E., rappresentata e difesa, per procura a margine della memoria di costituzione, dall'Avvocato Giuseppe Morabito, elettivamente domiciliata in Roma, via G. Donati n. 32, presso lo studio dell'Avvocato Roberto Marino;

- resistente -

avverso la sentenza della Corte d'appello di Reggio Calabria n. 232 depositata il 23 novembre 2006;

Udita la relazione della causa svolta nell'udienza pubblica del 10 marzo 2015 dal Consigliere relatore Dott. Stefano Petitti;

sentiti gli Avvocati Antonino Pellicanò, per parte ricorrente, e Giuseppe Panuccio, anche per delega, per parte resistente;

sentito il Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. APICE Umberto, che ha concluso per il rigetto del ricorso.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

M.E. adiva il Tribunale di Reggio Calabria con citazione del gennaio 1989 chiedendo che venisse: a) dichiarata aperta la successione di C.P., da devolversi secondo le norme della successione legittima per 1/4 in favore del fratello C.F., per 1/4 in favore di C.N., C.E. e C.C. (in rappresentazione di C.G., fratello di C.P.), per 1/4 in favore della sorella C.V. e per 1/4 In favore dei figli e dei discendenti dell'altra sorella C. G.; b) dichiarata aperta, altresì, la successione di C. F., da devolversi secondo le norme della successione legittima per 1/3 in favore dei figli del fratello C.G., per 1/3 in favore dei figli della sorella premorta C.V. (a lei subentrati per rappresentazione) e per 1/3 in favore dei figli e dei discendenti della sorella premorta C.G. (a lei subentrati per rappresentazione); 3) disposta la formazione delle masse ereditarie comprendendo in esse tutti i beni relitti risultanti dalle dichiarazioni di successione; 4) disposta la divisione dei beni relitti e lo scioglimento della comunione; 5) disposta la divisione per stirpi, attribuendo a ciascuna stirpe beni corrispondenti alle quote di diritto di ciascuna; 6) ordinata la formazione del progetto divisionale e gli adempimenti consequenziali.

Instauratosi il contraddittorio, si costituivano le germane S.A., S.E. e S.V. (aventi causa di C.V.), le quali aderivano alla domanda di divisione e chiedevano che tra i beni da dividere fossero inclusi anche quelli oggetto della donazione fatta da C.F. al nipote C.N. con atto pubblico del 1987, deducendone la nullità per inesistenza dei beni donati nella sfera giuridica del donante, nonchè che venisse ordinato a C.N. di rendere il conto della gestione degli immobili facenti parte dell'eredità di P. e di C.F..

Si costituiva anche Sc.Vi., che aderiva alla domanda di divisione, nonchè i germani C.N., C.E. e C. C., i quali pur non opponendosi alla divisione, chiedevano che dalla eredità venissero detratti i beni oggetto della donazione per atto notaio Miritello del 1987.

Nel giudizio si costituivano anche i germani M.P. F.M., M.A.S.M. e M. G.R.M., figli di M.P., avente causa di C.G., aderendo alla domanda principale, nonchè M. L. e Z.M.R., in qualità di eredi di M. N., quest'ultima in proprio e quale esercente la potestà sulla figlia minore M.C., che ugualmente facevano proprie le domande dell'attrice.

Nel processo interveniva la curatela del fallimenti di M. N. e Z.M.R. che, oltre a costituirsi in qualità di eredi di Ca.Lu., C.N., C.E. e C.C., ribadiva le richieste già formulate.



Con sentenza non definitiva del 30 aprile 2004, il Tribunale adito dichiarava aperta la successione di C.P. e devoluta secondo le norme della successione legittima la sua eredità, nonché quella di C.F., parimenti devoluta secondo le norme della successione legittima.

Il Tribunale dichiarava, altresì, la nullità dell'atto di donazione per atto notaio Miritello del 1 ottobre 1987 e rimetteva la causa sul ruolo con separata ordinanza per il prosieguo.

Avverso la sentenza non definitiva i germani C.N., C. E. e C.C., in proprio e nella qualità di eredi di Ca.Lu., censurando il capo della sentenza con cui era stata dichiarata la nullità dell'atto di donazione del 1987.

Nella resistenza di S.E., S.A., S.E. e S.V., nonché di M. P.F.M., M.A.S.M. e M.G.R.M., contumaci le restanti parti, la Corte di appello di Reggio Calabria rigettava il gravame e per l'effetto confermava integralmente la sentenza impugnata.

A sostegno della decisione adottata la Corte distrettuale evidenziava che avendo il defunto C.F. donato al nipote C.N. la nuda proprietà della sua quota (corrispondente ai 5/12 indivisi dell'intero) dei due appartamenti costituenti l'intero secondo piano del fabbricato di vecchia costruzione a sei piani sito in via (OMISSIS), dalla lettura sistematica degli artt. 769 e 771 c.c., doveva ritenersi la nullità dell'atto di donazione, potendo costituire oggetto di donazione solo ed esclusivamente i beni facenti parte del patrimonio del donante al momento in cui veniva compiuto l'atto di liberalità, tali non potendosi ritenere quelli di cui il donante era comproprietario pro indiviso di una quota ideale.

Avverso tale sentenza i C. hanno proposto ricorso per cassazione, articolato su quattro motivi, al quale hanno resistito gli S. e l'originaria attrice con separati controricorsi.

Con ordinanza interlocutoria n. 11545 del 2011, emessa all'esito dell'udienza del 13 febbraio 2013, la Seconda Sezione di questa Corte, disattese le eccezioni di inammissibilità formulate dai controricorrenti e ritenuto non fondato il primo motivo di ricorso, ha, in relazione al secondo, al terzo e al quarto motivo di ricorso, rimesso gli atti al Primo Presidente della Corte per la eventuale assegnazione del ricorso alle Sezioni Unite, ravvisando nella questione oggetto del ricorso una questione di massima di particolare importanza.

Disposta la trattazione del ricorso presso queste Sezioni Unite, in vista dell'udienza del 10 marzo 2015 i ricorrenti e la controricorrente M.E. hanno depositato memoria ai sensi dell'art. 378 c.p.c..

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Deve preliminarmente essere dichiarata la inammissibilità della costituzione di B.G.C.F., per difetto di procura speciale, essendo la stesa intervenuta in un giudizio iniziato prima del 4 luglio 2009 (Cass. n. 7241 del 2010; Cass. n. 18323 del 2014).

2. - Come già rilevato, il primo motivo di impugnazione è stato già disatteso dalla Seconda Sezione.

2.1. - Con il secondo motivo di ricorso i ricorrenti deducono vizio di motivazione sul rilievo che, non essendo stato acquisito il fascicolo di primo grado ed avendo la Corte d'appello esaminato l'atto di donazione solo per la parte riportata nell'atto di appello, il convincimento del giudice di appello sarebbe il frutto di una presunzione non vera, essendo il tenore della donazione molto più esteso rispetto ai brani esaminati in sede di gravarne. Prosegue parte ricorrente che la lettura integrale dell'atto di liberalità avrebbe consentito di rilevare che l'oggetto della donazione era costituito, in parte, da un diritto proprio di C.F., e cioè della quota di comproprietà degli immobili di cui C. F. era titolare in modo esclusivo,



per avere ciascuno dei fratelli C.F., C.P. e C.G. la piena disponibilità di una quota pari ad 1/3 degli immobili di cui al rogito; per altra parte, dalla quota di 1/3 a lui pervenuta dalla eredità del fratello C.P.: circostanza, questa, di cui non vi era alcun cenno nella sentenza impugnata. La Corte d'appello avrebbe quindi errato nell'accommunare i due cespiti in una indistinta "quota ereditaria".

2.2. - Con il terzo motivo i ricorrenti denunciano la violazione degli artt. 769 e 771 c.c., in combinato disposto con l'art. 1103 c.c., oltre alla illegittimità della sentenza impugnata per difetto di motivazione ed errata valutazione dei presupposti di fatto, per non avere i giudici di merito riconosciuto che C.F. poteva validamente donare al nipote la quota di proprietà di cui era esclusivo titolare con riferimento all'immobile di via (OMISSIS), essendo tale bene nella sua piena disponibilità, potendo essere le argomentazioni del Tribunale riferite semmai alla residua quota di 1/12 pervenuta al donante per successione ereditaria dal fratello C.P.. A conclusione del motivo i ricorrenti formulano il seguente quesito di diritto: "Dica la Suprema Corte di Cassazione se il divieto di cui all'art. 771 c.c., può essere legittimamente esteso anche ai beni di cui il donante è titolare in comunione ordinaria con i propri fratelli".

2.3. - Con il quarto motivo i ricorrenti lamentano la violazione ed erronea applicazione degli artt. 771 e 769 c.c., in combinato disposto con gli artt. 1103 e 757 c.c., nonché carenza assoluta di motivazione, per avere ritenuto i giudici di merito "beni altrui", fino al momento della divisione, anche i beni in comproprietà ordinaria, in aperto contrasto con i principi che regolano l'istituto della comproprietà e dell'art. 1103 c.c., che sancisce il principio della piena disponibilità dei beni in comproprietà nei limiti della quota di titolarità del disponente. Ad avviso dei ricorrenti eguali considerazioni varrebbero anche per la c.d. quota ereditaria. Quanto alla conclusione del giudice di appello circa l'irrilevanza della qualificazione della fattispecie quale condizione sospensiva, i ricorrenti rilevano che la divisione dei beni ereditari, seppure avvenga dopo il decesso di uno dei coeredi, non cancella i diritti nascenti sui beni ereditari.

A conclusione del motivo i ricorrenti formulano il seguente quesito di diritto: "Dica la Suprema Corte di Cassazione se l'art. 771 c.c., può essere legittimamente interpretato equiparando a tutti gli effetti la categoria dei "beni futuri" con quella dei "beni altrui".

3. - La Seconda Sezione, con l'ordinanza interlocutoria n. 11545 del 2014 ha innanzi tutto ricordato come, nonostante l'art. 769 c.c., abbia assoggettato la donazione al principio consensualistico, sia risultato prevalente. In giurisprudenza, in via di interpretazione analogica dell'art. 771 c.c., la tesi della nullità della donazione di bene altrui, assumendosi il carattere della necessaria immediatezza dell'arricchimento altrui e, dunque, dell'altrettanto necessaria appartenenza del diritto al patrimonio del donante al momento del contratto (sono in proposito richiamate Cass. 23 maggio 2013, n. 12782; Cass. 5 maggio 2009, n. 10356; Cass. 18 dicembre 1996, n. 1131; Cass. 20 dicembre 1985, n. 6544). La Seconda Sezione ha, per contro, ricordato, da un lato, le critiche di parte della dottrina, fondate sullo stesso testo dell'art. 769 c.c., il quale contempla l'arricchimento della parte donataria operato "assumendo verso la stessa un'obbligazione"; e, dall'altro, Cass. 5 febbraio 2001, n. 1596, che ha considerato la donazione di cosa altrui non nulla, ma semplicemente inefficace, con conseguente sua idoneità a valere quale titolo per l'usucapione immobiliare abbreviata. La Seconda Sezione ha quindi aggiunto che la soluzione della questione posta è evidentemente correlata alla ratio dell'art. 771 c.c..



Nella specie, la questione non riguarderebbe la donazione dei quattro dodicesimi di cui il donante era titolare inter vivos, dovendosi in parte qua la liberalità intendere come di cosa propria, in quanto relativa alla quota del partecipante in comunione ordinaria, alienata ai sensi e nei limiti dell'art. 1103 c.c.. La questione si porrebbe, piuttosto, quanto all'ulteriore dodicesimo del bene di provenienza ereditaria, e per il quale il donante intendeva trasferire il proprio diritto di coerede, ricadente, tuttavia, sulla quota ex art. 727 c.c., e non (ancora) su quel determinato immobile compreso nell'asse.

3.1. - In conclusione, la Seconda Sezione ha rimesso all'esame di queste Sezioni Unite la seguente questione: "Se la donazione dispositiva di un bene altrui debba ritenersi nulla alla luce della disciplina complessiva della donazione e, in particolare, dell'art. 771 c.c., poichè il divieto di donazione dei beni futuri ricomprende tutti gli atti perfezionati prima che il loro oggetto entri a comporre il patrimonio del donante e quindi anche quelli aventi ad oggetto i beni altrui, oppure sia valida ancorchè inefficace, e se tale disciplina trovi applicazione, o no, nel caso di donazione di quota di proprietà pro indiviso".

4. - Come riferito, sulla questione se la donazione di cosa altrui sia nulla o no, la giurisprudenza di questa Corte si è reiteratamente espressa, nel senso della nullità.

4.1. - Secondo Cass. n. 3315 del 1979, "la convenzione che contenga una promessa di attribuzione dei propri beni a titolo gratuito configura un contratto preliminare di donazione che è nullo, in quanto con esso si viene a costituire a carico del promittente un vincolo giuridico a donare, il quale si pone in contrasto con il principio secondo cui nella donazione l'arricchimento del beneficiario deve avvenire per spirito di liberalità, in virtù cioè di un atto di autodeterminazione del donante, assolutamente libero nella sua formazione". La successiva Cass. n. 6544 del 1985, ha affermato che la donazione di beni altrui non genera a carico del donante alcun obbligo poichè, giusta la consolidata interpretazione dell'art. 771 cod. civ., dal sancito divieto di donare beni futuri deriva che è invalida anche la donazione nella parte in cui ha per oggetto una cosa altrui; a differenza di quanto avviene, ad esempio, nella vendita di cosa altrui, che obbliga il non dominus alienante a procurare l'acquisto al compratore. Tale decisione ha quindi affermato che "ai fini dell'usucapione abbreviata a norma dell'art. 1159 cod. civ. non costituisce titolo astrattamente idoneo al trasferimento la donazione di un bene altrui, attesa l'invalidità a norma dell'art. 771 c.c., di tale negozio".

Sempre nell'ambito della nullità si colloca Cass. n. 11311 del 1996, così massimata: "l'atto con il quale una pubblica amministrazione, a mezzo di contratto stipulato da un pubblico funzionario, si obblighi a cedere gratuitamente al demanio dello Stato un'area di sua proprietà, nonchè un'altra area che si impegni ad espropriare, costituisce una donazione nulla, sia perchè, pur avendo la pubblica amministrazione la capacità di donare, non è ammissibile la figura del contratto preliminare di donazione, sia perchè l'atto non può essere stipulato da un funzionario della pubblica amministrazione (possibilità limitata dal R.D. n. 2440 del 1923, art. 16, ai soli contratti a titolo oneroso), sia perchè l'art. 771 c.c., vieta la donazione di beni futuri, ossia dell'area che non rientra nel patrimonio dell'amministrazione "donante" ma che la stessa si impegna ad espropriare".

Particolarmente significativa è poi Cass. n. 10356 del 2009, secondo cui "la donazione dispositiva di un bene altrui, benchè non espressamente disciplinata, deve ritenersi nulla alla luce della disciplina complessiva della donazione e, in particolare, dell'art. 771 c.c., poichè il divieto di donazione dei beni futuri ricomprende tutti gli atti perfezionati prima che il loro



oggetto entri a comporre il patrimonio del donante; tale donazione, tuttavia, è idonea ai fini dell'usucapione decennale prevista dall'art. 1159 c.c., poichè il requisito, richiesto da questa norma, dell'esistenza di un titolo che legittimi l'acquisto della proprietà o di altro diritto reale di godimento, che sia stato debitamente trascritto, deve essere inteso nel senso che il titolo, tenuto conto della sostanza e della forma del negozio, deve essere suscettibile in astratto, e non in concreto, di determinare il trasferimento del diritto reale, ossia tale che l'acquisto del diritto si sarebbe senz'altro verificato se l'alienante ne fosse stato titolare".

Da ultimo, Cass. n. 12782 del 2013 si è espressa in senso conforme alla decisione da ultimo richiamata.

4.2. - In senso difforme si rinviene Cass. n. 1596 del 2001, che ha affermato il principio per cui "la donazione di beni altrui non può essere ricompresa nella donazione di beni futuri, nulla ex art. 771 c.c., ma è semplicemente inefficace e, tuttavia, idonea ai fini dell'usucapione abbreviata ex art. 1159 c.c., in quanto il requisito, richiesto dalla predetta disposizione codicistica, della esistenza di un titolo che sia idoneo a far acquistare la proprietà o altro diritto reale di godimento, che sia stato debitamente trascritto, va inteso nel senso che il titolo, tenuto conto della sostanza e della forma del negozio, deve essere idoneo in astratto, e non in concreto, a determinare il trasferimento del diritto reale, ossia tale che l'acquisto del diritto si sarebbe senz'altro verificato se l'alienante ne fosse stato titolare".

4.3. - A ben vedere, il contrasto tra i due orientamenti giurisprudenziali non coinvolge il profilo della efficacia dell'atto a costituire titolo idoneo per l'usucapione abbreviata, ma, appunto, la ascrivibilità della donazione di cosa altrui nell'area della invalidità, e segnatamente della nullità, ovvero in quella della inefficacia.

5. Il Collegio ritiene che alla questione debba essere data risposta nel senso che la donazione di cosa altrui o anche solo parzialmente altrui è nulla, non per applicazione in via analogica della nullità prevista dall'art. 771 c.c., per la donazione di beni futuri, ma per mancanza della causa del negozio di donazione.

5.1. - Deve innanzi tutto rilevarsi che la sentenza n. 1596 del 2001 evoca la categoria della inefficacia, che presuppone la validità dell'atto, e si limita ad affermare la non operatività della nullità in applicazione analogica dell'art. 771 c.c., comma 1, in considerazione di una pretesa natura eccezionale della causa di nullità derivante dall'avere la donazione ad oggetto beni futuri, ma non verifica la compatibilità della donazione di cosa altrui con la funzione e con la causa del contratto di donazione. La soluzione prospettata appare, quindi, non condivisibile, vuoi perchè attribuisce al divieto di cui alla citata disposizione la natura di disposizione eccezionale, insuscettibile di interpretazione analogica; vuoi e soprattutto perchè non considera la causa del contratto di donazione.

Al contrario, una piana lettura dell'art. 769 c.c., dovrebbe indurre a ritenere che l'appartenenza del bene oggetto di donazione al donante costituisca elemento essenziale del contratto di donazione, in mancanza del quale la causa tipica del contratto stesso non può realizzarsi. Recita, infatti, la citata disposizione: "La donazione è il contratto col quale, per spirito di liberalità, una parte arricchisce l'altra, disponendo a favore di questa di un suo diritto o assumendo verso la stessa una obbligazione".

Elementi costitutivi della donazione sono, quindi, l'arricchimento del terzo con correlativo depauperamento del donante e lo spirito di liberalità, il c.d. animus donandi, che connota il depauperamento del donante e l'arricchimento del donatario e che, nella giurisprudenza di



questa Corte, va ravvisato "nella consapevolezza dell'uno di attribuire all'altro un vantaggio patrimoniale in assenza di qualsivoglia costrizione, giuridica o morale" (Cass. n. 8018 del 2012; Cass. n. 12325 del 1998; Cass. n. 1411 del 1997; Cass. n. 3621 del 1980).

Appare evidente che, in disparte il caso della donazione effettuata mediante assunzione di una obbligazione, nella quale oggetto dell'obbligazione del donante sia il trasferimento al donatario di un bene della cui appartenenza ad un terzo le parti siano consapevoli, l'esistenza nel patrimonio del donante del bene che questi intende donare rappresenti elemento costitutivo del contratto; e la consustanzialità di tale appartenenza alla donazione è delineata in modo chiaro ed efficace dalla citata disposizione attraverso il riferimento all'oggetto della disposizione, individuato in un diritto del donante ("un suo diritto"). La non ricorrenza di tale situazione - certamente nel caso in cui nè il donante nè il donatario ne siano consapevoli, nel qual caso potrebbe aversi un'efficacia obbligatoria della donazione - comporta la non riconducibilità della donazione di cosa altrui allo schema negoziale della donazione, di cui all'art. 769 c.c.. In altri termini, prima ancora che per la possibile riconducibilità del bene altrui nella categoria dei beni futuri, di cui all'art. 771 c.c., comma 1, la altruità del bene incide sulla possibilità stessa di ricondurre il trasferimento di un bene non appartenente al donante nello schema della donazione dispositiva e quindi sulla possibilità di realizzare la causa del contratto (incremento del patrimonio altrui, con depauperamento del proprio).

5.2. - La mancanza, nel codice del 1942, di una espressa previsione di nullità della donazione di cosa altrui, dunque, non può di per sé valere a ricondurre la fattispecie nella categoria del negozio inefficace. Invero, come si è notato in dottrina, il fatto stesso che il legislatore del codice civile abbia autonomamente disciplinato sia la compravendita di cosa futura che quella di cosa altrui, mentre nulla abbia stabilito per la donazione a non domino, dovrebbe suggerire all'interprete di collegare il divieto di liberalità aventi ad oggetto cose d'altri alla struttura e funzione del contratto di donazione, piuttosto che ad un esplicito divieto di legge. Pertanto, posto che l'art. 1325 c.c., individua tra i requisiti del contratto "la causa"; che, ai sensi dell'art. 1418 c.c., comma 2, la mancanza di uno dei requisiti indicati dall'art. 1325 c.c., produce la nullità del contratto; e che l'altruità del bene non consente di ritenere integrata la causa del contratto di donazione, deve concludersi che la donazione di un bene altrui è nulla.

5.3. - Con riferimento alla donazione deve quindi affermarsi che se il bene si trova nel patrimonio del donante al momento della stipula del contratto, la donazione, in quanto dispositiva, è valida ed efficace; se, invece, la cosa non appartiene al donante, questi deve assumere espressamente e formalmente nell'atto l'obbligazione di procurare l'acquisto dal terzo al donatario.

La donazione di bene altrui vale, pertanto, come donazione obbligatoria di dare, purchè l'altruità sia conosciuta dal donante, e tale consapevolezza risulti da un'apposita espressa affermazione nell'atto pubblico (art. 782 c.c.). Se, invece, l'altruità del bene donato non risulti dal titolo e non sia nota alle parti, il contratto non potrà produrre effetti obbligatori, nè potrà applicarsi la disciplina della vendita di cosa altrui.

5.4. - La sanzione di nullità si applica normalmente alla donazione di beni che il donante ritenga, per errore, propri, perchè la mancata conoscenza dell'altruità determina l'impossibilità assoluta di realizzazione del programma negoziale, e, quindi, la carenza della causa donativa. La donazione di bene non appartenente al donante è quindi affetta da una



causa di nullità autonoma e indipendente rispetto a quella prevista dall'art. 771 c.c., ai sensi del combinato disposto dell'art. 769 c.c. (il donante deve disporre "di un suo diritto") e dell'art. 1325 c.c., e art. 1418 c.c., comma 2. In sostanza, avendo l'*animus donandi* rilievo causale, esso deve essere precisamente delineato nell'atto pubblico; in difetto, la causa della donazione sarebbe frustrata non già dall'altruità del diritto in sè, quanto dal fatto che il donante non assuma l'obbligazione di procurare l'acquisto del bene dal terzo.

5.5. - Alle medesime conclusioni deve pervenirsi per il caso in cui, come nella specie, oggetto della donazione sia un bene solo in parte altrui, perchè appartenente pro indiviso a più comproprietari per quote differenti e donato per la sua quota da uno dei coeredi. Non è, Infatti, dato comprendere quale effettiva differenza corra tra i "beni altrui" e quelli "eventualmente altrui", trattandosi, nell'uno e nell'altro caso, di beni non presenti, nella loro oggettività, nel patrimonio del donante al momento dell'atto, l'unico rilevante al fine di valutarne la conformità all'ordinamento.

In sostanza, la posizione del coerede che dona uno dei beni compresi nella comunione (ovviamente, nel caso in cui la comunione abbia ad oggetto una pluralità di beni) non si distingue in nulla da quella di qualsivoglia altro donante che disponga di un diritto che, al momento dell'atto, non può ritenersi incluso nel suo patrimonio.

Nè una distinzione può desumersi dall'art. 757 c.c., in base al quale ogni coerede è reputato solo e immediato successore in tutti i beni componenti la sua quota o a lui pervenuti dalla successione anche se per acquisto all'incanto e si considera come se non avesse mai avuto la proprietà degli altri beni ereditari. Invero, proprio la detta previsione impedisce di consentire che il coerede possa disporre, non della sua quota di partecipazione alla comunione ereditaria, ma di una quota del singolo bene compreso nella massa destinata ad essere divisa, prima che la divisione venga operata e il bene entri a far parte del suo patrimonio.

6. - In conclusione, deve affermarsi il seguente principio di diritto: "La donazione di un bene altrui, benchè non espressamente vietata, deve ritenersi nulla per difetto di causa, a meno che nell'atto si affermi espressamente che il donante sia consapevole dell'attuale non appartenenza del bene al suo patrimonio. Ne consegue che la donazione, da parte del coerede, della quota di un bene indiviso compreso in una massa ereditaria è nulla, non potendosi, prima della divisione, ritenere che il singolo bene faccia parte del patrimonio del coerede donante".

7. In applicazione di tale principio, il ricorso deve essere quindi rigettato. Non possono essere infatti condivise le deduzioni dei ricorrenti in ordine alla circostanza che l'atto di donazione riguardava non solo una quota ereditaria del bene specificamente oggetto di donazione, ma anche una quota della quale il donante era già titolare per averla acquistata per atto *inter vivos*. Invero, posto che è indiscutibile che l'atto di donazione aveva ad oggetto la quota di un dodicesimo dei beni immobili indicati nell'atto stesso rientrante nella comunione ereditaria, deve ritenersi che non sia possibile operare la prospettata distinzione tra la donazione dei quattro dodicesimi riferibili al donante e del restante dodicesimo, comportando l'esistenza di tale quota la attrazione dei beni menzionati nella disciplina della comunione ereditaria. Ne consegue che la nullità dell'atto di donazione per la parte relativa alla quota ereditaria comporta la nullità dell'intero atto, ai sensi dell'art. 1419 c.c., non risultando che nei precedenti gradi di giudizio sia emersa la volontà del donatario di affermare la validità della donazione per la quota spettante al donante.



D'altra parte, non può non rilevarsi che l'inclusione, anche se solo in parte, degli immobili oggetto di donazione nella comunione ereditaria comportava la astratta possibilità della loro assegnazione, in sede di divisione, a soggetto diverso dal donante; con ciò dimostrandosi ulteriormente la sostanziale inscindibilità della volontà negoziale manifestatasi con l'atto di donazione dichiarato nullo dal Tribunale di Reggio Calabria, con sentenza confermata dalla Corte d'appello.

8. - In conclusione, il ricorso va rigettato.

In considerazione della complessità della questione e dei diversi orientamenti giurisprudenziali, che hanno reso necessario l'intervento delle Sezioni Unite, le spese del giudizio possono essere interamente compensate tra le parti.

P.Q.M.

La Corte, pronunciando a Sezioni Unite, rigetta il ricorso; compensa le spese del giudizio di cassazione.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio delle Sezioni Unite Civili della Corte Suprema di Cassazione, il 10 marzo 2015.

Depositato in Cancelleria il 15 marzo 2016.



TRASCRIZIONE TARDIVA/POSTICIPATA DEL MATRIMONIO EBRAICO

TRIB. MILANO, SEZ. IX CIVILE, DECRETO 22 FEBBRAIO 2016

TRIBUNALE DI MILANO IX SEZIONE CIVILE

Dott. E. Manfredini

- Presidente -

Dott. G. Buffone

- Estensore -

sentenza

[omissis]

rilevato

nel caso di specie, allo stato la domanda può essere accolta: infatti, i ricorrenti hanno prodotto, ai fini della delibazione di cui si è detto:

a) il certificato anagrafico dello stato, da cui risulta il lo stato ancora “libero”;
b) la dichiarazione dei coniugi, firmata personalmente, nel senso di richiedere la trascrizione posticipata così manifestando il consenso attuale all’unione con effetti civili; rilevato che, nato a Milano il, e, nata a Milano il ..., hanno contratto matrimonio in data2014, ai sensi degli articoli 3 e 14 della legge 8 marzo 1989 n. 101 (norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e l’Unione delle Comunità ebraiche italiane) optando per il regime patrimoniale della separazione dei beni; Il Rabbino Capo e Ministero di Culto,, ha predisposto atto all’uopo necessario per trasmettere l’atto di matrimonio all’Ufficiale dello Stato Civile del Comune di Milano, per la trascrizione nei registri civili; trasmissione programmata con atto del .. ottobre 2014; la trasmissione non è, però, poi avvenuta nel termine previsto dalla legge (di 5 giorni) per “indisposizione del Rabbino e l’inizio della festività di Sukkot (delle Capanne)” (v. dichiarazione dello stesso rabbino, del ... settembre 2015); con istanza del .. settembre 2015 (e, cioè, dopo un anno dal matrimonio) i coniugi hanno richiesto la trascrizione tardiva del vincolo coniugale: l’ufficiale dello Stato Civile, con atto del 21 settembre 2015, ha rifiutato la trascrizione dell’atto di matrimonio rilevando il superamento del termine massimo di 5 giorni; con decreto dell’1 dicembre 2015, il Tribunale ha invitato i ricorrenti ad allegare la prova, all’attualità, del consenso al matrimonio e dello stato libero, ritenuto che l’atto di matrimonio non risulta mai trasmesso dal rabbino all’Ufficiale dello Stato Civile, così dovendosi rilevare un effettivo vizio sostanziale nel procedimento amministrativo finalizzato ad ottenere la trascrizione del vincolo coniugale; l’atto di matrimonio stesso, d’altro canto, risulta effettivamente celebrato in data 5 ottobre 2014, nel rispetto delle formalità previste dalla legge regolativa dell’unione e alla presenza di quattro testimoni maggiorenni; ai sensi della legge 101 del 1989, il matrimonio celebrato con rito ebraico è suscettibile di produrre effetti civili nell’ordinamento interno a condizione che sia trascritto nei registri dello Stato Civile e che, in particolare, la trasmissione dell’atto matrimoniale avvenga entro il termine di 5 giorni dalla celebrazione: in tal caso, il procedimento di trascrizione assume un valore di



particolare importanza poiché, come evidenzia la Dottrina, in questo caso la trascrizione ha efficacia costitutiva ex tunc; nel caso in cui la trasmissione dell'atto matrimoniale avvenga decorso il termine di 5 giorni, parte della Dottrina, pertanto, stima non ammissibile la trascrizione cd. tardiva reputando, peraltro, tale istituto non previsto nella legge del 1989 e non estensibile analogicamente guardando a casi simili, tenuto conto del carattere eccezionale della previsione; d'altro canto, altra Dottrina propende per l'ammissibilità della trascrizione successiva alla scadenza del termine, se non altro là dove il superamento del termine stesso dipenda da cause non imputabili agli sposi; sul punto, autorevolmente, taluni hanno evidenziato la cd. "trascrizione tardiva" è un istituto tipico del diritto concordatario (v. art. 8 dell'Accordo del 18.2.1984), e andrebbe più esattamente definita "trascrizione a richiesta degli sposi", dal momento che, in questo caso, la trascrizione tempestiva non è stata impedita da un "vizio" nel normale iter, ma non è stata voluta per espresso intendimento degli sposi, ai quali l'ordinamento in questo caso consente comunque, in prosieguo di tempo, la possibilità di mutare opinione, trascrivendo "tardivamente" - ma anche in questo caso con effetti retroattivi - il matrimonio religioso a suo tempo celebrato; nei sensi sopra ricordati, a parere di questo Tribunale, la trascrizione tardiva non è applicabile nel caso di matrimoni celebrati con riti diversi da quello concordatario, trattandosi di uno jus speciale non esteso alle confessioni religiose diverse dalla cattolica; ciò nondimeno, esclusa l'ipotesi della trascrizione tardiva - nei sensi sopra indicati -, è invece ammissibile quella che la Dottrina definisce "trascrizione con effetti ex tunc", ossia un procedimento che risponde alla mera esigenza di porre riparo a vizi o errori in cui sia incorso l'organo preposto nel procedimento di mera trasmissione: a parere di questo Ufficio, nel silenzio della Legge, certamente esclusa una trascrizione tardiva per mera volontà degli sposi - nei sensi in cui è ammessa - dall'Accordo del 1984 per la confessione cattolica -, è invece ammissibile una trascrizione riparatrice ossia il porre rimedio a un procedimento di registrazione del matrimonio che, per mero fatto ostativo non rimproverabile ai nubendi, non si è validamente perfezionato; ciò a condizione che, al momento della istanza di trascrizione posticipata, sussistano ancora i requisiti per accedere all'unione matrimoniale e, soprattutto, non siano venute meno le condizioni che legittimavano, a suo tempo, il matrimonio (ad es., lo stato libero di entrambi i nubendi); ciò anche a condizione che sia provato come, sin dall'inizio, l'intenzione degli sposi fosse quella di ottenere un matrimonio con effetti civili (e ciò è provato producendo la richiesta di nulla osta all'Ufficiale dello Stato Civile, prima dell'unione, come nel caso di specie); nel caso di trascrizione posticipata, in ogni caso, gli effetti della trascrizione ex tunc non sono suscettibili di recare pregiudizio ai terzi che mantengono gli eventuali diritti acquisiti;

rilevato che

nel caso di specie, allo stato la domanda può essere accolta: infatti, i ricorrenti hanno prodotto, ai fini della deliberazione di cui si è detto:

- a) il certificato anagrafico dello stato, da cui risulta il lo stato ancora "libero";
- b) la dichiarazione dei coniugi, firmata personalmente, nel senso di richiedere la trascrizione posticipata così manifestando il consenso attuale all'unione con effetti civili;

P.Q.M.



Ordina all'ufficiale dello Stato Civile del Comune di Milano di procedere alla trascrizione del matrimonio contratto da

Manda alla Cancelleria per quanto di competenza.

Si comunichi



CATASTO

CASS. CIV. SEZ. I, SENT., 01-02-2016, N. 1869

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE PRIMA CIVILE**

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. CECCHERINI Aldo - Presidente -

Dott. NAPPI Aniello - Consigliere -

Dott. DIDONE Antonio - Consigliere -

Dott. CRISTIANO Magda - Consigliere -

Dott. FERRO Massimo - rel. Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso proposto da:

V.G., rappr. e dif. dall'avv. BARONE ELISA, elett. dom. presso il suo studio in Como, piazza A.Volta n.56, come da procura in calce all'atto;

- ricorrente -

contro

Organismo di composizione della crisi, nominato nella persona del dr. R.M.;

- intimato -

per la cassazione del decreto Trib. Monza 2.4.2014, n. R.G. 6/2013;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del giorno 11 novembre 2015 dal Consigliere relatore Dott. Massimo Ferro;

udito il P.M. in persona del sostituto procuratore generale Dott. SALVATO Luigi, che ha concluso per l'inammissibilità del ricorso e l'enunciazione del principio di diritto sulla nozione del consumatore.

Svolgimento del processo

V.G. impugna il decreto Trib. Monza 2.4.2014 (R.G. n. 6/2013) che, nel rigettare il proprio reclamo avverso il decreto (di non sospensione) emesso il 13.11.2013 dal giudice (monocratico) del sovraindebitamento del medesimo tribunale, confermava la estraneità del ricorrente alla nozione di consumatore di cui all'art. 6 co.2 l. n. 3/2012 in ragione della natura delle obbligazioni contratte (e successivamente all'esaurimento negativo di altro tentativo di composizione della crisi da sovraindebitamento).

Ritenne invero il collegio monzese: a) di dover dare interpretazione restrittiva e letterale alla locuzione "esclusivamente" di cui alla citata norma definitoria (per la quale è consumatore il debitore persona fisica che ha assunto obbligazioni esclusivamente per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta), conseguendone che la persona fisica che abbia contratto obbligazioni composite potrebbe solo accedere alla procedura di accordo di composizione della crisi o a quella di liquidazione rispettivamente di cui all'art. 10, ovvero L. n. 3 del 2012, art. 14 ter; b) di escludere che il piano del consumatore, per il richiamo dell'art. 12 bis, all'art. 7, comma 1, terzo periodo L. cit., potesse riferirsi ad oneri tributari in genere, piuttosto afferendo a quelli non derivanti da



attività professionale (invece svolta dal ricorrente in regime di partita IVA); e) che l'obbligatorietà del piano per tutti i creditori, a prescindere dalla loro approvazione, impone al tribunale un controllo severo sull'assenza di colpa nella causazione del sovraindebitamento e sulla fattibilità del piano. La conseguente reiezione della domanda doveva perciò essere confermata poichè V. non era nelle condizioni soggettive di accesso al piano del consumatore (avendo poste debitorie per IVA e tributi da attività professionale), il suo piano era svantaggioso per i creditori (rispetto alla liquidazione del patrimonio, di cui non intendeva privarsi quanto all'unico bene di valore), la relativa durata era eccessiva (15 anni).

Il ricorso è affidato a due motivi ed è stato notificato all'Organismo di composizione della crisi, nella persona del professionista designato giudizialmente.

Motivi della decisione

Con il primo motivo il ricorrente, invocando rimpianto generale della L. n. 3 del 2012, e la sua complessiva violazione, assumeva la qualità di consumatore a pieno titolo, così contestando le qualificazioni negative rispetto alle condizioni soggettive e ai debiti tributati fatte proprie dal tribunale.

Con il secondo motivo il ricorrente deduce la violazione della medesima L. n. 3 del 2012, all'art. 7, quanto alla dilazione dell'IVA, trascurata nel decreto impugnato, potendo invece il proponente, con il piano del consumatore, affrontare compositivamente anche tali debiti.

1. Il ricorso, considerati unitariamente i motivi, è inammissibile, posto che con esso - al di là della genericità delle contestazioni, ove si contrasta la contrarietà all'intera L. n. 3 del 2012, del provvedimento impugnato e a prescindere dal riscontro di una evocazione al giudizio impropria quanto ai legittimati passivi, riduttivamente circoscritti nella vicenda al solo Organismo di composizione della crisi - viene sottoposta a censura una pronuncia connotata dall'assenza di carattere decisorio e contestualmente definitivo del provvedimento di rigetto dell'ammissibilità del piano, che non pregiudica in tesi la stessa possibilità di presentare un altro e diverso piano (del consumatore), pur se con gli eventuali limiti temporali - posti dal legislatore a fronteggiare un uso ripetuto ed indiscriminato dell'istituto - di cui all'art. 7, comma 2, lett. b), peraltro dettato a carico del debitore che "vi abbia fatto ricorso", dunque fruendo degli effetti pieni dell'istituto stesso nel quinquennio anteriore. Il provvedimento denegativo, a questa stregua, non esprime allora tratti rilevantemente diversi, riguardato sotto il profilo della ricorribilità per cassazione, dai corrispondenti provvedimenti negativi (o di rigetto allo stato degli atti) assunti nella procedura prefallimentare (Cass. 6683/2015), in quanto anch'esso esplicita una specifica inidoneità a tradursi, per via giudiziale, nella validazione del singolo progetto ristrutturativo del passivo quale proposto in un dato ricorso e dunque riflette una situazione economico-finanziaria potenzialmente mutevole, nè è assimilabile, come sbrigativamente ipotizzato dalla parte, al diniego dell'esdebitazione fallimentare di cui alla L. Fall., art. 143, soggetta ad altri presupposti, delimitazioni e finalità.

2. Ritiene poi il Collegio che la questione decisa, nonostante l'esito di inammissibilità del ricorso, giustifichi, per la sua particolare importanza e sia pur con riguardo al solo punto del requisito tipologico necessario in capo al proponente, l'enunciazione ai sensi dell'art. 363 c.p.c., comma 3, del principio di diritto circa la nozione di consumatore, quale rilevante al fine dell'accesso ai benefici di cui alla L. n. 3 del 2012. Proprio con tale disciplina, il nostro ordinamento ha infatti riunito la composizione delle situazioni d'insolvenza attorno ad



un criterio d'ispirazione concorsuale e, per quanto in contesti organizzativi frammentati soggettivamente e dunque in una pluralità di procedure, mediante una diversa connotazione relazionale con la giurisdizione lato sensu esecutiva. Nella versione più basilica di tale allestimento procedurale dei debiti, la nozione di consumatore - tra le altre, invece e per lo più definite in negativo, per la sottrazione alla concorsualità comune - quale posta nel nuovo art. 6, comma 2, lett. b), risulta pacificamente più specifica di quella di cui all'art. 3, comma 1, lett. d) del Codice del consumo (D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206), dato che essa esige che i debiti della "persona fisica" derivino "esclusivamente" (e non più prevalentemente, come nel D.L. n. 212 del 2011, art. 1, comma 2, lett. b, per il quale rilevava il sovraindebitamento dovuto prevalentemente all'inadempimento di obbligazione contratte dal consumatore, come definito dal codice del consumo) da atti compiuti "per scopi estranei all'attività imprenditoriale e professionale eventualmente svolta". Si tratta di una definizione che fa leva su elementi dinamici e in apparenza di tipo soggettivo complesso, poichè essa - pur dovendosi adattare al riferimento positivo alla persona fisica, e dunque escludendo persone giuridiche ed enti, comunque strutturati - non censisce in realtà solo l'organizzazione del debitore (secondo il quesito di chi sia o sia stato consumatore), o comunque non lo fa in modo assoluto, ma si da carico di inquadrarla in termini innanzitutto utili alla procedura in esame (e ai suoi scopi), in ragione di una peculiare scelta pratica di meritevolezza della composizione finale, nello schema del concorso, della massa passiva. Le obbligazioni assunte esclusivamente per scopi estranei all'attività d'impresa o professionale, a propria volta, costituiscono un limite relativo: pur prestandosi l'impianto ad una lettura non univoca, ai fini della L. n. 3 del 2012, consumatore potrebbe infatti in astratto anche essere un imprenditore (che rientri, per ragioni di coerenza rispetto al collegamento tipologico in negativo rispetto ai requisiti del R.D. n. 267 del 1942, e di quelli speciali dedicati all'imprenditore commerciale, all'interno delle soglie dimensionali del sistema concorsuale minore in oggetto e per le regole temporali di accesso ivi previste) ovvero un professionista (non importa se ordinistico o meno), come si ricava dalla previsione di eventualità dell'esercizio di simile attività tratteggiata nel cit. art. 6. Va però stabilito se siffatta circostanza appartenga unicamente ad un profilo di più intensa, ma pregressa, soggettività economica oppure possa essere sospinta sino a ricomprendere altresì il professionista o l'imprenditore, sia pur senza più debiti originati da quell'attività e con debiti invece solo "comuni" da ristrutturare, secondo la legge speciale, dunque questa volta nella veste esclusiva di consumatore indebitato.

3. La constatazione circa l'attualità della figura del potenziale ricorrente (in base alla seconda tesi, anche consumatore-imprenditore o consumatore-professionista) già potrebbe discendere dal passaggio di testo del cit. art. 6, comma 2, lett. b), ove si fa riferimento al debitore persona fisica e sono menzionati espressamente i debiti nascenti da attività d'impresa o da professione, apparendo sufficiente che essi non sussistano più. A propria volta l'art. 7, comma 1, terzo periodo, per il quale "in ogni caso, con riguardo ai tributi costituenti risorse proprie dell'Unione Europea, all'imposta sul valore aggiunto ed alle ritenute operate e non versate, il piano può prevedere esclusivamente la dilazione del pagamento", è clausola specificamente richiamata dall'art. 12 bis, comma 3, ove si prevede, tra le altre condizioni, l'omologa del piano del consumatore se il giudice vi ravvisa "l'idoneità dello stesso ad assicurare il pagamento dei crediti impignorabili, nonchè dei crediti di cui all'art. 7, comma 1, terzo periodo". Tali ultimi crediti, almeno in parte,



esprimono una diretta riferibilità socio-economica proprio alle attività d'impresa o professionali, venendo ad interrogare allora l'interprete o per una sollecitazione a ravvisare l'intero richiamo alla stregua di un refuso (poichè in evidente contraddizione con la portata tipologica di esclusione di debiti da impresa o professione con cui la stessa definizione di consumatore è introdotta nel predetto art. 6 cit.) o per una diversa premessa di senso che possa refluire, pur se alla stregua di circostanza speciale, in un giudizio compatibile con l'accesso al piano del consumatore anche da parte di soggetti che si trascinino siffatti debiti, contratti in una qualità - poi dismessa o almeno non produttiva di debiti così caratteristici - di imprenditori o professionisti. Una prima possibile risposta, ad avviso del Collegio, risiede nella osservazione per cui proprio l'art. 6, comma 2, lett. b), implica che anche i debiti d'impresa o relativi allo svolgimento delle professioni bene potrebbero essere stati assunti, ai fini qui considerati, ciò che rileva non essendo tanto la loro contrazione (od oggettiva insorgenza) quale fatto storico in sè, occorrendo piuttosto che essi non siano sopravvissuti al momento della prospettazione della predetta qualità personale in funzione ristrutturativa del passivo ai sensi della L. n. 3 del 2012, cioè con la proposta di piano. Ulteriori e più solidi indici normativi, tuttavia, rinviano (pur non risolvendo ogni ricaduta procedurale e di coordinamento fra i diversi modelli compositivi dell'insolvenza) ad un giudizio di compossibilità letterale della figura del consumatore con quella dell'imprenditore o professionista: a) tra i presupposti di ammissibilità, l'art. 7, comma 2, vieta l'accesso alle procedure (accordo, comma 1 o piano del consumatore, comma 1 bis) "quando il debitore, anche consumatore: a) e soggetto a procedure concorsuali diverse da quelle regolate dal presente capo", implicitamente supponendo uno scrutinio possibile solo fra imprenditori commerciali sotto o sopra la soglia di cui alla L. Fall., art. 1; b) l'art. 8, comma 3 bis, ha riguardo (in una disposizione intitolata al contenuto dell'accordo o del piano del consumatore) ad una proposta di accordo o di piano che può essere "presentata da parte di chi svolge attività d'impresa"; c) l'art. 9, ancora sotto il medesimo p.1 dettato in tema di Disposizioni generali e nella Sezione prima delle Procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento, in tema di "deposito della proposta" si riferisce, al comma 3, al "debitore che svolge attività d'impresa", imponendogli l'onere di depositare le scritture contabili degli ultimi tre esercizi, con copia conforme all'originale; d) l'art. 14 quinquies, comma 2 lett. c) stabilisce l'annotazione nel registro delle imprese della apertura della liquidazione, vicenda che può derivare anche da una conversione evolutiva o per eventi anomali del piano del consumatore, ex art. 14 quater; e) tra le sanzioni, ai sensi dell'art. 16, comma 1, lett. b), è prevista la punizione del debitore che, al fine di ottenere l'accesso alle procedure di cui alle sezioni prima e seconda (dunque anche del piano del consumatore), sottrae, occulta o distrugge, anche in parte, la "propria documentazione contabile".

4. Ritiene questa Corte che la prescritta destinazione dei debiti a scopi estranei rispetto all'attività d'impresa o di professione, precisata in negativo (e solo "eventualmente svolta", cioè con riguardo al passato), permetta allora di rinvenirne la compatibilità innanzitutto con il consumatore sovraindebitato che non sia o non sia mai stato nè imprenditore nè professionista, con chi lo sia stato e però non lo sia tuttora ovvero con chi lo sia tuttora - nell'accezione dimensionale interna ai requisiti di accesso più generali di cui alla L. n. 3 del 2012 - ma non annoveri più tra i debiti attuali quelli un tempo contratti in funzione di sostentamento ad una di quelle attività. La dizione in esame, invero, enfatizza la finalizzazione delle obbligazioni e tuttavia, nonostante la sintesi della formula, consente di



istituire un ulteriore collegamento implicito ancora negativo tra il debito e lo svolgimento in proprio delle predette attività, lasciando unicamente aperta la ricognizione della figura del consumatore, dunque la sua compatibilità rispetto al soggetto, anche professionista o imprenditore, indebitato ma per attività altrui, per le quali ovviamente, secondo un apprezzamento di merito, sia escluso un qualsivoglia rimando al perseguimento di operazioni che rivelino, oltre lo schema di sostegno solidaristico a terzi, un impiego del rischio così assunto in una dimensione partecipativa, per il comune interesse d'impresa o anche all'attività professionale.

5. Quanto poi al valore del richiamo all'art. 7, comma 1, terzo periodo, la sua previsione tra i presupposti di ammissibilità dell'accordo di ristrutturazione dei debiti mediante un piano che, ai sensi della norma, contempli al più una dilazione del pagamento, esprime un dato di criticità se assunta in blocco anche ove il progetto ristrutturativo non sia del debitore comune sovraindebitato bensì del consumatore, secondo l'accezione più restrittiva ed invece rinviene una sua maggiore coerenza, laddove si postuli la figura in esame compatibile con quella di chi svolge o abbia svolto attività d'impresa o di professione: posto che la formula adottata dall'art. 12 bis, comma 3, prescrive che il giudice, in funzione omologatoria, comunque proceda "verificata la fattibilità del piano e l'idoneità dello stesso ad assicurare il pagamento dei crediti impignorabili, nonché dei crediti di cui all'art. 7, comma 1, terzo periodo", il riferimento al predetto art. 7, potrebbe peraltro essere inteso - in un'ottica selettiva della specialità del trattamento dei debiti consumeristici - non al pagamento dei crediti pubblicistici descritti e però anche secondo le modalità ivi imposte (la dilazione), bensì come mero obbligo di pagamento proprio di quei crediti, senza altre peculiarità solutorie, pertanto conferendo valenza assoluta all'adempimento integrale, anche per i richiami ripetuti all'art. 12 ter, comma 4, (risoluzione) e art. 13, comma 3 (esecuzione). Se infatti si ammette che il consumatore, inteso come il soggetto indebitato che si proponga di ristrutturare debiti di consumo, può accedere al piano nonostante i debiti attuali quali l'IVA, le ritenute, i tributi risorse UE, la circostanza presupposta della possibile attuale e perdurante titolarità in capo al soggetto proponente altresì della veste di imprenditore o professionista, genera il dubbio della scarsa tenuta del quadro personalistico emergente dalla riforma del D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, art. 18, comma 1, lett. n), (convertito nella L. 17 dicembre 2012, n. 221), secondo una questione di coerenza della portata precettiva della definizione di consumatore introdotta all'art. 6, comma 2, lett. b).

Essa risulterebbe però conciliabile se si giustappone da un lato la preclusione ad ammettere nella figura soggetti con obbligazioni contratte per scopi non estranei all'attività d'impresa o di professione, che siano però tuttora svolte e dall'altro l'apertura eccezionale a "debiti economici" di natura pubblicistica - come quelli appena citati - da dedurre obbligatoriamente nel piano con trattamento adempitivo non temperato da alcuna dilazione. Si darebbe così l'ipotesi di un soggetto in generale senza debiti d'impresa o da professione, attualmente esercente tali attività economiche in senso lato e con debiti pubblicistici massimamente qualificati ma non dilazionabili nel progetto unilaterale nel quale consiste il piano del consumatore, ove si da un concorso virtuale tra creditori di impresa o professione (che non dovrebbero vantare pretese esigibili o comunque dedotte nel piano, ad esso perciò estranei), creditori da obbligazioni esterne all'impresa o alla professione, oggetto di risanamento e dunque destinatari del sacrificio, accanto infine ai creditori pubblici predetti, soggetti a dilazione negli altri modelli di composizione della crisi



ma qui con diritto al pagamento nominale per intero. Lo scenario, va riconosciuto, poggia sulla persistenza dell'opzione, non solo ideologica, per cui la figura del consumatore, che nella legge in esame (a differenza per lo più che nelle situazioni di cui al Codice del consumo) in realtà non si attaglia al singolo rapporto di conflitto (per l'art. 3, comma 1, lett. a) Codice del consumo è consumatore o utente... la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta) bensì alla generalità delle relazioni di debito, debba coesistere anche in capo a chi sia imprenditore o professionista attuale, in una logica di generale favor verso la più adatta composizione della crisi da sovraindebitamento. Un effetto particolare è allora costituito dall'ipotesi di un piano del consumatore allestito da simile soggetto economico che però, lasciando sullo sfondo i rapporti d'impresa o pendenti con i terzi e quale professionista (che per definizione non dovrebbero essere sfociati, salva l'eccezione menzionata, in obbligazioni da adempiere), impieghi i suoi beni e i suoi redditi per ristrutturare il resto dei suoi debiti: l'obiezione per cui si determinerebbe così un mutamento sostanziale delle garanzie generiche offerte dal proprio patrimonio, in concreto utilizzato per la ridefinizione di una massa passiva che, assente da ogni ricognizione segregata o autonoma pregressa (perché in capo alla persona fisica nessuna distinzione in tal senso sarebbe configurabile, ogni bene apparendo destinato naturalmente a soddisfare debiti d'impresa o di professione alla pari dei debiti di consumo), verrebbe separata nella opportunità liquidatoria o comunque nella vocazione satisfattiva a vantaggio solo dei debiti c.d. comuni, può essere superata rinviando alle opportunità contestative, sul profilo della convenienza, rimesse a qualunque interessato (dunque anche ai creditori d'impresa o da professione, non coinvolti nel piano) e, prima ancora, ai controlli giudiziali sulle cause del sovraindebitamento e la serietà dei propositi compositivi ex art. 12 bis, rispettivamente commi 4 e 3.

6. La tesi alternativa e più restrittiva, qui non condivisa e che muove dall'opposta opzione volta ad affermare - pur sulla base di un'indubbia farraginosità della L. n. 3 del 2012, ad iniziare dalla sua vicenda d'origine ma eccessivamente costruita sull'esplicitività del refuso o ridondanza di richiamo come chiavi di lettura - una riduttiva portata accidentale del richiamo all'art. 7, comma 1, terzo periodo (da parte dell'art. 12 bis, comma 3) e un intento precettivo assoluto dell'art. 6, comma 2, lett. b) (sulla coesistenza di debiti non comuni in capo al consumatore), circoscrive la figura del consumatore a chi intenda ristrutturare debiti persistenti che non sono sorti da attività d'impresa o professione, nemmeno in parte, ne ammette la compatibilità con chi abbia svolto in passato tali attività, ma vieta il medesimo esercizio odierno, senza tuttavia una base normativa che dia conto dei plurimi richiami all'imprenditore o al professionista come sopra riportati dal testo della legge n. 3.

7. Osserva il Collegio che la legge in effetti non fa parola di una matrice omogenea assoluta dell'insolvenza, almeno nel senso che la locuzione che qui interessa non si richiama alla sua produzione, cioè alle relative cause economiche, altri essendo i requisiti scrutinabili a questo fine, come soprattutto all'art. 12 bis, comma 3, se il giudice "esclude che il consumatore ha assunto obbligazioni senza la ragionevole prospettiva di poterle adempiere ovvero che ha colposamente determinato il sovraindebitamento, anche per mezzo di un ricorso al credito non proporzionato alle proprie capacità patrimoniali". Il richiamo è piuttosto alla qualità dei debiti da ristrutturare che la connotano, in sé considerati e nella loro composizione finale. Ma proprio per questo il piano del consumatore si offre come modello ulteriore di composizione della crisi della persona fisica, escludendosi che vi possano essere dedotti



debiti d'impresa o contratti per la professione, salva l'eccezione pubblicistica predetta. In questa ottica l'accesso a tale procedura individua una delle facoltà riservate al sovraindebitato, ove l'accordo con i creditori è sostituito da un atto unilaterale del debitore alla stregua di proposta di ristrutturazione dei debiti e di soddisfacimento dei crediti rivolta al tribunale, al quale compete poi approvarla attraverso l'omologazione. Ciò permette di precisare, per il valore programmatico che anche in questa sede può assumere la specificazione, che non vi sono margini per non escludere dall'accesso a tale procedura (ed in generale allo statuto concorsuale che vi si richiami tipologicamente) tutti quei soggetti che abbiano assunto obbligazioni composite e che vogliano in tal modo, cioè come consumatori, ristrutturarle. Salvo il ricorso (anche) per essi alla diversa procedura di composizione della crisi ex art. 10 ovvero di liquidazione L. n. 3 del 2012, ex art. 14 ter, l'abbandono espresso del criterio della prevalenza delle obbligazioni estranee rivela, nella ricognizione del consumatore ai fini qui intesi, un intento restrittivo che giustifica e contrappesa la selezione di meritevolezza della evidente semplificazione dell'omologazione procedimentale: potendo prescindere dall'approvazione dei creditori per la via del voto o comunque della conta dei consensi, essa impone nel suo presupposto personalistico una tracciabilità altresì delle cause dell'insolvenza non risalenti ad attività economica organizzata (d'impresa o non, e pur tuttora praticabile) che ne permetta, al pari dello scenario scevro da determinazione colposa di siffatto sovraindebitamento (art. 12 bis, comma 3), un sicuro ancoramento tipologico alla figura del debitore compromesso in atti di rischio non speculativo o comunque proprio dell'intermediazione organizzativa, secondo un profilo appunto conformato ad una dimensione di non eccedenza del diverso e minore rischio contratto essenzialmente nel modello operativo del consumo. La natura dei debiti residui, collegandosi alla fonte degli stessi, diviene pertanto nella L. n. 3 del 2012, al contempo la giustificazione dell'accesso al beneficio e il suo perimetro operativo, conseguendone che anche i creditori del consumatore sono nella condizione di non poter esprimere, salvi i controlli sopra visti, aspettative di regolazione concorsuale con un più tipizzato (e garantistico) coinvolgimento procedurale, qui non obbligatorio, com'è invece previsto negli altri rimedi a disposizione del sovraindebitato.

Ritiene conclusivamente il Collegio, esprimendo il principio di diritto ai sensi dell'art. 363 c.p.c., comma 3, che, ai sensi della L. 27 gennaio 2012, n. 3, la nozione di consumatore per essa abilitato al piano, come modalità di ristrutturazione del passivo e per le altre prerogative ivi previste, non abbia riguardo in sé e per sé ad una persona priva, dal lato attivo, di relazioni d'impresa o professionali, invero compatibili se pregresse ovvero attuali, purché non abbiano dato vita ad obbligazioni residue, potendo il soggetto anche svolgere l'attività di professionista o imprenditore, invero solo esigendo l'art. 6, comma 2, lett. b), una specifica qualità della sua insolvenza finale, in essa cioè non potendo comparire obbligazioni assunte per gli scopi di cui alle predette attività ovvero comunque esse non dovendo più risultare attuali, essendo consumatore solo il debitore che, persona fisica, risulti aver contratto obbligazioni - non soddisfatte al momento della proposta di piano - per far fronte ad esigenze personali o familiari o della più ampia sfera attinente agli impegni derivanti dall'estrinsecazione della propria personalità sociale, dunque anche a favore di terzi, ma senza riflessi diretti in un'attività d'impresa o professionale propria, salvo gli eventuali debiti di cui all'art. 7, comma 1, terzo periodo (tributi costituenti risorse proprie dell'Unione Europea, imposta sul valore aggiunto e ritenute operate e non versate) che



sono da pagare in quanto tali, sulla base della verifica di effettività solutoria commessa al giudice nella sede di cui alla L. n. 3 del 2012, art. 12 bis, comma 3.

P.Q.M.

La Corte dichiara inammissibile il ricorso ed enuncia il principio di diritto come da parte motiva ai sensi dell'art. 363 c.p.c., comma 3;

ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater, da atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte del ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso principale, a norma dello stesso art. 13, comma 1 bis.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio, il 11 novembre 2015.

Depositato in Cancelleria il 1 febbraio 2016



CORTE DI GIUSTIZIA
SENTENZA DELLA CORTE (PRIMA SEZIONE)
4 FEBBRAIO 2016

«Libera prestazione dei servizi – Articolo 56 TFUE – Giochi d'azzardo – Monopolio pubblico in materia di scommesse sulle competizioni sportive – Previa autorizzazione amministrativa – Esclusione degli operatori privati – Raccolta di scommesse per conto di un operatore stabilito in un altro Stato membro – Sanzioni penali – Disposizione nazionale contraria al diritto dell'Unione – Disapplicazione – Transizione verso un regime che prevede il rilascio di un numero limitato di concessioni ad operatori privati – Principi di trasparenza e di imparzialità – Direttiva 98/34/CE – Articolo 8 – Regole tecniche – Regole relative ai servizi – Obbligo di notifica»

Nella causa C 336/14,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dall'Amtsgericht Sonthofen (Pretura circondariale di Sonthofen, Germania), con decisione del 7 maggio 2013, pervenuta in cancelleria l'11 luglio 2014, nel procedimento penale a carico di

Sebat Ince,

LA CORTE (Prima Sezione),

composta da A. Tizzano, vicepresidente della Corte, facente funzione di presidente della Prima Sezione, A. Borg Barthet, E. Levits, M. Berger e S. Rodin (relatore), giudici, avvocato generale: M. Szpunar

cancelliere: M. Aleksejev, amministratore

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all'udienza del 10 giugno 2015,

considerate le osservazioni presentate:

- per S. Ince, da M. Arendts, R. Karpenstein e R. Reichert, Rechtsanwälte;
- per il governo tedesco, da T. Henze e J. Möller, in qualità di agenti;
- per il governo belga, da P. Vlaemminck, B. Van Vooren e R. Verbeke, advocaten, e da M. Jacobs, L. Van den Broeck e J. Van Holm, in qualità di agenti;
- per il governo ellenico, da E. M. Mamouna e M. Tassopoulou, in qualità di agenti;
- per la Commissione europea, da G. Braun e H. Tserepa-Lacombe, in qualità di agenti,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 22 ottobre 2015, ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'articolo 56 TFUE e dell'articolo 8 della direttiva 98/34/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 giugno 1998, che prevede una procedura d'informazione nel settore delle norme e delle regolamentazioni tecniche e delle regole relative ai servizi della società dell'informazione (GU L 204, pag. 37), come modificata dalla direttiva 98/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 luglio 1998 (GU L 217, pag. 18; in prosieguo: la «direttiva 98/34»).

2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di due procedimenti penali riuniti



instaurati nei confronti della sig.ra Ince, alla quale si contesta di aver effettuato, senza un'autorizzazione rilasciata dall'autorità competente, attività di intermediazione di scommesse sportive nel territorio del Land della Baviera.

Contesto normativo

Diritto dell'Unione

3 I considerando da 5 a 7 della direttiva 98/34 sono così formulati:

«(5) considerando che è indispensabile che la Commissione disponga, prima dell'adozione delle disposizioni tecniche, delle necessarie informazioni; che gli Stati membri, che in forza dell'articolo 5 del trattato debbono agevolare lo svolgimento dei suoi compiti, devono pertanto notificarle i loro progetti nel settore delle regolamentazioni tecniche;

(6) considerando che tutti gli Stati membri debbono essere altresì informati delle regolamentazioni tecniche progettate da uno di essi;

(7) considerando che il mercato interno ha lo scopo di assicurare un contesto favorevole alla competitività delle imprese; che un migliore sfruttamento da parte delle imprese dei vantaggi inerenti a detto mercato esige, in particolare, una maggiore informazione; che, di conseguenza, occorre prevedere la possibilità per gli operatori economici di far conoscere la loro valutazione sull'incidenza delle regolamentazioni tecniche nazionali progettate dagli altri Stati membri mediante la regolare pubblicazione dei titoli dei progetti notificati e mediante le disposizioni relative alla riservatezza di detti progetti».

4 L'articolo 1 di detta direttiva stabilisce quanto segue:

«Ai sensi della presente direttiva si intende per:

1) “prodotto”: i prodotti di fabbricazione industriale e i prodotti agricoli, compresi i prodotti della pesca;

2) “servizio”: qualsiasi servizio della società dell'informazione, vale a dire qualsiasi servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario di servizi.

(...)

3) “specificazione tecnica”: una specificazione che figura in un documento che definisce le caratteristiche richieste di un prodotto, quali i livelli di qualità o di proprietà di utilizzazione, la sicurezza, le dimensioni, comprese le prescrizioni applicabili al prodotto per quanto riguarda la denominazione di vendita, la terminologia, i simboli, le prove ed i metodi di prova, l'imballaggio, la marcatura e l'etichettatura, nonché le procedure di valutazione della conformità.

(...)

4) “altro requisito”: un requisito diverso da una specificazione tecnica, prescritto per un prodotto per motivi di tutela, in particolare dei consumatori o dell'ambiente, e concernente il suo ciclo di vita dopo la commercializzazione, quali le sue condizioni di utilizzazione, di riciclaggio, di reimpiego o di eliminazione qualora tali condizioni possano influenzare in modo significativo la composizione o la natura del prodotto o la sua commercializzazione;

5) “regola relativa ai servizi”: un requisito di natura generale relativo all'accesso alle attività di servizi di cui al punto 2 e al loro esercizio, in particolare le disposizioni relative al prestatore di servizi, ai servizi e al destinatario di servizi, ad esclusione delle regole che non riguardino specificamente i servizi ivi definiti.

(...)



11) “regola tecnica”: una specificazione tecnica o altro requisito o una regola relativa ai servizi, comprese le disposizioni amministrative che ad esse si applicano, la cui osservanza è obbligatoria, de jure o de facto, per la commercializzazione, la prestazione di servizi, lo stabilimento di un fornitore di servizi o l'utilizzo degli stessi in uno Stato membro o in una parte importante di esso, nonché, fatte salve quelle di cui all'articolo 10, le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che vietano la fabbricazione, l'importazione, la commercializzazione o l'utilizzo di un prodotto oppure la prestazione o l'utilizzo di un servizio o lo stabilimento come fornitore di servizi.

(...).».

5 L'articolo 8, paragrafo 1, della citata direttiva dispone quanto segue:

«Fatto salvo l'articolo 10, gli Stati membri comunicano immediatamente alla Commissione ogni progetto di regola tecnica, salvo che si tratti del semplice recepimento integrale di una norma internazionale [o] europea, nel qual caso è sufficiente una semplice informazione sulla norma stessa. Essi le comunicano brevemente anche i motivi che rendono necessario adottare tale regola tecnica a meno che non risultino già dal progetto.

All'occorrenza, e a meno che non sia già stato trasmesso in relazione con una comunicazione precedente, gli Stati membri comunicano contemporaneamente il testo delle disposizioni legislative e regolamentari fondamentali, essenzialmente e direttamente in questione, qualora la conoscenza di detto testo sia necessaria per valutare la portata del progetto di regola tecnica.

Gli Stati membri procedono ad una nuova comunicazione secondo le modalità summenzionate qualora essi apportino al progetto di regola tecnica modifiche importanti che ne alterino il campo di applicazione, ne abbrevino il calendario di applicazione inizialmente previsto, aggiungano o rendano più rigorosi le specificazioni o i requisiti.

(...).».

Diritto tedesco

Diritto federale

6 L'articolo 284 del codice penale (Strafgesetzbuch) enuncia quanto segue:

«(1) Chiunque, senza autorizzazione amministrativa, organizza o tiene pubblicamente un gioco d'azzardo o mette a disposizione le strutture necessarie a tale scopo è punito con la reclusione fino a due anni o con una multa.

(...)

(3) Chiunque agisca nelle ipotesi di cui al paragrafo 1

1. in forma professionalmente organizzata o

2. quale membro di una banda organizzata per commettere tali atti in modo continuativo,

è punito con la reclusione da tre mesi a cinque anni.

(...).».

Il Trattato sui giochi d'azzardo

7 Mediante il Trattato tra i Länder relativo alle lotterie in Germania (Staatsvertrag zum Lotteriewesen in Deutschland; in prosieguo: il «Trattato sulle lotterie»), entrato in vigore il 1° luglio 2004, i Länder hanno istituito un quadro normativo uniforme per l'organizzazione, l'esercizio e l'intermediazione, in forma commerciale, dei giochi d'azzardo, ad eccezione dei casinò.

8 In una sentenza del 28 marzo 2006, il Bundesverfassungsgericht (Corte



costituzionale federale) ha statuito, in merito alla normativa intesa ad assicurare la trasposizione del Trattato sulle lotterie nel Land della Baviera, che il monopolio pubblico in materia di scommesse sulle competizioni sportive esistente in tale Land violava l'articolo 12, paragrafo 1, della Legge fondamentale (Grundgesetz), il quale garantisce la libertà di esercizio delle attività economiche. Detto giudice ha in particolare affermato che il monopolio in questione arrecava un pregiudizio sproporzionato a tale libertà riconosciuta, in quanto esso escludeva l'attività di organizzazione di scommesse private senza però essere accompagnato da un quadro normativo idoneo a garantire, sotto il profilo strutturale e sostanziale, in fatto e in diritto, che gli obiettivi della riduzione della passione per il gioco e della lotta contro la dipendenza da quest'ultimo fossero effettivamente perseguiti.

9 Il Trattato tra i Länder sui giochi d'azzardo (Staatsvertrag zum Glücksspielwesen; in prosieguo: il «Trattato sui giochi d'azzardo»), entrato in vigore il 1° gennaio 2008, ha istituito un nuovo quadro normativo uniforme per l'organizzazione, l'esercizio e l'intermediazione dei giochi d'azzardo, inteso a soddisfare le condizioni enunciate dal Bundesverfassungsgericht (Corte costituzionale federale) nella citata sentenza del 28 marzo 2006. Il Trattato sui giochi d'azzardo era stato notificato alla Commissione allo stato di progetto ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 1, della direttiva 98/34.

10 A mente dell'articolo 1 del Trattato sui giochi d'azzardo, gli obiettivi di quest'ultimo erano i seguenti:

- «1. prevenire la dipendenza dai giochi d'azzardo e dalle scommesse e creare le condizioni per lottare efficacemente contro di essa,
2. limitare l'offerta di giochi d'azzardo e canalizzare in maniera organizzata e controllata il desiderio di gioco della popolazione, prevenendo segnatamente una deriva verso giochi d'azzardo non autorizzati,
3. garantire la tutela dei minori e dei giocatori,
4. assicurare il corretto svolgimento dei giochi d'azzardo e la tutela dei giocatori contro le operazioni fraudolente e contrastare la criminalità che accompagna o consegue ai giochi d'azzardo».

11 L'articolo 4 di detto Trattato così disponeva:

«(1) L'organizzazione o l'intermediazione dei giochi d'azzardo pubblici è consentita soltanto previa autorizzazione dell'autorità competente del Land interessato. In assenza di tale autorizzazione, l'organizzazione e l'intermediazione di giochi siffatti sono vietate (gioco d'azzardo illecito).

(2) L'autorizzazione deve essere negata ove l'organizzazione o l'intermediazione del gioco d'azzardo in questione sia contraria agli obiettivi di cui all'articolo 1. Non può essere rilasciata alcuna autorizzazione per l'intermediazione di giochi d'azzardo aventi carattere illecito ai sensi del presente Trattato tra Länder. Non sussiste alcun diritto soggettivo al rilascio dell'autorizzazione di cui sopra.

(...)

(4) L'organizzazione e l'intermediazione di giochi d'azzardo pubblici su Internet sono vietate».

12 L'articolo 5, paragrafo 3, del suddetto Trattato così recitava:

«È vietata la pubblicità di giochi d'azzardo pubblici effettuata in televisione (...), su Internet e per il tramite di strumenti di telecomunicazione».

13 L'articolo 10 del medesimo Trattato era così formulato:



«(1) Per il raggiungimento degli obiettivi enunciati all'articolo 1, i Länder hanno l'obbligo, in via di tutela dell'ordine collettivo, di garantire un'offerta sufficiente di giochi d'azzardo. Essi sono a tal fine coadiuvati da un comitato tecnico composto di esperti specializzati nella lotta contro la dipendenza dai giochi d'azzardo.

(2) Sul fondamento di norme di legge, i Länder possono adempiere all'obbligo suddetto in prima persona, oppure tramite persone giuridiche di diritto pubblico, od anche attraverso società di diritto privato in cui persone giuridiche di diritto pubblico detengano direttamente o indirettamente una partecipazione determinante.

(...)

(5) Ai soggetti diversi da quelli indicati al paragrafo 2 può essere consentita soltanto l'organizzazione di lotterie e giochi in conformità delle disposizioni della Sezione Terza del presente trattato».

14 L'articolo 21, paragrafo 2, del Trattato sui giochi d'azzardo vietava, in particolare, che l'organizzazione e l'intermediazione di scommesse sportive o la pubblicità di tali scommesse fossero associate alla trasmissione di eventi sportivi ad opera di servizi di radiodiffusione e di media televisivi.

15 L'articolo 25, paragrafo 6, di detto Trattato enunciava le condizioni alle quali i Länder erano autorizzati, in deroga all'articolo 4, paragrafo 4, del medesimo trattato, a consentire l'organizzazione e l'intermediazione di lotterie su Internet.

16 L'articolo 28, paragrafo 1, di questo medesimo Trattato prevedeva la possibilità per i Länder di prorogare quest'ultimo alla sua scadenza, fissata per il 31 dicembre 2011. I Länder non si sono avvalsi di tale facoltà. Tuttavia, essi hanno tutti adottato, fatta eccezione per il Land dello Schleswig-Holstein, disposizioni che prevedevano che, alla scadenza del Trattato sui giochi d'azzardo, le norme di quest'ultimo avrebbero continuato ad applicarsi come normativa del Land fino all'entrata in vigore di un nuovo Trattato tra i Länder. In Baviera, la disposizione a ciò intesa era contenuta nell'articolo 10, paragrafo 2, della legge bavarese di esecuzione del Trattato sui giochi d'azzardo (Bayerisches Gesetz zur Ausführung des Staatsvertrages zum Glücksspielwesen in Deutschland), del 20 dicembre 2007 (GVBl pag. 922, BayRS 2187-3-I; in prosieguo: la «legge di esecuzione del Trattato sui giochi d'azzardo»). Né tale legge né le corrispondenti disposizioni adottate dagli altri Länder sono state notificate alla Commissione allo stato di progetto ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 1, della direttiva 98/34.

Il Trattato modificativo sui giochi d'azzardo

17 Il Trattato modificativo sui giochi d'azzardo (Glücksspieländerungsstaatsvertrag; in prosieguo: il «Trattato modificativo»), concluso tra i Länder, è entrato in vigore in Baviera il 1° luglio 2012.

18 Gli articoli 1 e 4 del Trattato modificativo sono, in sostanza, identici agli articoli 1 e 4 del Trattato sui giochi d'azzardo.

19 L'articolo 10 Trattato modificativo dispone quanto segue:

«(1) Per il raggiungimento degli obiettivi enunciati all'articolo 1, i Länder hanno l'obbligo, in via di tutela dell'ordine collettivo, di garantire un'offerta sufficiente di giochi d'azzardo. Essi sono a tal fine coadiuvati da un comitato tecnico. Questo è composto da persone che, in riferimento agli obiettivi stabiliti dall'articolo 1, dispongono di particolari esperienze scientifiche o pratiche.

(2) Sul fondamento di norme di legge, i Länder possono adempiere all'obbligo suddetto



in prima persona, oppure tramite un ente pubblico gestito congiuntamente dall'insieme dei Länder parti contraenti del Trattato [modificativo], oppure tramite persone giuridiche di diritto pubblico, od anche attraverso società di diritto privato in cui persone giuridiche di diritto pubblico detengano direttamente o indirettamente una partecipazione determinante.
(...)

(6) Ai soggetti diversi da quelli indicati ai paragrafi 2 e 3 può essere consentita soltanto l'organizzazione di lotterie e giochi in conformità delle disposizioni della Sezione Terza del presente trattato».

20 L'articolo 10a del Trattato modificativo, intitolato «Clausola di sperimentazione per le scommesse sportive», dispone quanto segue:

«(1) Per meglio sperimentare le possibilità di raggiungimento degli obiettivi enunciati all'articolo 1, in particolare anche nella lotta contro il mercato nero constatata in sede di valutazione, l'articolo 10, paragrafo 6, non si applicherà all'organizzazione di scommesse sportive per un periodo di sette anni dall'entrata in vigore del Primo Trattato modificativo sui giochi d'azzardo.

(2) Durante questo periodo le scommesse sportive possono essere organizzate soltanto ove sia stata rilasciata una concessione (articoli da 4a a 4e).

(3) Il numero massimo di concessioni è fissato a 20.

(4) La concessione conferisce al concessionario, in conformità delle prescrizioni sostanziali e accessorie stabilite ai sensi dell'articolo 4c, paragrafo 2, il diritto di svolgere attività di organizzazione e di intermediazione di scommesse sportive su Internet, in deroga al divieto sancito all'articolo 4, paragrafo 4. L'articolo 4, paragrafi 5 e 6, trova corrispondente applicazione. L'ambito di applicazione della concessione è limitato al territorio della Repubblica federale di Germania e a quello degli Stati che riconoscono la validità del titolo autorizzativo tedesco in riferimento al loro territorio nazionale.

(5) I Länder limitano il numero di centri di intermediazione di scommesse al fine di raggiungere gli obiettivi stabiliti all'articolo 1. L'intermediazione di scommesse sportive in tali centri necessita dell'autorizzazione contemplata dall'articolo 4, paragrafo 1, prima frase. L'articolo 29, paragrafo 2, seconda frase, trova corrispondente applicazione».

21 L'articolo 29 del Trattato modificativo permette agli operatori pubblici titolari di un'autorizzazione per l'organizzazione di scommesse sportive, nonché ai loro intermediari, di continuare a proporre scommesse di questo tipo per un periodo di un anno a partire dal rilascio della prima concessione, senza disporre essi stessi di una concessione.

22 Gli articoli da 4a a 4e del Trattato modificativo disciplinano il regime delle concessioni. In particolare, l'articolo 4a, paragrafo 4, di detto Trattato enuncia le condizioni alle quali il rilascio di una concessione è subordinato ed esige in particolare che sia dimostrata l'origine lecita dei mezzi necessari per l'organizzazione di giochi d'azzardo. L'articolo 4b del medesimo Trattato stabilisce le modalità della procedura di rilascio delle concessioni. Tale articolo elenca, in particolare, al paragrafo 5, i criteri che consentono di operare una scelta tra vari candidati idonei ad ottenere una concessione.

Procedimento principale e questioni pregiudiziali

23 Il giudice del rinvio è chiamato a statuire sulle censure sollevate dalla Procura dello Stato di Kempten (Staatsanwaltschaft Kempten, Land della Baviera) nell'ambito di due procedimenti penali riuniti instaurati, ai sensi dell'articolo 284 del codice penale, a carico della sig.ra Ince, cittadina turca residente in Germania.



24 La Procura dello Stato di Kempten addebita alla sig.ra Ince di aver esercitato attività di intermediazione di scommesse sportive, senza disporre di un'autorizzazione rilasciata dall'autorità competente del Land di cui trattasi, mediante una macchina da scommesse installata in un bar sportivo situato in Baviera. La sig.ra Ince avrebbe raccolto tali scommesse per conto di una società con sede in Austria, titolare di una licenza in tale Stato membro che l'autorizza ad organizzare scommesse sportive. Tuttavia, detta società non era titolare di una licenza per organizzare simili scommesse in Germania.

25 Le imputazioni a carico della sig.ra Ince si riferiscono, per quanto riguarda il primo procedimento penale, al periodo dall'11 al 12 gennaio 2012, e, per quanto riguarda il secondo procedimento penale, al periodo che si estende dal 13 aprile al 7 novembre 2012. Tali procedimenti si distinguono, in sostanza, unicamente sotto il profilo della disciplina giuridica tedesca in vigore all'epoca dei fatti contestati.

26 I fatti all'origine della prima imputazione, nonché quelli all'origine della seconda imputazione per il periodo dal 13 aprile al 30 giugno 2012, ricadevano sotto la legge di esecuzione del Trattato sui giochi d'azzardo, la quale prevedeva che, a seguito della scadenza di tale trattato, le norme del medesimo avrebbero continuato ad applicarsi in Baviera quale diritto del Land. Detto Trattato istituiva un monopolio pubblico relativo all'organizzazione e all'intermediazione delle scommesse sportive, da un lato, vietando, all'articolo 4, paragrafo 1, l'organizzazione e l'intermediazione di scommesse sportive senza autorizzazione rilasciata dall'autorità competente del Land della Baviera e, dall'altro, escludendo, all'articolo 10, paragrafo 5, il rilascio di tali autorizzazioni ad operatori privati.

27 Mediante le sentenze Stoß e a. (C-316/07, da C-358/07 a C-360/07, C-409/07 e C-410/07, EU:C:2010:504) nonché Carmen Media Group (C-46/08, EU:C:2010:505), la Corte ha statuito che i giudici tedeschi potevano essere legittimamente indotti a considerare che il monopolio pubblico risultante dal Trattato sulle lotterie e dal Trattato sui giochi d'azzardo non era idoneo a garantire in modo coerente e sistematico la realizzazione degli obiettivi di interesse generale invocati dal legislatore tedesco, segnatamente a motivo del fatto che i titolari del suddetto monopolio pubblico effettuavano intense campagne pubblicitarie e che le autorità competenti conducevano politiche intese ad incoraggiare la partecipazione ad alcuni giochi di azzardo non ricompresi in detto monopolio e comportanti un rischio di assuefazione particolarmente elevato.

28 Secondo il giudice del rinvio, tutti i giudici tedeschi chiamati a stabilire, a seguito delle suddette sentenze della Corte, se il monopolio pubblico sulle scommesse sportive fosse conforme al diritto dell'Unione sono arrivati ad una conclusione negativa. Tuttavia, tali giudici sono in disaccordo quanto alle conseguenze che occorre trarre dall'illegittimità del suddetto monopolio.

29 Da un lato, taluni giudici tedeschi, tra cui alcuni giudici amministrativi di grado superiore, come pure alcune autorità amministrative, ritengono che soltanto l'articolo 10, paragrafo 5, del Trattato sui giochi d'azzardo, il quale prevede l'esclusione degli operatori privati, sia incompatibile con il diritto dell'Unione, mentre l'obbligo di autorizzazione enunciato all'articolo 4, paragrafo 1, del medesimo trattato sarebbe in linea di principio conforme a tale diritto. Di conseguenza, questi giudici hanno disapplicato la norma che prevedeva l'esclusione degli operatori privati sulla base del principio del primato del diritto dell'Unione. Essi hanno quindi affermato che a tali operatori dovevano essere applicate le condizioni sostanziali previste dal Trattato sui giochi d'azzardo e dalle leggi di attuazione



dei Länder in materia di rilascio di autorizzazioni agli operatori pubblici. Pertanto, secondo detti giudici, occorre esaminare caso per caso se un operatore privato possa ottenere, in base ad una procedura di autorizzazione fittizia, un'autorizzazione alle condizioni previste per i titolari del monopolio pubblico e i loro intermediari (in prosieguo: la «procedura di autorizzazione fittizia»).

30 Il Bundesverwaltungsgericht (Corte suprema amministrativa federale) ha convalidato e ulteriormente integrato la giurisprudenza formatasi a seguito delle sentenze Stoß e a. (C-316/07, da C-358/07 a C-360/07, C-409/07 e C-410/07, EU:C:2010:504) nonché Carmen Media Group (C-46/08, EU:C:2010:505), mediante varie sentenze pronunciate il 16 maggio 2013, permettendo il divieto preventivo dell'organizzazione e dell'intermediazione di scommesse sportive da parte di un operatore privato sprovvisto di un'autorizzazione tedesca fino alla verifica, ad opera delle autorità competenti, dell'idoneità di detto operatore a beneficiare di questa autorizzazione, a meno che non fossero manifestamente soddisfatte le condizioni sostanziali di rilascio di un'autorizzazione previste per gli operatori pubblici, ad eccezione delle disposizioni potenzialmente illecite relative al regime di monopolio.

31 Il giudice del rinvio sottolinea che nessun operatore privato ha mai ottenuto un'autorizzazione per l'organizzazione o l'intermediazione di scommesse sportive nel territorio tedesco al termine della procedura di autorizzazione fittizia.

32 Dall'altro lato, altri giudici tedeschi ritengono che, poiché una violazione del diritto dell'Unione risulta dall'effetto combinato dell'obbligo di autorizzazione e dell'esclusione degli operatori privati, previsti dal Trattato sui giochi d'azzardo e dalle leggi di attuazione dei Länder, il fatto di disapplicare l'esclusione suddetta e di sostituire quest'ultima con la procedura di autorizzazione fittizia non sia sufficiente per rimediare all'illegittimità constatata. A sostegno di un approccio siffatto, il giudice del rinvio rileva che la procedura e i criteri di autorizzazione previsti dal Trattato sui giochi d'azzardo e dalle leggi di attuazione di quest'ultimo sono stati concepiti esclusivamente per gli operatori pubblici che organizzano scommesse sportive nonché per i loro intermediari.

33 I fatti all'origine della seconda imputazione relativamente al periodo dal 1° luglio al 7 novembre 2012 erano disciplinati dal Trattato modificativo. La clausola di sperimentazione per le scommesse sportive, dettata all'articolo 10a di tale Trattato, ha rimosso fino al 30 giugno 2019, relativamente alle scommesse sportive, il divieto di rilasciare ad operatori privati un'autorizzazione per l'organizzazione di giochi d'azzardo, previsto dall'articolo 10, paragrafo 6, del medesimo trattato. Gli operatori privati possono così, in teoria, ottenere una siffatta autorizzazione attraverso il previo rilascio di una concessione per l'organizzazione di scommesse sportive.

34 In virtù di questa nuova disciplina, spetta all'organizzatore di scommesse sportive ottenere tale concessione. Una volta accordata la concessione a questo organizzatore, i suoi intermediari possono ottenere un'autorizzazione per la raccolta di scommesse per conto dell'organizzatore medesimo. Il citato articolo 10a prevede il rilascio di un numero massimo di 20 concessioni ad operatori pubblici e/o privati, al termine di una procedura organizzata in modo centralizzato per l'intero territorio tedesco. Tuttavia, in virtù dell'articolo 29 del Trattato modificativo, l'obbligo di detenere una concessione è destinato ad applicarsi agli organizzatori pubblici già in attività e agli intermediari soltanto dopo il decorso di un anno dal rilascio della prima concessione.



35 L'8 agosto 2012, l'autorità concedente ha pubblicato un avviso di gara nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, mettendo a concorso 20 concessioni per l'esercizio di attività di organizzazione di scommesse sportive.

36 In un primo tempo, è stata organizzata una fase di preselezione al fine di eliminare i candidati non in possesso dei requisiti minimi per ottenere una concessione. A ciò ha fatto seguito, in un secondo momento, una fase di negoziazione nel corso della quale i candidati prescelti al termine della prima fase erano invitati a presentare i loro progetti all'autorità concedente. All'esito di questa seconda fase, è stata condotta una selezione comparativa sulla base di una serie di criteri.

37 Alcuni operatori privati hanno formulato dei dubbi quanto al carattere trasparente e imparziale di tale procedura.

38 Il giudice del rinvio ha rilevato che, alla data di deposito della domanda di pronuncia pregiudiziale, nessuna concessione era stata ancora rilasciata a norma dell'articolo 10a del Trattato modificativo. Nelle sue osservazioni scritte, il governo tedesco ha chiarito che, sebbene 20 candidati fossero stati prescelti al termine della procedura di selezione, il rilascio delle concessioni era stato sospeso in virtù delle ordinanze emesse nell'ambito di procedimenti cautelari instaurati da alcuni candidati esclusi. All'udienza del 10 giugno 2015, detto governo ha precisato che a questa data le concessioni ancora non erano state attribuite, a motivo di altri eventi sopravvenuti nell'ambito di procedimenti giudiziari nazionali.

39 Il giudice del rinvio ritiene che gli elementi oggettivi dell'illecito addebitato alla sig.ra Ince ai sensi dell'articolo 284 del codice penale siano sussistenti, dal momento che costei ha esercitato attività di intermediazione di scommesse sportive senza detenere alcuna autorizzazione a tal fine. Tuttavia, detto giudice nutre dubbi quanto al carattere punibile di tali attività alla luce del diritto dell'Unione.

40 Sulla scorta di tali premesse, l'Amtsgericht Sonthofen (Pretura circondariale di Sonthofen) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«I. Quanto alla prima imputazione (gennaio 2012), nonché alla seconda imputazione per il periodo fino a fine giugno 2012:

1) a) Se l'articolo 56 TFUE debba essere interpretato nel senso che è vietato alle autorità giudiziarie sanzionare penalmente l'attività di intermediazione di scommesse su competizioni sportive effettuata, senza autorizzazione tedesca, per organizzatori di scommesse titolari di una licenza in un altro Stato membro dell'Unione europea, quando l'esercizio di tale attività di intermediazione presupponga che detto organizzatore sia in possesso anche di un'autorizzazione tedesca, ma alle autorità nazionali non sia consentito concedere autorizzazioni ad operatori non statali, stante una situazione normativa in contrasto con il diritto dell'Unione ("monopolio in materia di scommesse sulle competizioni sportive").

b) Se la risposta alla lettera a) della prima questione sia diversa qualora, in uno dei quindici Länder tedeschi che insieme hanno istituito e insieme attuano il monopolio pubblico in materia di scommesse sulle competizioni sportive, le autorità statali sostengano, nell'ambito di procedimenti interdittivi o penali, che il divieto legislativo di concedere autorizzazioni ad operatori privati non si applica nell'ipotesi di una domanda di autorizzazione per l'esercizio di un'attività di organizzazione o intermediazione in quello



stesso Land.

c) Se i principi del diritto dell'Unione, in particolare la libera prestazione dei servizi, e la sentenza della Corte *Stanleybet International* e a. (C-186/11 e C-209/11, EU:C:2013:33) debbano essere interpretati nel senso che essi ostano ad una durevole proibizione o repressione con sanzioni, definita come “preventiva”, dell'attività di intermediazione transfrontaliera di scommesse su competizioni sportive, qualora ciò venga motivato con il fatto che per l'autorità competente, al momento della sua decisione, non “risultava evidente, ossia riconoscibile senza ulteriore esame”, che l'attività di intermediazione soddisfacesse tutti i requisiti sostanziali per l'autorizzazione, ad eccezione delle norme concernenti il monopolio a favore dello Stato.

2) Se la direttiva 98/34 debba essere interpretata nel senso che essa osta all'applicazione di sanzioni per l'attività d'intermediazione di scommesse su competizioni sportive, effettuata senza autorizzazione tedesca, mediante una macchina automatica, a vantaggio di un organizzatore di scommesse titolare di una licenza in un altro Stato membro, qualora gli interventi statali si fondino sulla legge di un singolo Land non notificata alla Commissione europea e corrispondente, nel contenuto, al [Trattato sui giochi d'azzardo] non più in vigore.

II. Quanto alla seconda imputazione per il periodo a partire dal luglio 2012:

3) Se l'articolo 56 TFUE, nonché il principio di trasparenza, il principio di uguaglianza e il divieto di favoritismo sancito dal diritto dell'Unione, debbano essere interpretati nel senso che essi ostano all'applicazione di sanzioni per l'attività di intermediazione di scommesse su competizioni sportive effettuata, senza autorizzazione tedesca, a vantaggio di un organizzatore di scommesse titolare di una licenza in un altro Stato membro dell'Unione, in una situazione che, in virtù del [Trattato modificativo], stipulato per una durata di nove anni, è caratterizzata da una “clausola di sperimentazione per le scommesse sportive”, la quale prevede per un periodo di sette anni la possibilità teorica di assegnare un numero massimo di 20 concessioni anche a operatori non statali, con effetto di legalizzazione per tutti i Länder tedeschi, quale condizione necessaria per il rilascio delle autorizzazioni per l'attività di intermediazione, allorché:

a) la procedura per il rilascio delle concessioni e le controversie che insorgono in tale ambito sono gestite dall'autorità concedente congiuntamente allo studio legale che ha regolarmente fornito consulenza alla maggior parte dei Länder e alle loro imprese di gestione delle lotterie in relazione al monopolio delle scommesse su competizioni sportive contrario al diritto dell'Unione e li ha rappresentati dinanzi ai giudici nazionali contro operatori privati offerenti servizi di scommesse, e al quale era affidata la rappresentanza degli organi statali nei procedimenti di pronuncia pregiudiziale sfociati nelle sentenze *Stoß* e a. (C-316/07, da C-358/07 a C-359/07, C-360/07, C-409/07 e C-410/07, EU:C:2010:504), *Carmen Media Group* (C-46/08, EU:C:2010:505) e *Winner Wetten* (C-409/06, EU:C:2010:503);

b) il bando di gara relativo all'assegnazione delle concessioni pubblicato in data 8 agosto 2012 nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* non conteneva dettagli in merito ai requisiti minimi dei progetti da presentare, al contenuto delle altre dichiarazioni ed attestazioni richieste, nonché alla selezione dei concessionari nel numero massimo di 20; dei dettagli sono stati comunicati invece solo dopo la scadenza del termine per la presentazione delle candidature, con un cosiddetto “memorandum informativo” e con numerosi altri



documenti, soltanto ai candidati che si erano qualificati per la “seconda fase” della procedura di assegnazione delle concessioni;

c) otto mesi dopo l’inizio della procedura, contrariamente a quanto indicato nel bando di gara, l’autorità concedente ha invitato unicamente quattordici candidati a presentare personalmente i loro progetti di misure per la tutela degli aspetti sociali e di sicurezza, in quanto tali candidati avrebbero soddisfatto appieno i requisiti minimi per ottenere la concessione; tuttavia, quindici mesi dopo l’inizio della procedura, la stessa autorità ha comunicato che neanche un candidato aveva dimostrato, in “maniera verificabile”, di soddisfare i suddetti requisiti minimi;

d) il candidato concessionario controllato da organismi statali (...), costituito da un’unione delle società statali di gestione delle lotterie, figurava tra i quattordici candidati invitati a presentare i loro progetti all’autorità competente per il rilascio delle concessioni, ma probabilmente non possiede i requisiti per ottenere una concessione a motivo dei legami organizzativi che intrattiene con taluni gestori di eventi sportivi, in quanto la normativa vigente (...) richiede una rigorosa separazione della pratica dello sport attivo e delle associazioni che ne curano l’organizzazione rispetto alle attività di organizzazione e di intermediazione di scommesse sulle competizioni sportive;

e) per ottenere una concessione è indispensabile, tra l’altro, dimostrare “la provenienza legittima delle risorse necessarie per l’organizzazione delle scommesse sulle competizioni sportive che si intendono offrire”;

f) l’autorità concedente e il Comitato di valutazione per i giochi d’azzardo [Glücksspielkollegium], composto da rappresentanti dei Länder e che decide sull’assegnazione delle concessioni, non si avvalgono della possibilità di attribuire concessioni a organizzatori di scommesse privati, mentre invece è consentito alle imprese pubbliche di gestione delle lotterie, per un periodo massimo di un anno dopo l’eventuale aggiudicazione delle concessioni, organizzare scommesse su competizioni sportive, lotterie e altri giochi d’azzardo senza disporre di concessione, nonché commercializzare e pubblicizzare tali attività attraverso la propria estesa rete di punti di raccolta di scommesse».

Giudizio della Corte

Sulla competenza della Corte

41 Il governo belga contesta, in sostanza, la competenza della Corte a rispondere ai quesiti pregiudiziali a motivo del fatto che la situazione in esame nel procedimento principale non rientra nell’ambito di applicazione della libera prestazione dei servizi, della quale possono beneficiare, alla luce del tenore letterale dell’articolo 56 TFUE, soltanto i cittadini degli Stati membri, ad esclusione dei cittadini di Stati terzi, come la sig.ra Ince.

42 A questo proposito, occorre constatare che, nella misura in cui la sig.ra Ince raccoglieva scommesse sportive per conto di una società stabilita in Austria, la situazione in esame nel procedimento principale afferisce all’esercizio, da parte di tale società, della libera prestazione dei servizi garantita dall’articolo 56 TFUE.

43 Infatti, qualora una società stabilita in uno Stato membro effettui un’attività di raccolta di scommesse con l’intermediazione di un operatore economico stabilito in un altro Stato membro, le restrizioni imposte alle attività di tale operatore rientrano nell’ambito di applicazione della libera prestazione dei servizi (v., per analogia, sentenza Gambelli e a., C-243/01, EU:C:2003:597, punto 46).

44 La Corte è pertanto competente a rispondere alle questioni pregiudiziali.



Sulla prima questione

Sulla ricevibilità

45 Il governo tedesco eccepisce l'irricevibilità della prima questione, lettera a), a motivo del carattere ipotetico della stessa, in quanto, alla luce della prassi di alcune autorità amministrative e giudiziarie bavaresi, consistente nell'applicare agli operatori privati in maniera «fittizia» le condizioni di autorizzazione previste ai fini della selezione dei titolari di diritti esclusivi a titolo del monopolio pubblico che è stato giudicato contrario al diritto dell'Unione, tale monopolio avrebbe in realtà cessato di esistere.

46 Questo argomento deve essere respinto nella misura in cui la compatibilità di tale prassi con l'articolo 56 TFUE costituisce per l'appunto l'oggetto della seconda e della terza parte della prima questione. Infatti, la risposta della Corte alla prima parte di tale questione rimarrebbe necessaria per la soluzione della controversia nel procedimento principale nell'ipotesi in cui la Corte considerasse, in risposta alla seconda e alla terza parte della suddetta questione, che una prassi siffatta non consente di assicurare la messa in conformità con l'articolo 56 TFUE di un regime di monopolio pubblico, quale quello risultante dalle disposizioni del Trattato sui giochi d'azzardo e dalle leggi regionali di attuazione del medesimo giudicate contrarie al diritto dell'Unione ai termini delle constatazioni effettuate dai giudici nazionali.

47 Inoltre, il governo greco contesta la ricevibilità della prima questione, lettere b) e c), a motivo del carattere ipotetico della stessa, in quanto le autorità tedesche non hanno avuto l'occasione di esaminare l'idoneità della sig.ra Ince ad ottenere un'autorizzazione per l'organizzazione o l'intermediazione di scommesse sportive.

48 A questo proposito occorre ricordare che, in base alla giurisprudenza, uno Stato membro non può applicare una sanzione penale per il mancato espletamento di una formalità amministrativa qualora l'adempimento di tale formalità venga rifiutato o sia reso impossibile dallo Stato membro di cui trattasi in violazione del diritto dell'Unione. Dato che la prima questione pregiudiziale, lettere b) e c), mira a stabilire se le condizioni cui era subordinata l'attribuzione di una concessione a norma della legislazione nazionale fossero contrarie al diritto dell'Unione, la pertinenza di tale questione ai fini della soluzione della controversia pendente dinanzi al giudice del rinvio non può essere messa in discussione (v., in tal senso, sentenza *Costa e Cifone*, C-72/10 e C-77/10, EU:C:2012:80, punto 43).

49 Risulta dalle suesposte considerazioni che la prima questione è ricevibile.

Nel merito

50 Con la sua prima questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 56 TFUE debba essere interpretato nel senso che esso osta a che le autorità sanzionatorie di uno Stato membro puniscano l'intermediazione, senza autorizzazione, di scommesse sportive effettuata da un operatore privato per conto di un altro operatore privato, il quale sia sprovvisto di un'autorizzazione per l'organizzazione di scommesse sportive in questo Stato membro ma sia titolare di una licenza in un altro Stato membro, qualora l'obbligo di detenere un'autorizzazione per l'organizzazione o l'intermediazione di scommesse sportive si iscriva nell'ambito di un regime di monopolio pubblico che i giudici nazionali hanno giudicato contrario al diritto dell'Unione. Inoltre, detto giudice chiede se l'articolo 56 TFUE osti ad una siffatta applicazione di sanzioni anche nel caso in cui un operatore privato possa, in teoria, ottenere un'autorizzazione per l'organizzazione o l'intermediazione di scommesse sportive, nella misura in cui la conoscenza della procedura di rilascio di tale



autorizzazione non sia garantita e il regime di monopolio pubblico sulle scommesse sportive, che i giudici nazionali hanno giudicato contrario al diritto dell'Unione, abbia continuato ad esistere malgrado l'adozione di detta procedura.

51 Dunque, il giudice del rinvio interroga la Corte essenzialmente in merito alle conseguenze che le autorità amministrative e giudiziarie di uno Stato membro devono trarre dalla constatazione di incompatibilità con il diritto dell'Unione delle norme di diritto nazionale che istituiscono un monopolio pubblico sulle scommesse sportive, quali quelle controverse nel procedimento principale, in attesa che una riforma legislativa o regolamentare ponga rimedio a tale violazione del diritto dell'Unione.

52 In proposito va ricordato, anzitutto, che, in virtù del principio del primato del diritto dell'Unione, le disposizioni dei Trattati e gli atti delle istituzioni direttamente applicabili hanno l'effetto, nei loro rapporti con il diritto interno degli Stati membri, di rendere ipso iure inapplicabile, per il fatto stesso della loro entrata in vigore, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale (v. sentenze *Simmenthal*, 106/77, EU:C:1978:49, punto 17; *Factortame e a.*, C-213/89, EU:C:1990:257, punto 18, nonché *Winner Wetten*, C-409/06, EU:C:2010:503, punto 53).

53 La Corte ha precisato che, per effetto del primato del diritto dell'Unione direttamente applicabile, una normativa nazionale riguardante un monopolio pubblico sulle scommesse sulle competizioni sportive, la quale, secondo quanto accertato da un giudice nazionale, comporti restrizioni incompatibili con la libera prestazione dei servizi, stante l'incapacità di tali restrizioni di contribuire a limitare le attività di scommessa in modo coerente e sistematico, non può continuare ad applicarsi per un periodo transitorio (v. sentenze *Winner Wetten*, C-409/06, EU:C:2010:503, punto 69, nonché *Stanleybet International e a.*, C-186/11 e C-209/11, EU:C:2013:33, punto 38).

54 Tuttavia, il rifiuto di concedere un periodo transitorio in caso di incompatibilità della normativa nazionale con l'articolo 56 TFUE non comporta necessariamente l'obbligo dello Stato membro interessato di liberalizzare il mercato dei giochi d'azzardo, ove questo Stato dovesse ritenere che una liberalizzazione siffatta non sia compatibile con il livello di tutela dei consumatori e dell'ordine sociale che esso intende assicurare. Infatti, allo stato attuale del diritto dell'Unione, gli Stati membri conservano la facoltà di riformare il monopolio esistente al fine di renderlo compatibile con le disposizioni del Trattato FUE, assoggettandolo, in particolare, ad un effettivo e stretto controllo da parte delle autorità pubbliche (v. sentenza *Stanleybet International e a.*, C-186/11 e C-209/11, EU:C:2013:33, punto 46).

55 In ogni caso, ove lo Stato membro interessato dovesse ritenere che una riforma del monopolio esistente, per renderlo compatibile con le disposizioni del Trattato, non sia ipotizzabile e che la liberalizzazione del mercato dei giochi d'azzardo meglio si addica al livello di tutela dei consumatori e dell'ordine sociale che esso intende assicurare, sarà tenuto a rispettare le norme fondamentali dei Trattati, e in particolare l'articolo 56 TFUE, i principi di parità di trattamento e di non discriminazione a motivo della cittadinanza, nonché l'obbligo di trasparenza che ne deriva. In un caso siffatto, l'istituzione in tale Stato membro di un regime di previa autorizzazione amministrativa per quanto riguarda l'offerta di alcuni tipi di giochi d'azzardo deve essere fondata su criteri oggettivi, non discriminatori e noti in anticipo, in modo da circoscrivere l'esercizio del potere discrezionale delle autorità nazionali entro limiti idonei ad evitarne un utilizzo arbitrario (v. sentenze *Carmen Media*



Group, C⁴⁶/08, EU:C:2010:505, punto 90, nonché Stanleybet International e a., C¹⁸⁶/11 e C²⁰⁹/11, EU:C:2013:33, punto 47).

56 Occorre verificare, alla luce di tali principi, se una prassi quale la procedura di autorizzazione fittizia dell'organizzazione e dell'intermediazione di scommesse sportive di cui si controverte nel procedimento principale obbedisca a criteri oggettivi, non discriminatori e noti in anticipo.

57 A questo proposito, occorre rilevare che una prassi siffatta non è, per definizione, codificata. Inoltre, malgrado la circostanza, fatta valere dal governo tedesco, secondo cui l'autorità competente a rilasciare in forma centralizzata le autorizzazioni per l'organizzazione di scommesse sportive nel Land della Baviera si è vista sottoporre poco meno di 70 richieste di autorizzazione provenienti da operatori privati, non risulta né dalla decisione di rinvio né dalle osservazioni presentate dagli interessati che la prassi suddetta abbia costituito l'oggetto di misure di pubblicità al fine di essere portata a conoscenza degli operatori privati che potrebbero esercitare attività di organizzazione o di raccolta di scommesse sportive. Pertanto, salvo verifica ad opera del giudice del rinvio, non può ritenersi che la conoscenza della prassi di cui sopra da parte di detti operatori fosse garantita.

58 Inoltre, risulta dalla decisione di rinvio che le autorità competenti dei Länder non applicano la suddetta procedura di autorizzazione fittizia in modo unanime e uniforme, dato che soltanto alcune di esse vi fanno ricorso. Allo stesso modo, come si è esposto ai punti da 29 a 32 della presente sentenza, i giudici tedeschi sono divisi sulla legittimità di una procedura siffatta.

59 Date tali circostanze, non può escludersi che alcuni operatori privati non siano in grado di conoscere né la procedura da seguire per richiedere un'autorizzazione all'organizzazione e all'intermediazione di scommesse sportive, né le condizioni alle quali un'autorizzazione verrà loro concessa o rifiutata. Una tale indeterminatezza non consente agli operatori interessati di conoscere l'estensione dei loro diritti e dei loro obblighi risultanti dall'articolo 56 TFUE, cosicché il suddetto regime deve essere considerato contrario al principio della certezza del diritto (v., per analogia, sentenze *Église de scientologie*, C⁵⁴/99, EU:C:2000:124, punto 22; *Commissione/Francia*, C⁴⁸³/99, EU:C:2002:327, punto 50, e *Festersen*, C³⁷⁰/05, EU:C:2007:59, punto 43).

60 Ad ogni modo, occorre sottolineare che, come risulta dalla decisione di rinvio, nessuna autorizzazione all'organizzazione o all'intermediazione di scommesse sportive è stata rilasciata ad un operatore privato al termine della procedura di autorizzazione fittizia in questione nel procedimento principale.

61 In proposito, il giudice del rinvio ha osservato che, poiché le condizioni di rilascio di un'autorizzazione all'organizzazione di scommesse sportive applicabili agli operatori pubblici in virtù del Trattato sui giochi d'azzardo e delle leggi di attuazione dei Länder mirano per l'appunto a giustificare l'esclusione degli operatori privati, questi ultimi non possono in pratica mai soddisfare tali condizioni. Lo stesso dovrebbe dunque valere a maggior ragione a seguito delle sentenze del Bundesverwaltungsgericht (Corte suprema amministrativa federale) del 16 maggio 2013, le quali consentono il divieto preventivo dell'organizzazione e dell'intermediazione di scommesse sportive da parte di operatori privati in assenza di manifesta idoneità di questi ultimi ad ottenere un'autorizzazione di tal sorta.



62 Da una constatazione siffatta deriva che, come fatto valere dal giudice del rinvio, dalla sig.ra Ince e dalla Commissione, non può ritenersi che una prassi come la procedura di autorizzazione fittizia in discussione nel procedimento principale abbia posto rimedio all'incompatibilità con il diritto dell'Unione, constatata dai giudici nazionali, di norme di diritto interno che istituiscono un regime di monopolio pubblico sull'organizzazione e sull'intermediazione delle scommesse sportive.

63 Per quanto riguarda le conseguenze di tale incompatibilità, occorre ricordare che uno Stato membro non può applicare una sanzione penale per il mancato espletamento di una formalità amministrativa qualora l'adempimento di tale formalità venga rifiutato o sia reso impossibile dallo Stato membro interessato in violazione del diritto dell'Unione (v. sentenze Placanica e a., C-338/04, C-359/04 e C-360/04, EU:C:2007:133, punto 69; Stoß e a., C-316/07, da C-358/07 a C-360/07, C-409/07 e C-410/07, EU:C:2010:504, punto 115, nonché Costa e Cifone, C-72/10 e C-77/10, EU:C:2012:80, punto 43).

64 Tale divieto, che deriva dal principio del primato del diritto dell'Unione e dal principio di leale cooperazione previsto dall'articolo 4, paragrafo 3, UE, si impone, nell'ambito delle loro competenze, nei confronti di tutti gli organi dello Stato membro in questione, ivi comprese le autorità sanzionatorie (v., in tal senso, sentenza Wells, C-201/02, EU:C:2004:12, punto 64 e la giurisprudenza ivi citata).

65 Alla luce di quanto sopra esposto, occorre rispondere alla prima questione, lettere a), b) e c), dichiarando che l'articolo 56 TFUE deve essere interpretato nel senso che esso osta a che le autorità sanzionatorie di uno Stato membro puniscano l'intermediazione, senza autorizzazione, di scommesse sportive effettuata da un operatore privato per conto di un altro operatore privato, il quale sia sprovvisto di un'autorizzazione per l'organizzazione di scommesse sportive in questo Stato membro ma sia titolare di una licenza in un altro Stato membro, qualora l'obbligo di detenere un'autorizzazione per l'organizzazione o l'intermediazione di scommesse sportive si iscriva nell'ambito di un regime di monopolio pubblico che i giudici nazionali hanno giudicato contrario al diritto dell'Unione. L'articolo 56 TFUE osta ad una siffatta applicazione di sanzioni anche nel caso in cui un operatore privato possa, in teoria, ottenere un'autorizzazione per l'organizzazione o l'intermediazione di scommesse sportive, nella misura in cui la conoscenza della procedura di rilascio di tale autorizzazione non sia garantita e il regime di monopolio pubblico sulle scommesse sportive, che i giudici nazionali hanno giudicato contrario al diritto dell'Unione, abbia continuato ad esistere malgrado l'adozione di detta procedura.

Sulla seconda questione

66 Mediante la sua seconda questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 8, paragrafo 1, della direttiva 98/34 debba essere interpretato nel senso che il progetto di una legislazione regionale, che mantenga in vigore, a livello della regione di cui trattasi, le disposizioni di una normativa comune alle differenti regioni di uno Stato membro giunta a scadenza, si trova assoggettato all'obbligo di notifica previsto dal citato articolo 8, paragrafo 1, qualora detto progetto contenga regole tecniche ai sensi dell'articolo 1 della medesima direttiva, di modo che la violazione di questo obbligo comporta l'inopponibilità delle citate regole tecniche nei confronti di un singolo nell'ambito di un procedimento penale, e ciò anche nel caso in cui la suddetta normativa comune fosse stata in precedenza notificata alla Commissione allo stato di progetto in conformità dell'articolo 8, paragrafo 1, della direttiva 98/34 e prevedesse espressamente la possibilità di una



proroga, della quale però non è stato fatto uso.

67 In via preliminare, occorre ricordare che la violazione dell'obbligo di notifica previsto dall'articolo 8, paragrafo 1, della direttiva 98/34 costituisce un vizio procedurale nell'adozione delle regole tecniche in questione e determina l'inapplicabilità di queste ultime, cosicché esse non possono essere opposte ai singoli (v., in particolare, sentenza *Ivansson e a.*, C-307/13, EU:C:2014:2058, punto 48 nonché la giurisprudenza ivi citata).

68 A questo proposito occorre sottolineare che, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 60 delle sue conclusioni, sebbene l'articolo 8, paragrafo 1, di detta direttiva esiga la comunicazione alla Commissione della totalità di un progetto di legge contenente regole tecniche (v., in tal senso, sentenza *Commissione/Italia*, C-279/94, EU:C:1997:396, punti 40 e 41), l'inapplicabilità derivante dalla violazione dell'obbligo suddetto si estende non già all'insieme delle disposizioni della legge in questione, bensì soltanto alle regole tecniche ivi contenute.

69 Di conseguenza, al fine di fornire una risposta utile al giudice del rinvio, occorre, in primo luogo, verificare se le disposizioni del Trattato sui giochi d'azzardo asseritamente violate dalla sig.ra Ince, che rimanevano applicabili, alla scadenza di tale trattato, quale diritto del Land della Baviera in virtù della legge di esecuzione del Trattato sui giochi d'azzardo, costituiscano «regole tecniche» ai sensi dell'articolo 1, punto 11, della direttiva 98/34.

70 Ai sensi di tale disposizione, la nozione di «regola tecnica» ricomprende quattro categorie di misure, e precisamente: in primo luogo, la «specificazione tecnica» ai sensi dell'articolo 1, punto 3, della direttiva 98/34; in secondo luogo, l'«altro requisito» come definito all'articolo 1, punto 4, di detta direttiva; in terzo luogo, la «regola relativa ai servizi» contemplata dall'articolo 1, punto 5, della medesima direttiva; e infine, in quarto luogo, le «disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che vietano la fabbricazione, l'importazione, la commercializzazione o l'utilizzo di un prodotto oppure la prestazione o l'utilizzo di un servizio o lo stabilimento come fornitore di servizi».

71 Consta, anzitutto, che il Trattato sui giochi d'azzardo non contiene alcuna disposizione rientrante nella prima categoria di regole tecniche, vale a dire nella nozione di «specificazione tecnica» ai sensi dell'articolo 1, punto 3, della direttiva 98/34. Infatti, tale nozione riguarda esclusivamente le misure nazionali che si riferiscono al prodotto o al suo imballaggio in quanto tali e che definiscono dunque una delle caratteristiche richieste di un prodotto (v. sentenze *Fortuna e a.*, C-213/11, C-214/11 e C-217/11, EU:C:2012:495, punto 28, nonché *Ivansson e a.*, C-307/13, EU:C:2014:2058, punto 19). Orbene, il Trattato sui giochi d'azzardo disciplina l'organizzazione e l'intermediazione di scommesse sportive senza fare riferimento ai prodotti eventualmente implicati in tali attività.

72 Per questa stessa ragione, il Trattato sui giochi d'azzardo non può neppure contenere disposizioni ricadenti nella seconda categoria di regole tecniche, ossia sotto la nozione di «altro requisito» ai sensi dell'articolo 1, punto 4, della citata direttiva, dato che tale nozione riguarda il ciclo di vita di un prodotto dopo la sua immissione sul mercato.

73 Infine, occorre verificare se il Trattato sui giochi d'azzardo contenga norme ricadenti sotto la terza e/o la quarta categoria di «regole tecniche» elencate all'articolo 1, punto 11, della direttiva 98/34, vale a dire le «regole relative ai servizi» oppure quelle «che vietano (...) la prestazione o l'utilizzo di un servizio o lo stabilimento come fornitore di servizi».

74 Ai sensi dell'articolo 1, punto 5, della summenzionata direttiva, costituisce una «regola



relativa ai servizi» qualsiasi requisito di natura generale relativo all'accesso alle attività di servizi di cui all'articolo 1, punto 2, della medesima direttiva, le quali designano «qualsiasi servizio della società dell'informazione, vale a dire qualsiasi servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario di servizi».

75 In proposito occorre constatare che, come fatto valere dalla Commissione all'udienza, alcune delle disposizioni del Trattato sui giochi d'azzardo possono essere qualificate come «regole relative ai servizi», nella misura in cui esse concernono un «servizio della società dell'informazione» ai sensi dell'articolo 1, punto 2, della direttiva 98/34. Tale disposizioni includono il divieto di proporre giochi d'azzardo su Internet previsto all'articolo 4, paragrafo 4, del Trattato sui giochi d'azzardo, le eccezioni a tale divieto elencate all'articolo 25, paragrafo 6, del medesimo trattato, le limitazioni apportate alla facoltà di proporre scommesse sportive mediante strumenti di telecomunicazione ai sensi dell'articolo 21, paragrafo 2, del trattato di cui sopra, nonché il divieto di diffondere pubblicità per i giochi d'azzardo su Internet o mediante strumenti di telecomunicazione a norma dell'articolo 5, paragrafo 3, del trattato in parola.

76 Per quanto riguarda, invece, le disposizioni del Trattato sui giochi d'azzardo diverse da quelle relative ad un «servizio della società dell'informazione» ai sensi dell'articolo 1, punto 2, della direttiva 98/34, come le disposizioni che introducono l'obbligo di ottenere un'autorizzazione per l'organizzazione o la raccolta di scommesse sportive o che stabiliscono l'impossibilità di rilasciare un'autorizzazione siffatta ad operatori privati, esse non costituiscono «regole tecniche» ai sensi dell'articolo 1, punto 11, di detta direttiva. Infatti, le disposizioni nazionali che si limitino a fissare le condizioni per lo stabilimento o la prestazione di servizi da parte di imprese, come ad esempio le disposizioni che assoggettino l'esercizio di un'attività professionale ad un previo atto autorizzativo, non costituiscono regole tecniche ai sensi di tale norma (v., in tal senso, sentenza Lindberg, C:267/03, EU:C:2005:246, punto 87).

77 Spetterà al giudice del rinvio verificare se alla sig.ra Ince viene contestato, nell'ambito dei procedimenti penali riuniti dinanzi a detto giudice, di aver violato alcune delle disposizioni elencate al punto 75 della presente sentenza, le quali devono essere considerate come disposizioni che istituiscono regole relative ai servizi ai sensi dell'articolo 1, punto 5, della direttiva 98/34.

78 In secondo luogo, occorre verificare se la legge di esecuzione del Trattato sui giochi d'azzardo, avendo reso le disposizioni di tale trattato, alla scadenza di quest'ultimo, applicabili quale diritto del Land della Baviera, fosse assoggettata all'obbligo di notifica alla Commissione ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 1, della direttiva 98/34, sicché, nel caso in cui venisse contestato alla sig.ra Ince di aver violato una o più regole tecniche stabilite dal Trattato sui giochi d'azzardo, queste ultime non potrebbero esserle opposte in mancanza di tale notifica.

79 A questo proposito, occorre osservare anzitutto che, come sottolineato dalla Commissione, le disposizioni della legge di esecuzione del Trattato sui giochi d'azzardo non possono costituire l'oggetto dell'obbligo, che l'articolo 8, paragrafo 1, terzo comma, della direttiva 98/34 impone agli Stati membri, di procedere ad una «nuova comunicazione» delle modifiche importanti apportate ad un progetto di regola tecnica. Infatti, tale obbligo riguarda unicamente l'ipotesi – non sussistente nella specie – in cui delle modifiche



importanti vengano apportate, nel corso dell'iter legislativo nazionale, ad un progetto di regola tecnica successivamente alla notifica di quest'ultimo alla Commissione.

80 Per contro, occorre esaminare se la legge di esecuzione del Trattato sui giochi d'azzardo avrebbe dovuto, prima della sua adozione, costituire l'oggetto di una notifica alla Commissione ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 1, primo comma, della direttiva 98/34, in aggiunta e indipendentemente dalla notifica del Trattato sui giochi d'azzardo allo stato di progetto.

81 A questo proposito, occorre rilevare che, sebbene le norme disciplinanti l'organizzazione e l'intermediazione delle scommesse sportive in virtù della legge di esecuzione del Trattato sui giochi d'azzardo presentino un contenuto identico a quelle delle norme del Trattato sui giochi d'azzardo che erano state precedentemente notificate alla Commissione, esse se ne distinguono per quanto riguarda il loro ambito di applicazione temporale e territoriale.

82 Pertanto, la realizzazione degli obiettivi perseguiti dalla direttiva 98/34 esige che il progetto di un atto legislativo come la legge di esecuzione del Trattato sui giochi d'azzardo venga notificato alla Commissione ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 1, primo comma, di tale direttiva. Come risulta in particolare dai suoi considerando 5 e 6, questa direttiva mira, in primo luogo, a garantire un controllo preventivo delle regole tecniche che uno Stato membro progetta di adottare, permettendo alla Commissione e agli altri Stati membri di prenderne conoscenza prima della loro adozione. In secondo luogo, come viene indicato al considerando 7 della direttiva citata, quest'ultima cerca di permettere un miglior sfruttamento da parte degli operatori economici dei vantaggi inerenti al mercato interno, assicurando la pubblicazione regolare delle regolamentazioni tecniche progettate dagli Stati membri e mettendo così detti operatori in condizione di far conoscere le loro valutazioni in merito all'impatto di queste regolamentazioni.

83 Alla luce, in particolare, di questo secondo obiettivo, occorre che gli operatori economici di uno Stato membro siano informati dei progetti di regole tecniche adottati da un altro Stato membro, nonché dell'ambito di applicazione temporale e territoriale di tali regole, affinché essi siano in grado di conoscere l'estensione degli obblighi che possono essere loro imposti e di anticipare l'adozione di tali testi normativi adattando tempestivamente, se del caso, i propri prodotti o i propri servizi.

84 Di conseguenza, occorre rispondere alla seconda questione dichiarando che l'articolo 8, paragrafo 1, della direttiva 98/34 deve essere interpretato nel senso che il progetto di una legislazione regionale, che mantenga in vigore, a livello della regione di cui trattasi, le disposizioni di una normativa comune alle differenti regioni di uno Stato membro giunta a scadenza, si trova assoggettato all'obbligo di notifica previsto dal citato articolo 8, paragrafo 1, qualora detto progetto contenga regole tecniche ai sensi dell'articolo 1 della medesima direttiva, di modo che la violazione di questo obbligo comporta l'inopponibilità delle summenzionate regole tecniche nei confronti di un singolo nell'ambito di un procedimento penale. Tale obbligo non viene meno per il fatto che la suddetta normativa comune fosse stata in precedenza notificata alla Commissione allo stato di progetto in conformità dell'articolo 8, paragrafo 1, della direttiva in parola e prevedesse espressamente la possibilità di una proroga, della quale però non è stato fatto uso.

Sulla terza questione

85 Con la sua terza questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo



56 TFUE debba essere interpretato nel senso che esso osta a che uno Stato membro punisca l'intermediazione senza autorizzazione di scommesse sportive nel suo territorio effettuata per conto di un operatore economico titolare di una licenza per l'organizzazione di scommesse sportive in un altro Stato membro:

- qualora il rilascio di un'autorizzazione all'organizzazione di scommesse sportive sia subordinato all'ottenimento, da parte di detto operatore, di una concessione sulla base di una procedura di assegnazione di concessioni, come quella in discussione nel procedimento principale, se e in quanto il giudice del rinvio constati che tale procedura non rispetta i principi di parità di trattamento e di non discriminazione in ragione della nazionalità nonché l'obbligo di trasparenza che ne deriva, e
- quando, nonostante l'entrata in vigore di una norma nazionale che consente il rilascio di concessioni ad operatori privati, le disposizioni istituenti un regime di monopolio pubblico sull'organizzazione e sull'intermediazione delle scommesse sportive, che i giudici nazionali hanno giudicato contrarie al diritto dell'Unione, abbiano di fatto continuato a trovare applicazione.

86 Occorre ricordare, in via preliminare, che le autorità pubbliche che concludono contratti di concessione di servizi sono tenute a rispettare le norme fondamentali del Trattato in generale, segnatamente l'articolo 56 TFUE, e, in particolare, i principi di parità di trattamento e di non discriminazione in ragione della nazionalità nonché l'obbligo di trasparenza che ne deriva (v., in tal senso, sentenza *Sporting Exchange*, C-203/08, EU:C:2010:307, punto 39 e la giurisprudenza ivi citata).

87 Questo obbligo di trasparenza, che costituisce un corollario del principio di uguaglianza, ha in tale contesto essenzialmente lo scopo di garantire che qualsiasi operatore interessato possa decidere di partecipare a pubbliche gare sulla base dell'insieme delle informazioni pertinenti, nonché quello di garantire l'esclusione di qualsiasi rischio di favoritismo e arbitrarietà da parte dell'autorità aggiudicatrice. Esso implica che tutte le condizioni e le modalità della procedura di aggiudicazione siano formulate in maniera chiara, precisa e univoca, in modo tale per cui, da un lato, sia consentito a tutti gli offerenti ragionevolmente informati e normalmente diligenti di comprenderne l'esatta portata e di interpretarle nella stessa maniera e, dall'altro, siano fissati dei limiti al potere discrezionale dell'autorità concedente e quest'ultima sia messa in grado di verificare effettivamente se le offerte dei candidati rispondono ai criteri disciplinanti la procedura in questione (sentenza *Costa e Cifone*, C-72/10 e C-77/10, EU:C:2012:80, punto 73 e la giurisprudenza ivi citata).

88 Spetta, in ultima istanza, al giudice del rinvio, che è il solo competente a valutare i fatti e ad interpretare la normativa nazionale, esaminare, alla luce dei suddetti principi, se gli elementi da esso indicati, isolatamente presi o in virtù del loro effetto combinato, siano idonei a mettere in discussione la conformità di una procedura di rilascio di concessioni per l'organizzazione di scommesse sportive, quale quella in esame nel procedimento principale, ai principi di parità di trattamento e di non discriminazione in ragione della nazionalità nonché all'obbligo di trasparenza che ne deriva.

89 Occorre rilevare come, nel caso di specie, il giudice del rinvio abbia indicato, nell'ambito della terza questione, lettera f), che l'autorità concedente non ha fatto uso della possibilità di attribuire concessioni ad operatori privati a norma dell'articolo 10a del Trattato modificativo. Come menzionato al punto 38 della presente sentenza, risulta dalle osservazioni del governo tedesco che l'attribuzione delle concessioni ai candidati prescelti



al termine della procedura di selezione è stata sospesa in virtù di varie ordinanze cautelari emesse da giudici tedeschi. Pertanto, all'epoca dei fatti contestati alla sig.ra Ince, nessun operatore privato era autorizzato ad organizzare o a raccogliere scommesse sportive in Germania, continuando ad applicarsi agli operatori privati la giurisprudenza del Bundesverwaltungsgericht (Corte suprema amministrativa federale) menzionata ai punti 29 e 30 della presente sentenza.

90 Per contro, come parimenti constatato dall'Amtsgericht Sonthofen (Pretura circondariale di Sonthofen) nell'ambito della terza questione, lettera f), gli operatori pubblici titolari di un'autorizzazione per l'organizzazione o l'intermediazione di scommesse sportive ottenuta in applicazione del Trattato sui giochi d'azzardo o delle leggi regionali di attuazione di quest'ultimo potevano, in forza della disposizione transitoria contenuta nell'articolo 29 del Trattato modificativo, continuare ad esercitare tali attività per un periodo di un anno a partire dal rilascio della prima concessione, senza disporre essi stessi di una concessione.

91 Date tali circostanze, detto giudice ritiene che il regime di monopolio pubblico sull'organizzazione e sull'intermediazione delle scommesse sportive previsto dal Trattato sui giochi d'azzardo e dalle leggi regionali di attuazione di quest'ultimo, che i giudici tedeschi hanno giudicato contrario al diritto dell'Unione, sia di fatto proseguito.

92 A questo proposito, occorre sottolineare che, come ricordato ai punti da 53 a 55 della presente sentenza, la Corte ha statuito, nella sentenza *Stanleybet International e a.* (C 186/11 e C 209/11, EU:C:2013:33, punti 38, 46 e 47), che una normativa nazionale riguardante un monopolio pubblico sulle scommesse sportive, la quale, secondo quanto accertato da un giudice nazionale, comporti restrizioni incompatibili con la libera prestazione dei servizi, non può continuare ad applicarsi per un periodo transitorio. Il rifiuto di concedere un periodo transitorio non comporta però l'obbligo dello Stato membro interessato di liberalizzare il mercato dei giochi d'azzardo, dato che tale Stato può anche riformare il monopolio esistente al fine di renderlo compatibile con il diritto dell'Unione ovvero sostituirlo con un sistema di previa autorizzazione amministrativa fondato su criteri oggettivi, non discriminatori e noti in anticipo.

93 Alla luce di quanto precede, e senza che sia necessario stabilire, inoltre, se ciascuno degli elementi indicati nell'ambito della terza questione, lettere da a) ad e), isolatamente preso o in combinazione con altri, sia idoneo a mettere in discussione la conformità della procedura di rilascio di concessioni di cui al procedimento principale rispetto all'articolo 56 TFUE, occorre dichiarare che una riforma legislativa, quale quella risultante dall'introduzione della clausola di sperimentazione per le scommesse sportive prevista dall'articolo 10a del Trattato modificativo, non può essere considerata un rimedio all'incompatibilità con il citato articolo 56 TFUE di un regime di monopolio pubblico sull'organizzazione e sull'intermediazione delle scommesse sportive, come quello che risulta dalle disposizioni del Trattato sui giochi d'azzardo e delle leggi di attuazione di quest'ultimo, dal momento che, tenuto conto delle circostanze descritte nell'ambito della terza questione, lettera f), un regime siffatto ha continuato a trovare applicazione nella pratica nonostante l'entrata in vigore della riforma suddetta.

94 Orbene, come ricordato al punto 63 della presente sentenza, uno Stato membro non può applicare una sanzione penale per il mancato espletamento di una formalità amministrativa qualora l'adempimento di tale formalità venga rifiutato o sia reso



impossibile dallo Stato membro in questione in violazione del diritto dell'Unione.

95 Pertanto, occorre rispondere alla terza questione dichiarando che l'articolo 56 TFUE deve essere interpretato nel senso che esso osta a che uno Stato membro punisca l'intermediazione senza autorizzazione di scommesse sportive nel suo territorio effettuata per conto di un operatore titolare di una licenza per l'organizzazione di scommesse sportive in un altro Stato membro:

- qualora il rilascio di un'autorizzazione all'organizzazione di scommesse sportive sia subordinato all'ottenimento, da parte di detto operatore, di una concessione sulla base di una procedura di assegnazione di concessioni, come quella in discussione nel procedimento principale, se e in quanto il giudice del rinvio constati che tale procedura non rispetta i principi di parità di trattamento e di non discriminazione in ragione della nazionalità nonché l'obbligo di trasparenza che ne deriva, e
- quando, nonostante l'entrata in vigore di una norma nazionale che consente il rilascio di concessioni ad operatori privati, le disposizioni istituenti un regime di monopolio pubblico sull'organizzazione e sull'intermediazione delle scommesse sportive, che i giudici nazionali hanno giudicato contrarie al diritto dell'Unione, abbiano di fatto continuato a trovare applicazione.

Sulle spese

96 Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Prima Sezione) dichiara:

1) L'articolo 56 TFUE deve essere interpretato nel senso che esso osta a che le autorità sanzionatorie di uno Stato membro puniscano l'intermediazione, senza autorizzazione, di scommesse sportive effettuata da un operatore privato per conto di un altro operatore privato, il quale sia sprovvisto di un'autorizzazione per l'organizzazione di scommesse sportive in questo Stato membro ma sia titolare di una licenza in un altro Stato membro, qualora l'obbligo di detenere un'autorizzazione per l'organizzazione o l'intermediazione di scommesse sportive si iscriva nell'ambito di un regime di monopolio pubblico che i giudici nazionali hanno giudicato contrario al diritto dell'Unione. L'articolo 56 TFUE osta ad una siffatta applicazione di sanzioni anche nel caso in cui un operatore privato possa, in teoria, ottenere un'autorizzazione per l'organizzazione o l'intermediazione di scommesse sportive, nella misura in cui la conoscenza della procedura di rilascio di tale autorizzazione non sia garantita e il regime di monopolio pubblico sulle scommesse sportive, che i giudici nazionali hanno giudicato contrario al diritto dell'Unione, abbia continuato ad esistere malgrado l'adozione di detta procedura.

2) L'articolo 8, paragrafo 1, della direttiva 98/34/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 giugno 1998, che prevede una procedura d'informazione nel settore delle norme e delle regolamentazioni tecniche e delle regole relative ai servizi della società dell'informazione, come modificata dalla direttiva 98/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 luglio 1998, deve essere interpretato nel senso che il progetto di una legislazione regionale, che mantenga in vigore, a livello della regione di cui trattasi, le disposizioni di una normativa comune alle differenti regioni di uno Stato membro giunta a



scadenza, si trova assoggettato all'obbligo di notifica previsto dal citato articolo 8, paragrafo 1, qualora detto progetto contenga regole tecniche ai sensi dell'articolo 1 della medesima direttiva, di modo che la violazione di questo obbligo comporta l'inopponibilità delle summenzionate regole tecniche nei confronti di un singolo nell'ambito di un procedimento penale. Tale obbligo non viene meno per il fatto che la suddetta normativa comune fosse stata in precedenza notificata alla Commissione allo stato di progetto in conformità dell'articolo 8, paragrafo 1, della direttiva in parola e prevedesse espressamente la possibilità di una proroga, della quale però non è stato fatto uso.

3) L'articolo 56 TFUE deve essere interpretato nel senso che esso osta a che uno Stato membro punisca l'intermediazione senza autorizzazione di scommesse sportive nel suo territorio effettuata per conto di un operatore titolare di una licenza per l'organizzazione di scommesse sportive in un altro Stato membro:

- qualora il rilascio di un'autorizzazione all'organizzazione di scommesse sportive sia subordinato all'ottenimento, da parte di detto operatore, di una concessione sulla base di una procedura di assegnazione di concessioni, come quella in discussione nel procedimento principale, se e in quanto il giudice del rinvio constati che tale procedura non rispetta i principi di parità di trattamento e di non discriminazione in ragione della nazionalità nonché l'obbligo di trasparenza che ne deriva, e
- quando, nonostante l'entrata in vigore di una norma nazionale che consente il rilascio di concessioni ad operatori privati, le disposizioni istituenti un regime di monopolio pubblico sull'organizzazione e sull'intermediazione delle scommesse sportive, che i giudici nazionali hanno giudicato contrarie al diritto dell'Unione, abbiano di fatto continuato a trovare applicazione.