



diritto^esalute

Rivista di sanità e responsabilità medica

Numero 2 del 2022
Autorizzazione del Tribunale di Roma, n. 5 del 26 Gennaio 2017
Codice ISSN 2532-1862

dirittoe salute

Rivista di sanità e responsabilità medica

Direttore Scientifico:

Giuseppe Morbidelli

Direttore Responsabile:

Luigi Principato

Numero 2 del 2022
Autorizzazione del Tribunale di Roma n. 5 del 26 Gennaio 2017
Codice ISNN 2532-1862

Fascicolo n. 2 del 2022

DANIELA MARCELLO, <i>La pianificazione condivisa delle cure del minore tra alleanza terapeutica e rispetto delle linee guida</i>	1
CATERINA DI COSTANZO, <i>La tutela del minore fra ricerca della verità biologica e garanzia costituzionale dei suoi “preminenti” interessi</i>	20
MARCO RIZZUTI, <i>Accordi sulla sorte di embrioni e gameti crioconservati in caso di crisi familiare</i>	46
EMILIA GIUSTI, <i>Medically assisted procreation and insurance: an overview of Italian Jurisprudence from the right to reproductive health to the right to procreation</i>	62
SARA LANDINI, <i>Ancora sulla interpretazione del contratto di assicurazione</i>	74

La pianificazione condivisa delle cure del minore tra alleanza terapeutica e rispetto delle linee guida*

di Daniela Marcello**

Abstract IT: *Con la legge 22.12.2017 n. 219 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento), il legislatore ha cristallizzato all'art. 1 il diritto di ogni persona di conoscere le proprie condizioni di salute e di essere informata in modo completo, aggiornato e a lei comprensibile riguardo alla diagnosi, alla prognosi, ai benefici e ai rischi degli accertamenti diagnostici e dei trattamenti sanitari indicati, nonché riguardo alle possibili alternative e alle conseguenze dell'eventuale rifiuto del trattamento sanitario e dell'accertamento diagnostico o della rinuncia ai medesimi. Ciò a tutela del principio costituzionale di autodeterminazione della persona, che esprime la libertà dell'individuo da ingerenze altrui nella propria sfera psico-fisica, nonché la libertà di affermare la propria dignità, vale a dire il senso personale e intimo della considerazione che ognuno ha di sé stesso. L'art. 3 di tale legge stabilisce che anche i soggetti incapaci ed i minori hanno diritto alla valorizzazione delle proprie capacità di comprensione e di decisione, essi devono ricevere dal personale sanitario tutte le informazioni sulle scelte relative alla propria salute in modo consono alle loro capacità per essere messi nelle condizioni di esprimere la loro volontà. Il contributo propone una lettura dell'art. 3 della L. 219/2017 alla luce della rinnovata sensibilità verso l'interesse del minore e della sua capacità di discernimento, in ragione delle varie fasi evolutive della vita dei minori.*

Abstract EN: *Law 22.12.2017 n. 219 (Regulations regarding informed consent and advance directives on processing), art. 1 establishes the right of every person to know their state of health and to be informed in a complete, updated and understandable way on the diagnosis, prognosis, benefits and risks of the diagnostic tests and health treatments indicated, as well as on the possible alternatives and on the consequences of any refusal of health treatment and diagnostic assessment or of renouncing the same. This is to protect the constitutional principle of self-determination of the person, which expresses the freedom of the individual from the interference of others in his own psycho-physical sphere, as well as the freedom to affirm his own dignity, that is, the personal dignity and intimate sense of consideration that everyone has of himself. The art. 3 of this law establishes that even incapable individuals and minors have the right to have their capacity for understanding and decision-making strengthened; they must receive from healthcare personnel all the information on choices relating to their health in a*

* Contributo già pubblicato in *Identità e salute del minore. Problematiche attuali* a cura di Andrea Bucelli, Pisa, 2021, 67-84.

** Ricercatrice in Diritto Privato, Università degli Studi di Firenze.

manner appropriate to their abilities in order to be able to express their will. This paper proposes a reading of the art. 3 of Law 219/2017 in light of the renewed sensitivity towards the interests of the minor and his ability to discern, due to the different developmental phases of minors' lives.

Sommario: 1 L'autodeterminazione delle cure. Premessa. 2. Il consenso al trattamento terapeutico nel paziente incapace di intendere e di volere. 3. La capacità di discernimento del minore e la sua partecipazione alle scelte sulla propria salute. 4. Tra autonomia del minore e rappresentanza legale, il ruolo del medico e il ruolo del giudice tutelare.

1. L'autodeterminazione delle cure. Premessa

L'autodeterminazione delle cure rappresenta un terreno i cui confini sono in continua ridefinizione¹.

Ciò in primo luogo in ragione delle evoluzioni tecniche e scientifiche che spostano il confine tra il fatto e l'azione, nel senso che questioni che in passato si presentavano al giurista come situazioni di fatto indipendenti dalla volontà individuale, oggi sono invece frutto di azioni rispetto alle quali il diritto deve stabilire il confine del lecito e dell'illecito e deve valutare la meritevolezza degli interessi in gioco anche al fine di un corretto bilanciamento tra i medesimi.

Si pensi alla procreazione medicalmente assistita, la quale implica la tutela della salute della donna e del feto ed al contempo la tutela dell'autodeterminazione procreativa.

La Corte Europea dei diritti dell'uomo², per prima, ha affermato esplicitamente che le scelte procreative della coppia sono associate alla vita privata e familiare

¹ Il vivace dibattito svoltosi fin dai primi anni di questo nuovo millennio consegna allo studioso un panorama del tutto rinnovato in tema di scelta del paziente sulle cure.

In Italia, l'esigenza di salvaguardare la dignità della persona umana e la sua autodeterminazione si impone con maggiore forza a partire dagli anni '70, anni durante i quali si registra un movimento culturale complessivo che porta alla ribalta la considerazione del valore della persona. Ne sono una importante testimonianza la legge Basaglia sugli istituti psichiatrici (l. 180/1978). Si pone al centro della relazione di cura l'uomo come valore piuttosto che l'uomo come corpo. Tra i numerosi contributi sull'argomento vedi V. DONATO, *Contributi di diritto civile*, Torino, 2004, 10-31, ed *ivi* bibliografia; S. CACACE, *Autodeterminazione in salute*, Torino, 2017, 9-130; A. SANTOSUOSSO, *Autodeterminazione e diritto alla salute: da compagni di viaggio a difficili conviventi*, in *Notizie di Politeia*, 47/48, 1997, 2742; B. SALVATORE, *Informazione e consenso nella relazione terapeutica*, Napoli, 2012, 107 ss.; F. DI PILLA (a cura di), *Consenso informato e diritto alla salute. Atti del convegno. Perugia, 26 novembre 1999*, in *Quad. del comitato univ. di bioetica*, Napoli, 2001, 24 ss.; G. FERRANDO, *Diritto alla salute e autodeterminazione tra diritto europeo e Costituzione*, in *Politica del diritto*, marzo 2012, 1, 3 ss.; P. ZATTI, *Il diritto a scegliere la propria salute (in margine al caso San Raffaele)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2, 2000, 1 ss.; ID., *Rapporto medico-paziente e "integrità" della persona*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2, 2008, 406 ss.

² Corte EDU, 10 aprile 2010, *S.H. c. Austria*, ric. n. 57813/00; Corte EDU, 10 aprile 2017, *Evans c. Regno Unito*, ric. n. 6339/05; Corte EDU, 16 dicembre 2010, *ABC c. Irlanda*, ric. n. 44362/04. La Corte sottolinea la necessità per gli Stati di garantire la libertà delle scelte in ambito procreativo, contemperando i diversi diritti dei soggetti coinvolti, con «ragionevolezza».

delle persone e in quanto tali sono protette dall'art. 8 della CEDU, evidenziando il collegamento assiologico tra salute e vita privata familiare. In questo ambito, il trattamento terapeutico è strumento non soltanto di contrasto ad uno stato di malattia, ma strumento di realizzazione esistenziale dell'individuo e della coppia, la quale con una scelta libera e consapevole deve poter accedere alla genitorialità³.

Un altro ambito in cui le evoluzioni scientifiche hanno complicato le scelte etiche si registra nelle tecniche di rianimazione e terapia intensiva, le quali offrono oggi la possibilità di tenere in vita una persona mediante per esempio la ventilazione artificiale, con tutte le implicazioni che ciò comporta sulle scelte c.d. di fine vita⁴. O ancora, la mappatura del DNA con tutte le possibili applicazioni in ambito genetico.

In secondo luogo, occorre considerare la evoluzione normativa e giurisprudenziale in tema di tutela della persona, che ha portato a bilanciare in maniera diversa l'indisponibilità della vita e della lesione permanente del proprio corpo rispetto alla affermazione della dignità della persona e del dominio su di sé.

Il principio di autodeterminazione esprime la libertà dell'individuo da ingerenze altrui nella propria sfera psico-fisica, nonché la libertà di affermare la propria dignità, vale a dire il senso personale e intimo della considerazione che ognuno ha di sé stesso. Si pensi per fare solo un esempio alle operazioni di mutamento del sesso, dove la modificazione genitale che si opera con l'intervento terapeutico tenta di adeguare il corpo al cambiamento psichico ed esistenziale che il soggetto ha maturato dentro di sé. In questo ambito il giurista si è liberato dalla visione un po' angusta che lo portava a riguardare il fenomeno solo sotto il profilo della mutilazione in sé. La tensione del dibattito tra le opposte visioni della logica proprietaria del corpo e della visione pubblicistica degli atti di

Gli effetti della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo sugli orientamenti dei giudici italiani in materia di procreazione medicalmente assistita ed in genere rispetto ai c.d. «diritti procreativi» sono innegabili. Su questa scia la Corte Costituzionale (tra le altre Corte Cost., 10 giugno 2014, n.162, in *Diritto di Famiglia e delle Persone* (II), fasc.3, 2014, 1005, con nota di L. D'AVACK, *Cade il divieto all'eterologa, ma la tecnica procreativa resta un percorso tutto da regolamentare*, in *Europa e Diritto Privato*, fasc.3, 2014, 1117; con nota di C. CASTRONOVO *Fecondazione eterologa: il passo (falso) della corte costituzionale*) ribadisce che la scelta della coppia di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli costituisce "espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi".

³ Vedi disciplina del consenso, art. 6 Legge 2004/40.

⁴ Da ultimo, molto importante la sentenza della Corte Costituzionale (Corte Cost., 22 novembre 2019, n. 242, in *Diritto della Famiglia e delle Persone* 2020, 1, I, 68) con la quale la Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 580 c.p. nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge n. 219 del 2017 agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente.

La sentenza, come noto, prende origine dal caso Cappato, il quale ha sollecitato diverse riflessioni tra cui: AA.VV., *Il caso Cappato: riflessioni a margine della Corte Costituzionale n. 207 del 2018*, a cura di F.S. Marini e C. Cupelli, Napoli, 2019; G. CARAPEZZA FIGLIA, *Diritto al suicidio assistito? La tutela della persona alla fine della vita*, in *Rass. dir. civ.*, 2019, 580 ss.; V. MARCENÒ, *L'ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato: comprendere per (valutare se) giustificare*, in *Giur. cost.*, 2019, 1217 ss.

disposizione del proprio corpo ha lasciato spazio all'idea di una visione unitaria e completa della persona la cui dignità esige il rispetto della considerazione che la medesima ha di sé stessa⁵.

Detto percorso ermeneutico e culturale ha elevato il diritto all'autodeterminazione ad interesse esistenziale pari ordinato alla salute, contribuendo in tal guisa ad abbandonare la visione paternalistica della scienza medica⁶.

Con la legge 22.12.2017 n. 219 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento), il legislatore ha cristallizzato all'art. 1 il diritto di ogni persona di conoscere le proprie condizioni di salute e di essere informata in modo completo, aggiornato e a lei comprensibile riguardo alla diagnosi, alla prognosi, ai benefici e ai rischi degli accertamenti diagnostici e dei trattamenti sanitari indicati, nonché riguardo alle possibili alternative e alle conseguenze dell'eventuale rifiuto del trattamento sanitario e dell'accertamento diagnostico o della rinuncia ai medesimi⁷.

Viene altresì garantito il diritto a rifiutare in tutto o in parte le informazioni ovvero la possibilità di indicare i familiari o una persona di fiducia incaricati di riceverle e di esprimere il consenso in sua vece, se il paziente lo vuole.

Come noto, all'art. 1 comma 8 si afferma che: «Il tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce tempo di cura».

La questione pone dunque al centro dell'attenzione l'obbligo di informazione il quale, tuttavia, non esaurisce tutto l'aspetto della comunicazione medico paziente.

Nella relazione concreta l'informazione va commisurata e calibrata alla specificità del caso sia in ordine alla patologia, sia in ordine alle particolari

⁵ Vedi per esempio S. RODOTÀ, *Il nuovo habeas corpus: la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, in *Trattato di biodiritto*, a cura di Rodotà e Zatti, Ambito e fonti del biodiritto a cura di Rodotà e Tallacchini, Milano, 2010, 211; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, 767 ss.

⁶ Emblematica la sentenza della Corte di Assise di Firenze del 18 ottobre 1990, nota come "caso Massimo" [Corte Assise Firenze 18.10.1990, in *Giust. Pen.*, 1991, II, 163 con nota di G. Iadecola, La sentenza di conferma della Suprema Corte è Cass. pen., Sez. V, 21.04.1992, in *Cass. pen.*, 1993, 63, con nota di G. Melillo].

⁷ La scelta del malato sulle cure è infatti esplicazione del principio di autodeterminazione ed attuazione di libertà. Libertà garantita dall'art. 13 della Costituzione, ribadita nella Carta di Nizza e precisata anche nell'ambito della Convenzione di Oviedo adottata dal Consiglio d'Europa il 19 novembre del 1996 e firmata ad Oviedo il 4 aprile del 1997, la quale, come è noto, si prefigge di fissare standard minimi di protezione della dignità umana nell'ambito della biomedicina, ritenuti inderogabili per le parti firmatarie. Importante, Corte Cost. 23 dicembre 2008 n. 438, in *Giur. cost.*, 2008, 6, 4953. In detta sentenza la Corte sancisce che il consenso informato si configura quale vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi espressi nell'art. 2 della Costituzione, che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli artt. 13 e 32 della Costituzione, i quali stabiliscono, rispettivamente, che «la libertà personale è inviolabile», e che «nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge».

Nell'ampia letteratura vedi: A. CILENTO, *Oltre il consenso informato. Il dovere di informare nella relazione medico-paziente*, Napoli, 2014, 96-100; A. ANDRONIO, *Il consenso alla prestazione delle cure medico-chirurgiche nella Cedu e nella giurisprudenza italiana*, in *Giur. merito*, 2011, 2, 300; M. FRANZONI, *Dal consenso all'esercizio dell'attività medica all'autodeterminazione del paziente*, in *Ragiusan*, 2015, 11-20; M. FOGLIA, *Consenso e cura. La solidarietà nel rapporto terapeutico*, Torino, 2018, 18 ss.; E. FAZIO, *Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: profili problematici*, in *Diritto delle Successioni e della Famiglia*, 2019, (2), 389-414.

capacità di comprensione del paziente ed altresì alla sua sensibilità e reattività emotiva e l'informazione diventa così dialogo informativo⁸. Inoltre, tra i doveri di informazione e di cura che gravano sul medico rientrano anche quelle condotte tese non soltanto a contrastare la malattia, ma altresì le terapie tese ad alleviare il dolore e la sofferenza cagionati dalla malattia stessa. Il dialogo informativo consente di comprendere quando tali sofferenze siano per il paziente insopportabili, oppure se esse siano tanto atroci da annichilirlo, in modo che il medico possa intervenire ad alleviarle con le cure palliative oppure, se il paziente lo richiede, sospendere i trattamenti che gli cagionano tanta sofferenza anche quando ciò comprometta il contrasto alla malattia. Anche la nutrizione e l'idratazione artificiale sono trattamenti rinunciabili dal paziente, la legge stabilisce infatti che sono considerati trattamenti sanitari “*in quanto somministrazione, su prescrizione medica, di nutrienti mediante dispositivi medici*”⁹. In tal guisa l'informazione da parte del personale sanitario ed il consenso informato al trattamento terapeutico del paziente rappresentano i fondamenti dell'alleanza terapeutica esplicitamente richiamata anche dalla legge sulle DAT.

Detta alleanza potrà coinvolgere non soltanto il paziente e il medico curante, ma ampliarsi, da una parte, all'intera equipe sanitaria che segue il paziente nel percorso terapeutico e, dall'altro, ai familiari o al convivente o alla parte dell'unione civile o altra persona di fiducia del paziente medesimo.

2. Il consenso al trattamento terapeutico nel paziente incapace di intendere e di volere.

Nell'ipotesi di pazienti minori o incapaci l'alleanza terapeutica e il rapporto informativo coinvolge oltre il paziente (quando ciò sia possibile) anche (e necessariamente) il rappresentante legale dell'incapace.

Il problema del consenso al trattamento terapeutico implica un primo e più immediato ambito che riguarda i trattamenti necessari ed urgenti, che hanno uguale regolamentazione sia quando l'incapacità derivi da cause naturali transitorie, sia quando l'incapacità derivi da interdizione o inabilitazione.

Essi, come noto, possono essere somministrati dai medici anche in mancanza del consenso del paziente, ciò perché la tutela della vita e della salute sono valori prioritari; ma, fuori dei casi di urgenza il potere dovere del medico di somministrare cure al paziente incapace di intendere e di volere comprende altresì l'informazione adeguata allo stesso affinché, seppure in presenza di una

⁸ Per una rassegna di massime sul danno da lesione al diritto all'autodeterminazione nel caso di omesso consenso informato ai trattamenti sanitari vedi Corti fiorentine, 2017, 2, 177 ss. rassegna a cura della redazione.

⁹ Precisazione introdotta nella legge in maniera nient'affatto pacifica, l'inciso dirime infatti un annoso contrasto. Vedi sul tema Comitato nazionale di Bioetica del 30.09.2005. G. ALPA, *Il principio di autodeterminazione e le direttive anticipate sulle cure mediche*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, 93; G. FERRANDO, *Stato vegetativo permanente e sospensione dei trattamenti medici*, in *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, Fondazione Umberto Veronesi, Il sole 24 ore, 2006, 146 ss.; C. CASONATO, *Diritti e libertà alla fine della vita*, in AA. VV, *Etica del morire. Vissuto degli operatori e ruolo dei comitati etici*, Milano, 2010, 162. Sul punto rilevante il caso Englaro (Cass. 16.10.2007 n. 21748, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 5, 1103, con nota di G. Gennari).

incapacità naturale egli possa comunque partecipare alla decisione sui trattamenti, direttamente o per il tramite del suo rappresentante legale.

L'art. 3 della legge sulle DAT stabilisce che anch'essi hanno diritto alla valorizzazione delle proprie capacità di comprensione e di decisione, essi devono ricevere dal personale sanitario tutte le informazioni sulle scelte relative alla propria salute in modo consono alle loro capacità per essere messi nelle condizioni di esprimere la loro volontà.

Ciò implica che il dialogo informativo tra personale sanitario e paziente si moduli in ragione delle effettive capacità di comprensione del paziente¹⁰.

Nello spirito di valorizzazione della volontà individuale, la giurisprudenza in tema di espressione del consenso da parte di soggetti incapaci ha evidenziato come il ruolo del rappresentante legale sia per lo più quello di realizzare la volontà del paziente.

Sul punto, in alcune sentenze in tema di poteri dell'amministratore di sostegno si evidenzia che l'amministratore di sostegno non ha il potere di sostituirsi all'amministrato, quanto piuttosto di realizzarne la volontà¹¹. L'amministrazione di sostegno è uno strumento duttile che consente al giudice tutelare di modulare la misura alla situazione concreta della persona e di variarla nel tempo, in modo tale da assicurare al beneficiario la massima tutela possibile a fronte del minor sacrificio della sua capacità di autodeterminazione¹².

La Corte Costituzionale con una recente pronuncia¹³ ha ribadito che: *“Il rifiuto delle cure deve corrispondere alla volontà dell'interessato e dei suoi orientamenti esistenziali: l'amministratore non deve decidere né al posto dell'incapace, né per l'incapace, perché rifiutare le cure è un diritto personalissimo. Pertanto, la decisione sul rifiuto delle cure deve risultare dalle DAT, e in assenza di queste, deve essere ricostruita la volontà dell'incapace, mediante indici sintomatici, di elementi presuntivi, o con l'audizione di conoscenti dell'interessato o strumenti di altra natura.”*

L'oggetto dell'incarico dell'amministratore di sostegno è definito dal giudice tutelare al momento della nomina e il potere di compiere atti in nome e per conto del beneficiario, anche in ambito sanitario, è finalizzato alla migliore tutela della sua salute, tenendone presente sempre la volontà. Di conseguenza la Corte ha avvertito che l'art. 3, comma 4, della legge n. 219 del 2017 non conduce alla conclusione che il conferimento della rappresentanza esclusiva in ambito

¹⁰ Tra le sentenze sulla idoneità dell'informazione e del linguaggio utilizzato vedi Corte App. Napoli, 15 febbraio 2018 n.760, in *dejure.it*.

¹¹ Tribunale Roma sez. IX, 23 settembre 2019, in *dejure.it*

¹² Cfr. M. RINALDO, C. CICERO, *La dignità del morire, tra istanze etiche e giuridiche*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone* (II), 2018, 3, 1003; P. SANNA, *L'amministrazione di sostegno, tra successi e criticità ermeneutiche, nella stagione della «positivizzazione» del consenso alle cure e delle DAT ex lege n. 219/2017*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2020, 2, 612.

¹³ Corte Costituzionale, 13 giugno 2019, n.144, in *Diritto Fam. Pers.* (II) 2019, 4, I, 1527, con la quale sono state giudicate non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 3, commi 4 e 5, l. 22 dicembre 2017, n. 219, censurato, per violazione degli artt. 2,3,13 e 32 Cost., nella parte in cui stabilisce che l'amministratore di sostegno, la cui nomina preveda l'assistenza necessaria o la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario, in assenza delle disposizioni anticipate di trattamento, possa rifiutare senza l'autorizzazione del giudice tutelare le cure necessarie al mantenimento in vita dell'amministrato.

sanitario comporti necessariamente il potere di rifiutare i trattamenti sanitari necessari al mantenimento in vita.

Decisioni analoghe si riscontrano anche in ordine al consenso alla donazione degli organi.

Sul punto la legge 1° aprile 1999, n. 91, *Disposizioni in materia di prelievi e di trapianti di organi e di tessuti*, stabilisce che i soggetti privi di capacità di agire non possano manifestare il consenso alla donazione degli organi. Ne consegue che il rappresentante legale può eventualmente soltanto riportare una volontà già espressa dall'incapace quando era dotato di capacità, ma non può ad esso sostituirsi nella scelta, anche se, per vero, la donazione non ha ricadute sulla salute dell'incapace, dal momento che il prelievo degli organi si effettua dopo che ne sia accertata la morte. A conferma di tale orientamento la giurisprudenza ha precisato che l'amministratore di sostegno non può manifestare il consenso alla donazione degli organi ove la sua nomina sia avvenuta dopo che il soggetto aveva perso la sua lucidità mentale e quindi la possibilità di esprimere la sua volontà¹⁴.

Le argomentazioni suddette evidenziano come in tema di trattamento terapeutico e/o in tema di disposizione del proprio corpo, l'istituto della rappresentanza legale si moduli in ragione dell'interesse primario del soggetto incapace di non essere completamente privato della possibilità di decidere in ordine alle scelte personalissime, le quali laddove non siano evincibili da comportamenti assunti finché era capace, dalla volontà precedentemente espressa, o altre circostanze precise e concordanti non possono essere assunte dal rappresentante legale, salvo che ciò non risponda ad una chiara tutela dell'incapace stesso.

Per quanto riguarda il profilo del consenso informato al trattamento sanitario del minore, esso è espresso o rifiutato dagli esercenti la responsabilità genitoriale o dal tutore tenendo conto della volontà della persona minore, in relazione alla sua età e al suo grado di maturità, e avendo come scopo la tutela della salute psicofisica e della vita del minore nel pieno rispetto della sua dignità.

I genitori del minore hanno una più ampia capacità decisionale in ragione del ruolo educativo che essi svolgono e del legame affettivo che li lega al figlio. Così

¹⁴ In tal senso vedi per esempio Trib. Mantova, 25 agosto 2016, in cui il giudice afferma che qualora l'amministrazione di sostegno sia stata attivata a seguito della verificata incapacità del beneficiario di provvedere autonomamente ai propri interessi a causa di infermità psichica, la condizione del beneficiario deve equipararsi a quella del soggetto incapace di agire per il quale non è consentita, ai sensi dell'art. 4, comma 3°, della l. 1.4.1999, n. 91, la manifestazione del consenso alla donazione di organi da parte del rappresentante legale. E. BETTI FERRAMOSCHE, *La nuova disciplina della capacità di agire. Il problema degli "atti personalissimi"*, in Riv. crit. dir. priv., 2007, 121 ss.; G. BONILINI, *Le norme applicabili all'amministrazione di sostegno*, in *Comm. del cod. civ.*, Schlesinger, Busnelli (diretto da), Dell'amministrazione di sostegno artt. 404-413, Milano, 2008, 422 ss.; G. FERRANDO, *I diritti di natura personale. Compiti dell'amministratore ed autonomia dell'interessato*, in G. Ferrando-L. Lenti (a cura di), *Soggetti deboli e misure di protezione. Amministrazione di sostegno e interdizione*, Torino, 2006, 159 ss.; A. GORGONE, *Amministrazione di sostegno e trattamenti sanitari*, in *Europa e dir. priv.*, 2012, 2, 547 ss.; M. PICCINNI, *Relazione terapeutica e consenso al trattamento dell'adulto incapace*, in *Trattato di Biodiritto*, S. Rodotà, P. Zatti (a cura di), I diritti in medicina, L. Lenti, E. Palermo, P. Zatti (a cura di), Milano, 2011, 372 ss.; F. RUSCELLO, *Amministrazione di sostegno e consenso ai trattamenti terapeutici*, nota a Trib. Modena, decr., 15 settembre 2004, in *Fam. dir.*, 2005, 85 ss.

per esempio la medesima legge sul consenso alla donazione degli organi impone per i minori di età che la dichiarazione di volontà in ordine alla donazione degli organi sia manifestata dai genitori esercenti la potestà. In caso di non accordo tra i due genitori non è possibile procedere alla manifestazione di disponibilità alla donazione. Medesimo approccio è confermato nella recente legge 10 febbraio 2020, n. 10¹⁵, la quale all'art. 3 comma 6 stabilisce che “*Per i minori di età il consenso all'utilizzo del corpo o dei tessuti post mortem deve essere manifestato nelle forme di cui al comma 1 da entrambi i genitori esercenti la responsabilità genitoriale ovvero dai tutori o dai soggetti affidatari ai sensi della legge 4 maggio 1983, n. 184.*” La revoca, invece, può essere espressa anche da uno solo dei soggetti abilitati ad esprimere il consenso.

A garanzia dello sviluppo della personalità del minore il legislatore ha manifestato da tempo attenzione a quei trattamenti sanitari che più di altri investono scelte esistenziali del minore stesso.

Si pensi alla legge 1978/194 *Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*, che ha dedicato specifica attenzione alla minore d'età, la quale come noto può decidere di interrompere la gravidanza¹⁶.

Come noto, la norma prevede il ricorso al giudice tutelare su parere medico quando seri motivi impediscano o sconsiglino la consultazione delle persone esercenti la responsabilità genitoriale o la tutela, oppure queste, interpellate, abbiano rifiutato il loro assenso o esprimano pareri tra loro difformi. Il giudice tutelare sentita la donna e valutate le ragioni medico sanitarie può autorizzare il trattamento medico anche contro il parere dei soggetti esercenti la rappresentanza, a tutela della scelta esistenziale della donna stessa¹⁷.

Un altro ambito in cui la volontà del minore assume un rilievo primario rispetto a quella del rappresentante legale è quello previsto dall'art. 120 del d.P.R. 309/90, il quale dispone, per chi faccia uso di sostanze stupefacenti e di sostanze psicotrope, la possibilità di essere sottoposto ad accertamenti diagnostici e di eseguire un programma terapeutico e socio-riabilitativo presso il servizio pubblico per le tossicodipendenze o ad una struttura privata autorizzata. Qualora si tratti di persona minore di età o incapace di intendere e di volere la richiesta di intervento può essere fatta anche personalmente dall'interessato senza l'intervento del rappresentante legale.

Tema discusso riguarda la richiesta di test HIV da parte di un minorenne senza il consenso dei genitori, possibilità al momento negata dalla l. n. 135/90.

¹⁵Norme in materia di disposizione del proprio corpo e dei tessuti post mortem a fini di studio, di formazione e di ricerca scientifica.

¹⁶L. PRINCIPATO, *La capacità dei minori, la potestà genitoriale ed il controllo giurisdizionale: tassonomia della volontà nell'interruzione della gravidanza*, nota a: Corte Costituzionale, 10 maggio 2012 n.126, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2012, 3, 1798

¹⁷La minore partoriente inoltre può validamente esprimere il consenso alla donazione del cordone ombelicale. Legge 21 ottobre 2005, n. 219 *Nuova disciplina delle attività trasfusionali e della produzione nazionale degli emoderivati*, art. 3 comma 2. Le attività di cui al comma 1 possono essere effettuate in persone di almeno diciotto anni di età, previa espressione del consenso informato e verifica della loro idoneità fisica. Per le persone di età inferiore ai diciotto anni il consenso è espresso dagli esercenti la potestà dei genitori, o dal tutore o dal giudice tutelare. La partoriente di minore età può donare cellule staminali emopoietiche da cordone ombelicale previa espressione del consenso informato.

Negli ultimi anni, l'Organizzazione Mondiale della Sanità ha chiesto con forza agli Stati Membri di adottare norme e strategie che consentano ai minori di accedere al test HIV a prescindere dal consenso del genitore/tutore/affidatario. L'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza, a cui compete la tutela dell'interesse superiore del minore, ha di recente dato la disponibilità a fornire il proprio contributo in fase di redazione di un eventuale disegno di legge in materia. Il Ministero della salute non appena possibile veicolerà una norma che consentirà al minore l'accesso al test per l'HIV e le IST in un contesto protetto e dedicato nell'ambito dei servizi del SSN, senza il preventivo consenso del genitore/tutore¹⁸.

Questa breve carrellata normativa consente di evidenziare come il legislatore sia specificatamente attento al ruolo dell'autodeterminazione nella disciplina dell'accesso a quei trattamenti sanitari che investono in maniera più diretta scelte etiche e/o esistenziali dell'individuo. E sul tema il ruolo del rappresentante legale dell'incapace si atteggia in maniera diversa rispetto a quello del rappresentante del minore.

Nella prima ipotesi si tende a salvaguardare il più possibile la volontà dell'infermo, il quale oltre alla manifestazione di volontà tramite le DAT (soprattutto quando l'incapacità naturale derivi dalla malattia stessa) ha molto spesso un vissuto che può testimoniare le sue scelte etiche ed esistenziali.

Nella seconda ipotesi il potere rappresentativo del legale rappresentante è espressione della responsabilità genitoriale e la valutazione dell'interesse del minore si muove su altri parametri.

3. La capacità di discernimento del minore e la sua partecipazione alle scelte sulla propria salute.

Per quanto riguarda il minore d'età, il tema della sua partecipazione alle scelte che riguardano la sua esistenza e il suo sviluppo è antico.

La dottrina più attenta ha sempre osservato con attenzione le situazioni che sfuggivano alla rigida demarcazione della maggiore età come spartiacque per l'acquisizione della capacità d'agire¹⁹ ed ha tenuto conto anche delle aperture del legislatore, che mediante il riferimento alle capacità del minore, alle sue inclinazioni ed alle sue aspirazioni ha mostrato di intendere la rappresentanza del minore come un ufficio prioritariamente destinato alla tutela del suo interesse.

¹⁸ Vedi parere del 22 febbraio 2019 n. prot. 432/2019 dell'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza in www.garanteinfanzia.org

¹⁹ Cfr. P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Napoli, 1975, 260 ss.; ID., *Personalità, capacità e situazioni giuridiche del minore*, in *Dir. fam. e pers.*, 1999, 260 ss.; ID., *Diritti fondamentali dei minori e potestà dei genitori*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, 447 ss.; P. ZATTI, *Rapporto educativo e intervento del giudice*, in *L'autonomia dei minori tra famiglia e società*, a cura di Cristofaro - Belvedere, Milano, 1980, 65 ss.; F.D. BUSNELLI, *Capacità ed incapacità di agire del minore*, in *Dir. fam.*, 1982, 54 ss.; F. RUSCELLO, *Potestà genitoriale capacità dei figli minori: dalla soggezione all'autonomia*, in *Vita not.*, 2000, 57 ss.; P. PERLINGIERI, *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, 293 ss. e 463 ss.

Più recentemente poi l'attenzione alle varie fasi evolutive della vita dei minori ha sviluppato una maggiore sensibilità per i loro interessi nonché una più adeguata considerazione della loro volontà e ciò non soltanto in favore dei minori sedicenni. Infatti, tradizionalmente si operava una distinzione per lo più per i minori sedicenni, ai quali la disciplina codicistica attribuisce determinate facoltà, come per esempio l'emancipazione, la capacità di svolgere alcuni lavori, di prestare il consenso al riconoscimento del figlio naturale; oggi, l'attuale stato delle neuroscienze consente di distinguere tra la fase neonatale, la prima infanzia, la fanciullezza, l'adolescenza per poi giungere ai c.d. grandi minori, tutte tappe di crescita che presentano diversità percettive, cognitive e comportamentali che mettono in luce le diverse esigenze del minore nel corso della sua vita ed influenzano l'apprezzamento della sua capacità decisionale in relazione alla sua capacità di discernimento.

Come noto, quest'ultimo concetto ha fatto ingresso nel nostro ordinamento sulla spinta delle fonti internazionali²⁰ ed è stato recepito nell'ottica di promuovere una valorizzazione sostanziale del punto di vista del minore nell'ambito delle decisioni che lo riguardano²¹.

La principale espressione di tale principio è l'introduzione della norma procedimentale che attribuisce al minore il diritto di essere ascoltato nei procedimenti giudiziari i cui esiti si ripercuotono sulla sua sfera esistenziale, dall'adozione, alla separazione dei genitori, alle azioni c.d. di stato²².

L'ascolto del minore è obbligatorio a pena di nullità per i minori che abbiano compiuto dodici anni, mentre per gli infradodicenni esso è subordinato al preliminare accertamento della sua capacità di discernimento²³. L'indagine non è semplice e non può basarsi su meri dati formali, come per esempio la sussistenza di alcune patologie, ma deve effettivamente verificare la capacità del minore.

Nei procedimenti giudiziari tale capacità dovrà essere verificata dal giudice, il quale ove decida di non procedere all'ascolto dovrà adeguatamente motivare la scelta effettuata.

Sul punto appare significativa una recente pronuncia della Corte di Cassazione²⁴, la quale richiamando i principi ermeneutici fissati dagli ermellini in altre sentenze²⁵ ha rimarcato la «centralità» del diritto all'ascolto del minore e ne ha

²⁰ Convenzione sui diritti del fanciullo, firmata a New York il 20 novembre 1989: art. 24; Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, firmata a Oviedo il 4 aprile 1997: artt. 5, 6; Convenzione di Strasburgo firmata il 25 gennaio 1996 (ratificata con la legge n. 77 del 2003), art. 6; Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, firmata a Nizza il 7 dicembre 2000: art. 3;

²¹ Così Cass., ordinanza, 24 maggio 2018, n. 12957; sull'ascolto vedi tra le tante Cass., 7 marzo 2017 n. 5676.

²² Nei giudizi in cui si devono adottare provvedimenti che riguardano il minore nell'ordinamento civile italiano si applicano gli artt. 315 bis, 336 bis e 337 octies cod. civ., introdotti dalla L. 219/2012 e dal D. Lgs. 154/2013.

²³ Dottrina e giurisprudenza sul diritto all'ascolto, riferimenti essenziali: E. ITALIA, *La partecipazione del minore nel processo civile*, in *Corr. giur.*, 2018, 7, 988 ss.; V. anche F. DANOVI, *L'ascolto del minore nel processo civile*, in *Dir. fam. pers.*, 4, 2014, 1592 ss.

²⁴ Cass. ordinanza, 6 novembre 2019 n. 28521

²⁵ Per esempio Cass. 27 luglio 2017 n. 18649

sottolineato il carattere di *regola fondamentale e tendenzialmente inderogabile, anche se le dichiarazioni del minore poi non vincolano il giudice nell'adozione dei provvedimenti nel suo superiore interesse*. La Suprema Corte specifica che nell'economia del procedimento l'audizione del minore è presidio di tutela della dignità del minore, perché esso lungi dall'essere un mero incumbente prescritto dalla legge, rappresenta un momento di importante verifica durante il quale il giudice può appurare che il minore sia adeguatamente informato e consapevole delle vicende processuali in atto, può ascoltare le sue percezioni e opinioni sui rapporti familiari e/o comunque sulle circostanze di fatto poste alla base della vicenda. Ciò per garantire che il medesimo possa esprimere una volontà autonoma. Ne consegue che laddove il giudice decida di non ascoltare il minore perché riscontri la mancanza della capacità di discernimento, egli deve adeguatamente motivare, anche perché la mancanza di discernimento non può essere desunta semplicisticamente da eventuali disturbi di cui soffre il minore²⁶ e non può fare genericamente rinvio a motivi di opportunità, oppure a generiche sofferenze emotive per il minore. La Suprema Corte²⁷ sprona ad un *maggior impegno motivazionale*, val quanto dire specificare le eventuali ricadute emotive negative conseguenti all'ascolto misurabili in termini di compromissione dello stato di benessere psico-fisico del minore, evidenziare le effettive inabilità e/o limiti della capacità di discernimento, senza che l'età del bambino inferiore ai dodici anni sconti in sostanza una sorta di pregiudizio circa la sua idoneità²⁸. Tale rinnovata sensibilità verso l'interesse del minore e la considerazione della sua capacità di discernimento non può lasciare indifferente l'interprete nella lettura dell'art. 3 della L. 219/2017²⁹.

²⁶ Nel caso di specie il minore era affetto da un disturbo del linguaggio, e la Corte (Cass. ord., 6 novembre 2019 cit.) cassa il ragionamento dei giudici di merito che per ciò solo non avevano adeguatamente indagato se il medesimo pregiudicasse effettivamente la capacità di discernimento del minore, anzi avevano disatteso la perizia svolta nel corso del giudizio che attestava che il minore avesse comunque capacità di discernimento.

²⁷ Vedi anche altri precedenti: Cass. del 29 settembre 2015 n. 19327; Cass. del 17 aprile 20 n. 10784.

²⁸ Ed invero, la Corte, aveva già ammonito - in modo tanto più condivisibile quanto più sommaria risulti la giustificazione in contrario offerta dal decidente che la predisposizione di un contesto che tenda a mettere a proprio agio il minore ed a favorirne la spontaneità e la chiarezza delle dichiarazioni costituisce un compito del Tribunale e non un elemento di criticità nella valutazione del contenuto delle stesse (cfr. Cass. 26 settembre 2016 n. 18846; Cass. del 27 luglio 2017 n. 18649 cit.)

²⁹ Art. 3, *Minori e incapaci*: «1. La persona minore di età o incapace ha diritto alla valorizzazione delle proprie capacità di comprensione e di decisione, nel rispetto dei diritti di cui all'articolo 1, comma 1. Deve ricevere informazioni sulle scelte relative alla propria salute in modo consono alle sue capacità per essere messa nelle condizioni di esprimere la sua volontà.

2. Il consenso informato al trattamento sanitario del minore è espresso o rifiutato dagli esercenti la responsabilità genitoriale o dal tutore tenendo conto della volontà della persona minore, in relazione alla sua età e al suo grado di maturità, e avendo come scopo la tutela della salute psicofisica e della vita del minore nel pieno rispetto della sua dignità.

3. Il consenso informato della persona interdetta ai sensi dell'articolo 414 del codice civile è espresso o rifiutato dal tutore, sentito l'interdetto ove possibile, avendo come scopo la tutela della salute psicofisica e della vita della persona nel pieno rispetto della sua dignità.

4. Il consenso informato della persona inabilitata è espresso dalla medesima persona inabilitata. Nel caso in cui sia stato nominato un amministratore di sostegno la cui nomina preveda l'assistenza necessaria o la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario, il consenso informato è espresso o rifiutato anche

L'argomento delle scelte del minore sui trattamenti terapeutici era stato affrontato dal Comitato nazionale per la bioetica, il quale nei documenti del 20 giugno 1992 su "Informazione e consenso all'atto medico" e del 1994 su "Bioetica con l'infanzia" aveva affermato l'impossibilità di un autonomo consenso o dissenso al trattamento sanitario del bambino prima dei sei-sette anni, mentre aveva ritenuto possibile il consenso, o comunque la partecipazione al processo decisionale, da parte del bambino compreso fra i sette e i dieci-dodici anni.

Ebbene il richiamo del legislatore al diritto del minore *alla valorizzazione delle proprie capacità di comprensione e di decisione*, alla pretesa di *ricevere informazioni sulle scelte relative alla propria salute in modo consono alle sue capacità per essere messa nelle condizioni di esprimere la sua volontà* impone una modulazione sia della responsabilità genitoriale sia del rapporto tra il medico e il piccolo paziente.

Invero, anche il ruolo degli esercenti la responsabilità genitoriale muta in ragione alla capacità di discernimento del figlio nello sforzo di non frustrare la sua percezione della malattia e delle cure. Attenta dottrina³⁰ evidenzia che lo spazio di autodeterminazione da riconoscere al figlio non può prescindere dalla dimensione educativa dei genitori, la quale è da intendersi in senso relazionale ossia in relazione alla capacità di giudizio del figlio, al suo grado di maturazione; in tal guisa la funzione della responsabilità genitoriale muta e si evolve facendo subentrare al carattere di *formazione* quello di *protezione* della identità del minore. In questo contesto la relazione interpersonale medico/paziente minore d'età dovrà basarsi sia sulla capacità di esporre sia di ascoltare, rendendosi necessario far precedere la indicazione terapeutica ad un ascolto del paziente della sua visione della malattia, della sua sofferenza.

L'attenzione alla volontà del minore significa valutare la sua capacità di discernimento, ma significa anche intendere le esigenze di tutela del medesimo, per consentirgli la partecipazione alle scelte sulla propria salute³¹.

dall'amministratore di sostegno ovvero solo da quest'ultimo, tenendo conto della volontà del beneficiario, in relazione al suo grado di capacità di intendere e di volere.

5. Nel caso in cui il rappresentante legale della persona interdetta o inabilitata oppure l'amministratore di sostegno, in assenza delle disposizioni anticipate di trattamento (DAT) di cui all'articolo 4, o il rappresentante legale della persona minore rifiuti le cure proposte e il medico ritenga invece che queste siano appropriate e necessarie, la decisione è rimessa al giudice tutelare su ricorso del rappresentante legale della persona interessata o dei soggetti di cui agli articoli 406 e seguenti del codice civile o del medico o del rappresentante legale della struttura sanitaria.

³⁰ R. SENIGAGLIA, «Consenso libero e informato» del minore tra capacità e identità, in *Rass. dir. civ.*, 2018, 4, 1318 e ss.

³¹ P. ZATTI, «Parole tra noi così diverse». Per una ecologia del rapporto terapeutico, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, 145. L. LENTI, *L'identità del minore*, in *L'identità nell'orizzonte del diritto privato*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, 65 ss.; G. ALPA, *Identità e discriminazione*, *ivi*, 33 ss.; G. VETTORI, *La dignità e i diritti*, in *Id.* (a cura di), *Diritto dei contratti e "Costituzione" europea*, Milano, 2005, 29 ss.; M.R. MARELLA, *Il fondamento sociale della dignità umana. Un modello costituzionale per il diritto europeo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 67 ss.; M. PICCINNI, *Il consenso al trattamento medico del minore*, Padova, 2007; *Id.*, *I minori di età*, in C.M. Mazzoni e M. Piccinni, *La persona fisica*, in *Tratt. dir. priv.* Iudica e Zatti, Milano, 2016, 397; L. LENTI, *Il consenso informato ai trattamenti sanitari per i minorenni*, in *I diritti in medicina*, a cura di L. Lenti - E. Palermo Fabbris - P. Zatti, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Giuffrè, 2011, 417 ss.; M. DOGLIOTTI, *Diritto alla vita, tutela della salute e limiti alla potestà dei genitori*, in *Giur. it.*, 1984, IV, 1; *Id.*, *La potestà dei genitori e l'autonomia del minore*, in *Trattato dir. civ. comm.*, dir. A. Cicu e F. Messineo, 2007, 297 ss.

In quest'ottica la pianificazione delle cure *ex art. 5 legge 219/2017* può essere il luogo di realizzazione concreta di detti interessi.

Invero, l'art. 4 della legge 219/2017 attribuisce soltanto al maggiorenne capace di intendere e di volere la possibilità di esprimere la sua volontà in materia di trattamenti sanitari, nonché il consenso o il rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche e a singoli trattamenti sanitari attraverso le DAT, in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi. La legge esige quindi la piena capacità di agire da parte del soggetto agente. La scelta del legislatore sembra assegnare alle DAT un carattere negoziale con efficacia vincolante nei confronti dei terzi, quali il fiduciario ed i medici, nei limiti naturalmente stabiliti dalla stessa norma che prevede la possibilità di disattenderle quando siano palesemente incongrue rispetto al mutato stato di salute del paziente e/o delle evoluzioni della scienza e della tecnica, in sostanza in relazione alle possibili alle sopravvenienze³². La volontà del disponente è un elemento essenziale, ciò in quanto espressione della sovranità dell'individuo sul proprio essere e sul proprio sentire.

Il limite per il minore di disporre in anticipo la sua volontà sulle cure non può tuttavia essere intesa come una volontà di consegnare l'idoneità a effettuare le scelte sanitarie alla sola categoria della capacità di agire; l'interpretazione della normativa in esame deve infatti inserirsi nel quadro ermeneutico ed assiologico su descritto, che dà rilievo alla capacità di discernimento e impone l'ascolto del minore³³.

Nella disposizione sulla pianificazione condivisa delle cure, invece, il legislatore non richiama requisiti di capacità e/o di età nel riferirsi al paziente; anzi, il secondo comma amplia il dialogo informativo oltre che al paziente anche ai suoi familiari o alla parte dell'unione civile o al convivente ovvero ad una persona di sua fiducia, a conferma che la norma promuove una ricerca congiunta di un *iter* terapeutico personalizzato, costruito sulla specifica malattia del paziente e sulle determinazioni formatesi in considerazione della sua salute, della sua autodeterminazione, della sua dignità.

Per dette ragioni questo strumento non sembra inibito all'incapace, come accade invece per le DAT³⁴.

Ne deriva allora che l'azione e la funzione dell'attività svolta dall'esercente la responsabilità genitoriale e dal personale sanitario deve convergere verso il superiore interesse della tutela della salute e della dignità del minore, tutela che può realizzarsi solo in armonia con il volere del minore stesso³⁵.

³² Sulla vincolatività delle DAT si veda L. D'AVACK, *Norme in tema di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: una analisi della recente legge approvata in Senato*, in *Dir. fam. pers.*, 2018, 1, 196 ss.

³³ R. SENIGAGLIA, «*Consenso libero e informato*» del minore tra capacità e identità, cit., 1318 e ss

³⁴ A. PISU, *Scelte terapeutiche e protezione degli interessi esistenziali del minore nella relazione di cura e nel fine vita*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2019, 1-33.

³⁵ R. SENIGAGLIA, «*Consenso libero e informato*» del minore tra capacità e identità, cit., 1318 ss. Secondo l'autore nell'art. 3 della legge di cui si parla, *in quel tener conto della volontà del minore si esprime il significato secondo il quale nell'ambito problematico dei trattamenti sanitari, al rappresentante legale non è richiesto di sostituire l'interessato nella scelta, bensì di concorrere con lui nella medesima, di farsi portatore di una volontà attinta dall'identità del minore*. (1345).

F. GIARDINA, «*Morte*» della potestà e «*capacità*» del figlio, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1611.

Attenti studiosi³⁶ hanno qualificato le disposizioni anticipate di trattamento alla stregua di atti di *volontà del disponente*, rispetto alla qualificazione degli atti posti in essere dai preposti alla tutela dell'incapace, in senso ampio, che andrebbero invece configurati alla stregua di *mero consenso informato* – quale autonoma dichiarazione, idonea a sussistere indipendentemente dalla volontà dell'interessato. In tal ottica l'atto di volontà del disponente può costituire l'esplicazione personalissima ed esclusiva della propria dignità, sì da assumere in sé un valore autonomo e nei confronti dei terzi una funzione prescrittiva delle condotte vincolate; mentre il consenso informato prestato dai terzi sarebbe destinato ad assumere un ruolo di mera autorizzazione al trattamento sanitario. Secondo detta prospettiva l'esclusione del minore d'età dalla possibilità di redigere le DAT si giustificerebbe non per escludere il minore dal processo di autodeterminazione delle cure, ma piuttosto per segnare l'efficacia dispositiva delle DAT, che solo un soggetto capace di intendere e di volere può porre validamente in essere.

Per il minore la pianificazione della cura potrebbe avvenire con la partecipazione del rappresentante legale, tenendo conto dell'interesse e della capacità di discernimento del minore.

L'auspicio è che il minore possa essere sempre guidato e sostenuto nella espressione della sua personalità, anche nel corso della malattia specie quando questa abbia pronostici infausti.

In quest'ottica la pianificazione delle cure *ex art. 5* tra personale sanitario genitori e minorenne rappresenta il luogo privilegiato di un'alleanza terapeutica che meglio realizza gli interessi esistenziali in gioco.

4. Tra autonomia del minore e rappresentanza legale, il ruolo del medico e il ruolo del giudice tutelare.

Può accadere che sorga un contrasto tra il medico, l'infermo ed i genitori e/o il rappresentante legale sulle azioni da mettere in campo per la tutela della salute del minore, ossia che i genitori abbiano un'opinione sul percorso terapeutico diversa dal medico, oppure che il minore abbia una forte volontà contraria sia alle opinioni del medico che dei genitori o di uno dei due.

La legge prevede il ricorso al giudice tutelare, quale organo competente ad assumere la decisione finale³⁷.

Vedi pure M. FOGLIA, *Consenso e cura*, Torino, 2018, 110 ss. Altro problema, strettamente collegato, è quello del consenso al trattamento dei dati sanitari del minore. Su tale questione si rinvia a F. NADDEO, *Il consenso al trattamento dei dati sanitari del minore*, in *Dir. dell'informazione e dell'informatica*, 2018, 1, 27 ss. I medici, nel loro codice deontologico, hanno accomunato le due questioni stabilendo che, per il minore, «il consenso agli interventi diagnostici e terapeutici, nonché al trattamento dei dati sensibili, deve essere espresso dal rappresentante legale» (art. 33, comma 1, cod. deont. 2014).

³⁶ V. DONATO, *Note critiche sulle disposizioni anticipate di trattamento (dat)*, in www.comparazioneDirittocivile.it, dicembre 2018, 1-17.

³⁷ Occorre segnalare che il medico aveva tale legittimazione ad agire anche prima della suddetta norma. L'art. 32 del Codice deontologia medica, rubricato *Doveri del medico nei confronti dei soggetti fragili*, stabilisce che il medico debba tutelare il minore, la vittima di qualsiasi abuso o violenza e la persona in condizioni di vulnerabilità o fragilità psico-fisica, sociale o civile in particolare quando ritiene che l'ambiente in cui

Qualche autore³⁸ si è interrogato se una simile ingerenza dell'autorità pubblica sia nell'esercizio della funzione genitoriale sia eventualmente sulla volontà del minore reintroduca «surrettiziamente» logiche di paternalismo medico ad oggi superate e superabili, ovvero al contrario se l'intervento giudiziale operi soltanto in caso di effettivo pregiudizio o pericolo di pregiudizio dell'integrità fisica del minore.

Il dubbio sorge dal rilievo che la legge sulle DAT - forse in maniera inopportuna - equipara la figura del minore con il soggetto incapace di intendere e di volere, equiparazione che seppur corretta sulla base della disciplina della capacità di agire, tuttavia, rischia di oscurare tutte quelle sfumature (che segnano importanti differenze) tra l'infermo di mente, il soggetto privo di capacità naturale e il minore che a seconda delle età, come detto, può manifestare una capacità di discernimento più o meno ampia³⁹. Invero, si evidenzia che la legge pur enfatizzando l'esigenza di tutelare il diritto di acconsentire o rifiutare i trattamenti sanitari a tutti i pazienti senza alcuna distinzione fondata sulla capacità legale del paziente, da un punto di vista operativo appronta strumenti attraverso i quali per il minore è assai più difficile sottrarsi alla somministrazione delle cure o alla volontà terapeutica del curante. Ciò in primo luogo per l'impossibilità per il minore di redigere le DAT anche quando si tratti di grandi minori (16 anni) e poi perché non sempre la vicenda del contrasto (soprattutto quando essa sia tra il minore da una parte e i medici insieme con i genitori dall'altra) riesce ad approdare all'attenzione del giudice tutelare⁴⁰.

Le argomentazioni certamente evidenziano delle debolezze dell'impianto normativo, tuttavia forse concentrano l'attenzione sul contrasto tra le figure in gioco, come se si dovesse dire chi tra queste deve avere l'ultima parola, piuttosto che sul contenuto della decisione da prendere. In questi casi il problema sta nell'individuazione dell'interesse del minore o meglio nei principi che devono orientare l'interprete nella ricerca del "best interest".

L'esperienza giurisprudenziale maturata fino ad oggi ha ad oggetto tre settori principali di incidenza: trattamenti sanitari obbligatori (come vaccini o altro), le emotrasfusioni rifiutate dagli aderenti ai Testimoni di Geova, le cure oncologiche, le quali, come emerge dai casi, esigono un diverso bilanciamento tra valori ed interessi meritevoli di tutela non del tutto omogenei⁴¹.

vive non sia idoneo a proteggere la sua salute, la dignità e la qualità di vita. Il codice deontologico conferisce al medico la legittimazione a segnalare all'Autorità competente le condizioni di discriminazione, maltrattamento fisico o psichico, violenza o abuso sessuale e in linea con quanto adesso stabilito oggi per legge, prevede che in caso di opposizione del rappresentante legale a interventi ritenuti appropriati e proporzionati egli possa ricorrere all'Autorità competente.

³⁸ R. POTENZANO, *Il consenso informato ai trattamenti sanitari sui minori e decisioni di fine vita. Riflessioni comparatistiche*, in *Dir. fam. pers.*, 2019, II, 3, 1307 ss.

³⁹R. POTENZANO, *Il consenso informato ai trattamenti sanitari sui minori e decisioni di fine vita. Riflessioni comparatistiche*, cit., 1307 ss.

⁴⁰ R. POTENZANO, *Il consenso informato ai trattamenti sanitari sui minori e decisioni di fine vita. Riflessioni comparatistiche*, cit., 1307 ss.

⁴¹ Sul punto vedi anche L. LENTI, *Il consenso informato ai trattamenti sanitari per i minorenni*, in *Trattato Biodiritto* diretto da Stefano Rodotà Paolo Zatti, Milano, 2011, 437 e ss.

Infatti, ferma restando la tutela della salute del minore, nella prima ipotesi si evidenzia l'esigenza di bilanciare la libertà decisionale dei genitori nell'esercizio della loro responsabilità genitoriale con un interesse generale alla tutela della salute della collettività⁴²; nella seconda vengono in gioco la libertà religiosa dei genitori con la necessità di tutelare la salute del minore, che talvolta ha la capacità di discernimento ed aderisce alle scelte dei genitori⁴³, ma talaltra non ha detta capacità e quindi rischia di subire un danno grave alla salute, talvolta la morte, per una scelta aderente al credo religioso dei genitori; nell'ultimo caso la questione è ancora più complessa perché il contrasto decisionale generalmente affonda le radici proprio nella interpretazione del miglior interesse per il minore, si pensi ai trattamenti chemioterapici che provocano dolore, limitazione della vita sociale e grave compromissione dello stato di benessere immediato del minore a fronte di risultati terapeutici non sempre di sicuro raggiungimento; può accadere che i genitori preferiscano lasciare vivere più serenamente il minore sottraendolo a cure molto pesanti fisicamente ed emotivamente, quando le percentuali di riuscita della cura non siano elevatissime e, i medici, invece, incoraggino la somministrazione della terapia. Certo si tratta in tutti i casi di ipotesi fuori dal c.d. di accanimento terapeutico, non ammesso nel nostro ordinamento, ma che presentano la difficile scelta tra una qualità di vita migliore che pregiudica le possibilità di guarigione ed una vita senz'altro peggiore nell'auspicio della guarigione o talvolta nell'auspicio soltanto di un periodo di sopravvivenza più lungo.

Scelte eticamente difficili, come dimostrano anche i casi in cui sia il paziente stesso a doverle prendere direttamente per sé stesso, ancora più complesse quando investono un minore d'età.

In questo contesto non sembra inutile verificare il ruolo delle linee guida e delle evidenze scientifiche per dirimere i contrasti.

Invero, ogni intervento giudiziale che si intramette nello svolgimento del genitori-figli non può non considerare il ruolo svolto dalla famiglia, quale formazione sociale dotata di una autonomia, e quale luogo di espressione della

⁴² Tra le altre vedi C. App. Napoli sez minori, 30 agosto 2017, in dejure.it, nella quale la Corte nell'ambito di un contrasto insorto tra il padre e la madre del minore sulla necessità/opportunità di somministrare dosi di richiamo di vaccini già somministrati, ritiene più corretta la scelta conforme all'opinione scientifica largamente dominante non essendo emersi in istruttoria ragioni che sconsigliassero nel caso concreto detta scelta.

Più risalente, Trib. Minori Milano 30 marzo 2010 in www.tribmin.milano.giustizia.it, il quale esplicita che quando il minore abbia raggiunto una età prossima al raggiungimento della piena capacità di agire deve essere ascoltato e la sua volontà può prevalere su quella manifestata dai genitori, poiché diversamente opinando si giungerebbe alla privazione di diritti personalissimi mercé la sola considerazione del dato formale rappresentato dall'incapacità legale, giungendo al paradosso che il soggetto legalmente incapace ma naturalisticamente capace non possa decidere della propria salute, mentre il soggetto legalmente capace ma naturalisticamente *minus*, per il tramite dell'istituto dell'amministratore di sostegno, potrebbe esercitare una maggiore autodeterminazione.

⁴³ Su questa ipotesi cfr. Corte Cost. Spagna, sentenza 18 luglio 2002, n. 154, che ha riconosciuto la libertà di autodeterminazione di un minore che rifiutava le trasfusioni di sangue in maniera ferma perché viveva con terrore ed agitazione l'intervento dei medici sul proprio corpo tanto da preferire il rischio della morte. Il Tribunale spagnolo ha affermato che: «al di là delle ragioni religiose [...] riveste particolare interesse il fatto che il minore, opponendosi ad un'ingerenza estranea sul proprio corpo, stava esercitando un diritto di autodeterminazione che ha per oggetto il proprio corpo».

personalità dell'individuo *ex art. 2, 29, 30* della Costituzione, di conseguenza l'imposizione decisionale che voglia orientare valori educativi, seppur condivisi e/o condivisibili, porta con sé sempre il rischio di appiattare le scelte sui valori e sui modelli di condotta della maggioranza qualificando come abusivo ogni criterio o valore educativo che se ne discosti e per il sol fatto che se ne discosti⁴⁴. Ed allora l'intervento giudiziale previsto dall'art. 3 della legge 2017/219 può essere letto come un intervento mirato a stabilire non tanto quali tra le figure in gioco sia quella chiamata ad avere l'ultima parola o la migliore parola per il minore, ma più piuttosto in maniera decisamente più circoscritta quale sia il trattamento terapeutico più adatto alla salvaguardia della salute e della dignità del minore. Salute e autodeterminazione come valori fondamentali che orientano l'interprete.

In quest'ottica anche l'aspetto procedurale non rimane di secondo piano. Come noto, fino all'entrata in vigore della previsione suddetta il contrasto tra i genitori chiamati a prestare o rifiutare il consenso per i trattamenti terapeutici del figlio o un loro illegittimo rifiuto poteva dar luogo a un procedimento giudiziario davanti al Tribunale per i minorenni, finalizzato ad adottare misure idonee a garantire la salvaguardia dell'interesse del minore nell'ambito del quale spesso il Tribunale si pronunciava sulla decadenza, oppure limitazione della responsabilità genitoriale⁴⁵. Ciò investiva la questione di ulteriori profili e aumentava quel rischio di ingerenza nei valori educativi di cui sopra abbiamo parlato. Oggi, alla luce dell'art. 3 il giudice tutelare può limitare la propria indagine al trattamento sanitario in questione senza estendere il giudizio alla idoneità genitoriale mantenendo in tal guisa un profilo per così dire «laico».

L'idea che sembra preferibile è quella di orientare questo intervento giudiziale non nel senso di voler affermare l'ingerenza pubblica nella vicenda privata della malattia e/o della educazione familiare, ma piuttosto garantire trasparenza e controllo a dei processi decisionali (dei medici, dei genitori e/o di coloro chiamati ad esprimere con efficacia legale il consenso del minore) che investono gli interessi esistenziali primari dei minori.

In tale senso, si ripete, le linee guida possono orientare l'interprete.

La vera funzione delle linee guida è quella di garantire la trasparenza nelle decisioni prese.

L'Istituto Superiore di Sanità italiano definisce le Linee Guida (LG) di pratica clinica come uno strumento di supporto decisionale finalizzato a consentire che, fra opzioni alternative, sia adottata quella che offre un migliore confronto fra benefici ed effetti indesiderati, tenendo conto della esplicita e sistematica valutazione delle prove disponibili, commisurandola alle circostanze peculiari del caso concreto e condividendola – laddove possibile – con il paziente. Una

⁴⁴ In tal senso vedi per es. F. RUSCELLO, *Autonomia dei genitori, responsabilità genitoriale e intervento pubblico*, in *Nuova giur.civ. comm.*, 2015, 12, II, 724 e ss.; M. PARADISO, *Potestà dei genitori, abuso e «interesse morale e materiale della prole»*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 207 ss.

⁴⁵ L. LENTI, *Il consenso informato ai trattamenti sanitari per i minorenni*, in *Trattato Biodiritto* diretto da Stefano Rodotà Paolo Zatti, Milano, 2011, 437 ss.

linea guida deve sostanzialmente assistere il sanitario al momento della decisione clinica ed essere di ausilio alla pratica professionale.

La linea guida può svolgere una funzione di controllo anche sul lavoro dei CTU incaricati di valutare in sede giudiziale l'operato dei sanitari e delle strutture.

La linea di condotta ufficiale e accreditata nelle linee guida segna un tracciato rispetto al quale mettere a confronto il comportamento concreto preso in esame. Le scelte discrezionali siano esse dei genitori, dei sanitari, siano esse dei CTU di discostarsi da tale tracciato dovranno essere motivate. L'obbligo motivazionale e l'esplicitazione delle ragioni che hanno animato l'esercizio di un potere discrezionale conferiscono al giudice uno strumento di controllo e sottopongono il giudice stesso a controllo. L'obbligo motivazionale, come noto, è sancito per tutti i provvedimenti giudiziari con contenuto decisorio dall'art. 111 Cost., attraverso la motivazione è possibile effettuare il controllo del rispetto dei principi e delle garanzie fondamentali del processo. Senza voler entrare in questa sede nell'ambito dei principi costituzionali del processo, o sul carattere decisorio o meno dei provvedimenti assunti in sede camerale che rappresentano tutt'altro tema rispetto a quello trattato, basti dire che la motivazione del percorso argomentativo seguito dal giudice consente un più attento vaglio.

Dunque, le linee guida accreditate lungi dall'imporre un percorso terapeutico standardizzato e imposto dal sanitario diventa il punto di riferimento, la guida, con la quale il giudice può valutare le ragioni addotte dai genitori, dal medico o dal minore a sostegno della propria scelta.

Detta indagine può illuminare le opportunità e gli svantaggi di ciascuna scelta terapeutica e aiutare a dirimere il contrasto in maggiore aderenza al "*best interest*" del minore.

La tutela del minore fra ricerca della verità biologica e garanzia costituzionale dei suoi “preminenti” interessi*

di Caterina Di Costanzo**

Abstract IT: *Il contributo prende le mosse dall'individuazione della connotazione relazionale che caratterizza la tutela del minore, considerato come soggetto di relazioni piuttosto che come soggetto di diritti o di bisogni. Tale tutela viene affidata soprattutto a dinamiche relazionali attraverso un'adeguata collocazione del minore all'interno delle formazioni sociali, in primis la famiglia “naturale” o adottiva, che possano garantire la protezione dei suoi diritti.*

E' interessante evidenziare come il percorso della giurisprudenza Edu e della giurisprudenza costituzionale in materia di filiazione sia, sotto molteplici punti di vista, caratterizzato da forme di convergenza e conduca alla individuazione della tutela del minore come categoria concettuale ampia all'interno della quale confluiscono, nella prospettiva della garanzia del suo preminente interesse, una pluralità di aspetti, come la ricerca della verità biologica, della stabilità e della qualità dei rapporti affettivi di riferimento, e il riconoscimento della possibilità di fare ricorso a strumenti legali che consentano la garanzia di una posizione formale a beneficio del minore.

Mentre nelle fasi più risalenti della giurisprudenza costituzionale l'accento viene posto di volta in volta su singole dimensioni che caratterizzano sia la protezione del minore che, in maniera più incidentale, quella degli adulti coinvolti, nella fase più recente tutti gli interessi costituzionalmente rilevanti, quali la stabilità delle relazioni, la ricerca della verità biologica, la possibilità di ricorso a strumenti legali che attribuiscono una protezione formale al minore, l'interesse al riconoscimento o al disconoscimento, vengono bilanciati soprattutto nell'ottica del suo preminente interesse.

Nell'ambito della giurisprudenza della Corte costituzionale, in definitiva, il criterio dell'interesse del minore emerge come clausola generale che sintetizza teleologicamente una pluralità di interessi costituzionalmente rilevanti il cui contenuto fondamentale si concretizza nel riconoscimento di un vero e proprio “meta-diritto” a relazioni stabili, significative e meritevoli di tutela nell'ordinamento giuridico.

Abstract EN: *This paper started from the identification of the relational dimension that characterizes the protection of the minor, considered as a subject of relationships rather than as a subject*

* Il presente contributo è stato pubblicato in *Identità e salute del minore. Problematiche attuali* a cura di A. Bucelli, Pisa, 2021.

** Assegnista di ricerca presso l'Università degli Studi di Firenze.

of rights or needs. This protection is guaranteed above all by relationships through an adequate placement of the minor within social formations, primarily the “natural” or adoptive family, which can guarantee the protection of her/his rights.

It is interesting to highlight how the path of the European Court of Human Rights case law and that of the Constitutional Court in the matter of filiation is, from multiple points of view, contiguous and leads to the definition of the protection of the minor as a conceptual category within which a cluster of interests of constitutional relevance flows into, such as the search for biological truth, the stability and the quality of the relationships of the minor, and the possibility of resorting to legal tools that allow the recognition of guarantees for the minor.

While in the first phases of constitutional case law the emphasis was placed on single dimensions that characterize both the protection of the minor and, more incidentally, that of the adults involved, in the most recent phase all relevant, from a constitutional viewpoint, interests, such as the stability of relationships, the search for biological truth, the possibility of resorting to legal instruments that attribute formal protection to the minor are balanced above all in the perspective of his/her best interest. In the context of the Constitutional Court case law, ultimately, the principle of the interest of the child emerges as a general clause that summarizes teleologically the child constitutional interests whose content appears in the fundamental recognition of a “meta-right” to relationships that are required to be stable, meaningful and deserving of protection within the Italian legal system.

Sommario: 1. Introduzione. – 2. La tutela del minore nella giurisprudenza della Corte Edu. – 3. La tutela del minore nella giurisprudenza costituzionale. – 3.1. La giurisprudenza sul *favor legitimitatis*. – 3.2. La giurisprudenza su *favor veritatis*. – 3.3. La giurisprudenza sul *favor minoris*. – 3.4. Il *favor minoris* e la tutela dei preminenti interessi del minore. – 4. Considerazioni (interlocutoriamente) conclusive.

1. Introduzione.

I costanti avanzamenti scientifici in campo biomedico e genetico hanno determinato possibilità progressivamente più ampie di affermazione dei diritti fondamentali quali il diritto alla salute, il diritto all'autodeterminazione esercitato nella sfera privata e familiare, il diritto all'identità personale. Tali progressi scientifici hanno però notevolmente reso più complessa la realtà e ne hanno messo in luce una serie di problematicità che si fanno sentire sul piano delle conseguenze concrete che si riverberano sia nella vita delle persone adulte che, in maggior misura per motivi collegati alla loro particolare condizione di vulnerabilità, nella esperienza delle persone minori di età.

Nel nostro ordinamento il minore di età viene tutelato attraverso tecniche e forme di garanzia che oscillano dalla polarità che inquadra il minore, come autonomo soggetto di diritti, sino alla polarità della protezione del minore, considerato principalmente come soggetto di bisogni e destinatario di forme di protezione e tutela rafforzate rispetto al soggetto adulto.

Una funzione di sintesi e mediazione fra le due polarità è svolta dall'identificazione del minore come soggetto di relazioni all'interno delle formazioni sociali e istituzionali

come la famiglia, la scuola, la struttura sanitaria (quest'ultima nel caso in cui il minore assuma lo *status* di paziente)¹.

Si tratta, pertanto, di una tutela mediata che fa ricorso alle dinamiche relazionali di sostegno del soggetto minore inteso come persona la cui autonomia soggettiva deve essere supportata e, ove necessario, indirizzata dalle figure che, di volta in volta, sono chiamate a assumerne responsabilità generali o specifiche.

Si può evidenziare come sia nell'ordinamento interno che in quello internazionale la tutela del minore venga affidata, ove appropriato, a dinamiche relazionali² tali da designare la più adeguata collocazione del minore all'interno di specifiche formazioni sociali, fra le quali la formazione familiare ricopre un ruolo primario³. In questo contesto lo *status* prevalente del minore, a fianco di altri che occupano una posizione complementare - si pensi, ad esempio, al minore come studente nella comunità scolastica -, deriva dalla attribuzione della qualifica di "figlio", da cui consegue l'individuazione delle relative situazioni giuridiche soggettive connesse. La famiglia rappresenta proprio la sede sociale, comunitaria e relazionale, ritenuta essere la più idonea a consentire la tutela della dignità del minore e il pieno sviluppo della sua personalità in dinamica formazione.

Tale inquadramento è strutturalmente di tipo relazionale, ossia lo stato di figlio può essere definito prevalentemente a partire dalla individuazione della paternità e della maternità, e impatta in maniera centrale sulla individuazione dei suoi diritti e sulla definizione delle rispettive identità fondamentali⁴.

La qualifica identitaria di figlio, intrinsecamente multidimensionale, in quanto declinabile su un versante genetico, uno giuridico, uno anagrafico, uno sociale, può essere definita solo a partire dalla individuazione delle rispettive identità genitoriali, che siano genetica, giuridica, anagrafica, sociale.

Le più recenti modalità procreative (si pensi alla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo) e le tutele giuridiche esistenti (si pensi all'istituto dell'adozione) sono riconosciute essere alla base di un primo scollamento fra genitorialità legale e genitorialità naturale.

Altri fattori hanno avuto un ruolo nella progressiva modulazione della genitorialità e di conseguenza hanno impattato sui criteri di attribuzione dello stato di figlio. Si tratta di fattori collegati a situazioni di fatto capaci di determinare una continuità di rapporti

¹ Sulla dimensione relazionale della tutela del minore si veda P. LAUFER-UKELES, *The relational rights of children*, in *Connecticut law review*, 3, 2016; R. ZAFRAN, *Children's rights as relational rights: the case of relocation*, in *American University Journal of Gender Social Policy & the Law*, 1, 2010; P. RONFANI, *I diritti relazionali. Una nuova categoria di diritti?*, in *Sociologia del diritto*, 2, 2004, 107-116.

² Cfr. J. TOBIN, *Understanding children's rights: a vision beyond vulnerability*, in *Nordic journal of international law*, 84, 2015. Sulla connotazione relazionale dei diritti sanciti nella Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo del 1989 sia consentito rinviare anche a C. DI COSTANZO, *La tutela del diritto alla salute del minore. Riflessioni a margine della legge n. 219/2017*, in *Rivista di biodiritto*, 1, 2019, 303 ss.

³ Le norme contenute negli articoli 30 e 31 della Costituzione collocano la tutela del minore all'interno di quella formazione sociale che è la famiglia, così come le norme previste negli artt. 5, 8 e 9 della Convenzione Onu sui diritti del fanciullo del 1989 stabiliscono l'importanza delle relazioni familiari nell'attuazione dei diritti del minore.

⁴ La nozione di identità è naturalmente multidimensionale e dai contorni sfumati. La tutela dell'identità personale può avere ad oggetto il riconoscimento formale della persona con l'insieme dei suoi dati anagrafici, la proiezione del sé all'esterno, il riconoscimento del suo ruolo sociale, il dato biologico e genetico della persona, la sfera interiore ed esteriore della persona ossia il tratto comportamentale e relazionale fondamentale della stessa.

Si veda L. TRUCCO, *Introduzione allo studio dell'identità individuale nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 2004; F. GIARDINA, *Interesse del minore: gli aspetti identitari*, in *Nuova giurisprudenza civile*, 1, 2016.

che incidono sul tipo di relazione instaurata e sul ruolo assunto in essa sia dall'adulto che dal minore.

In definitiva, l'identità di genitore e di figlio viene sempre più modellata sulla base di aspetti che non sono più soltanto genetici e legali ma anche sociali e affettivi.

Con il progresso delle tecnologie a fianco della genitorialità legale, anagrafica, naturale, sociale, si sono sviluppate altre modalità genitoriali di difficile inquadramento, si pensi alla genitorialità committente, gestante, genetica per donazione di gameti, nell'ambito delle metodiche della surrogazione di maternità. Tali tecniche biomediche sollevano rilevanti criticità, relative all'individuazione delle identità genitoriali e al conseguente riconoscimento della qualità di figlio, che richiedono, adesso più che mai, una riflessione ponderata sui fondamenti costituzionali e sociali esistenti in materia di filiazione e di rapporti familiari.

Al fine di indagare quali siano le tecniche adottate per la tutela del minore e quale ne sia il contenuto, ci proponiamo di impiegare due principali lenti di lettura e analisi della materia che sono rappresentate dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte Edu) e dalla giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di azioni di stato e di garanzia del preminente interesse del minore.

2. La tutela del minore nella giurisprudenza della Corte Edu.

Nel contesto della giurisprudenza della Corte Edu si assiste a una progressiva modellizzazione plurale della famiglia che implica, da un lato, una frammentazione della genitorialità e, dall'altro, a partire da essa, una parcellizzazione della nozione di figlio/a.

Dalla giurisprudenza Edu si ricava che rientrano nella qualificazione di "vita familiare" – ex art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (Cedu) - sia le relazioni giuridicamente formalizzate (famiglia legittima), che quelle fondate sul dato biologico (famiglia naturale) e quelle fondate sulla dimensione sociale, a condizione che sussistano legami significativi (famiglia sociale)⁵.

In materia di inquadramento dello stato di figlio, la Corte Edu ha confermato, in un caso abbastanza risalente, che l'esistenza della "vita familiare" non è circoscritta a relazioni che sono formalizzate da un punto di vista giuridico ma si estende anche a situazioni di fatto che possono vantare continuità e significatività. Sulla base di tale assunto, i giudici di Strasburgo hanno affermato che il rispetto della verità familiare esige che la realtà biologica e sociale prevalga sulle presunzioni legali eventualmente previste dall'ordinamento nazionale di riferimento⁶.

In un altro caso, nel quale viene in rilievo la definizione di vita familiare e la violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare, il ricorrente, un cittadino polacco, si doleva del fatto che non aveva potuto riconoscere il figlio biologico poiché il minore era stato già riconosciuto dal nuovo compagno della madre⁷.

⁵ S. BARTOLE-P. DE SENA-V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, 300 ss.

⁶ Si veda Corte Edu, Kroon et al. C. Paesi Bassi, 27 ottobre 1994. Il caso riguardava una cittadina di nazionalità olandese che dà alla luce un figlio naturale all'interno di una relazione extraconiugale. Il padre naturale, in accordo con la madre e suo marito, chiede di potere effettuare una dichiarazione di paternità, prima presso gli uffici dell'anagrafe di Amsterdam, poi presso l'Amsterdam Regional Court, la Corte di Appello di Amsterdam e la Corte Suprema. Le richieste vengono tutte respinte perché il diritto olandese prevede una serie di presunzioni di paternità in costanza di matrimonio che sono superabili solo in casi eccezionali.

⁷ Cfr. Corte Edu, Rozanski c. Polonia, 18 maggio 2006.

Le autorità polacche, infatti, in presenza di un riconoscimento effettuato dal compagno della madre, non avevano mai messo in atto alcuna misura diretta a verificare chi fosse il padre naturale, se costui fosse idoneo a assumersi la responsabilità genitoriale e quale fosse in concreto l'interesse del minore.

Tutte le istanze presentate dal padre erano state, infatti, rigettate in Polonia mentre la Corte Edu accoglie il ricorso sulla base del fatto che vi era un legame di tipo genetico fra padre e figlio e vi era stata una convivenza che aveva determinato un legame familiare.

In questo caso, la Corte Edu argomenta che lo Stato ha un obbligo positivo di proteggere la vita familiare esistente – come legame genetico ma anche come legame affettivo venutosi a creare a seguito di convivenza - nell'ottica di garantire protezione sia al minore che al padre biologico.

Più recentemente, nei casi *Menesson c. Francia* e *Labassee c. Francia*⁸, la Corte Edu richiama l'interesse superiore del minore⁹ al fine di tutelare il diritto all'identità personale che era stato messo in pericolo dal diniego delle autorità nazionali alla trascrizione dell'atto di nascita¹⁰.

In queste due sentenze gemelle la Corte prende le mosse dalla ricostruzione dell'esistenza di un legame tale da potere esser qualificato di “vita familiare” e afferma che il diritto al rispetto della vita privata include l'interesse a definire il contenuto della propria identità come persona e come figlio. Il rifiuto nazionale a riconoscere rilevanza giuridica alle richieste dei ricorrenti costituisce pertanto una violazione della vita familiare e dei diritti del minore. La connessione genetica appare qui un elemento fondamentale ai fini della ricostruzione dell'identità personale del minore che deve essere temperata con la qualità e la significatività dei rapporti che il minore ha costruito con le figure parentali di riferimento.

Anche nel caso *Mandet c. Francia* il diritto al rispetto della vita familiare viene ricostruito alla luce dell'individuazione dell'interesse superiore del minore¹¹. La Corte Edu in questo caso afferma che l'interesse del minore coincide con l'accertamento della

⁸ Si veda Corte Edu, *Menesson c. Francia*, 26 giugno 2014; Corte Edu, *Labassee c. Francia*, 26 giugno 2014.

In questi due casi la Corte Edu ha accolto i ricorsi presentati sulla base degli artt. 8 e 14 della Cedu da due coppie francesi e dichiarato che il rifiuto delle autorità francesi di riconoscere il rapporto di filiazione fra padre biologico e figli nati da maternità surrogata all'estero ha ecceduto il margine di apprezzamento statale.

⁹ Sull'interesse del minore si vedano anche Corte europea dei diritti dell'uomo, *Marckx c. Belgio*, 3 giugno 1979; Id., *Mikulić c. Croazia*, 7 febbraio 2002; Id., *Genovese c. Malta*, 11 novembre 2011.

In letteratura si vedano E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016; L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Rivista di diritto civile*, 1, 2016; L. LENTI, *L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: espansione e trasformismo*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 1, 2016.

¹⁰ Il rapporto di filiazione fra genitori committenti e figli era stato riconosciuto negli Stati Uniti, dove i bambini erano nati, con due provvedimenti adottati rispettivamente in California e Minnesota. Poiché l'ordinamento francese vieta il ricorso alle tecniche di maternità surrogata, le autorità francesi avevano rifiutato la trascrizione degli atti di nascita.

¹¹ Si veda Corte Edu, *Mandet c. Francia*, 14 gennaio 2016. La Corte Edu riconosce la violazione del diritto alla vita familiare del bambino ma la ritiene giustificata dall'esigenza di vedere tutelati anche i diritti del padre biologico. Secondo i giudici di Strasburgo il bilanciamento fra i diritti in gioco sarebbe stato operato correttamente dai giudici francesi che hanno dato prevalenza alla tutela dell'interesse del minore. L'interesse del minore, infatti, viene ricostruito nel bilanciamento fra conoscenza delle origini biologiche e permanenza della situazione familiare in atto. Il riconoscimento di limitati diritti di visita a favore del padre naturale consente di attuare questo bilanciamento e non sarebbe lesivo della vita familiare dei coniugi e del figlio.

verità biologica poiché quest'ultima non poteva essere ritenuta motivo di minaccia per la stabilità della famiglia sociale.

Nel caso concreto, infatti, emerge che il minore, nato in un momento di separazione fra la madre e il marito e riconosciuto allorché questi si erano risposati, e essendo stata la responsabilità genitoriale attribuita alla madre, poteva continuare a vivere con la madre e il padre "sociale". L'azione di disconoscimento intentata dal padre "biologico" nei confronti del padre "sociale" aveva pertanto una finalità di accertare la verità biologica e, sulla base di questa, costruire la corrispondente identità personale.

Analoghe circostanze fattuali sono rinvenibili nel caso che dà origine alla pronuncia Paradiso e Campanelli contro Italia, ad esclusione dell'oggetto della sentenza che non riguarda la trascrivibilità degli atti di nascita di un minore nato da maternità surrogata ma riguarda l'adozione di un minore nato da maternità surrogata¹².

Un altro aspetto distintivo rispetto a casi decisi precedentemente è fornito dal fatto che in questo caso mancava una connessione genetica fra i ricorrenti e il minore nato da una madre gestante in Russia.

La seconda sezione della Corte censurava in maniera netta il provvedimento di allontanamento adottato dalle autorità nazionali italiane in quanto disposto sulla base di considerazioni concernenti l'illiceità della condotta della coppia (considerati i divieti e le sanzioni previste in materia di surrogazione di maternità dall'art. 12 della legge n. 40 del 2004) e la conseguente valutazione di inidoneità educativa dei genitori intenzionali¹³. La Corte afferma che le misure adottate dalle autorità nazionali hanno rappresentato una ingiustificata ingerenza nella vita familiare dei ricorrenti e del minore¹⁴ e che l'esigenza di tutelare l'ordine pubblico deve cedere di fronte alla necessità di garantire il superiore interesse del minore al mantenimento di relazioni effettive con i genitori "intenzionali" a prescindere dalla natura della relazione, sia essa genetica o sociale.

La Grande Camera giunge a una soluzione differente¹⁵. Afferma, infatti, che sulla base della brevità della convivenza familiare, l'assenza di una connessione genetica e l'incertezza di inquadramento giuridico derivante dall'illiceità della condotta che sta alla base della formazione della famiglia escludessero l'esistenza di una "vita familiare" come definita nella giurisprudenza della Corte.

I giudici di Strasburgo affermano che le misure adottate dalle autorità nazionali (allontanamento del minore, affidamento del minore a un'altra famiglia e avvio della procedura di adottabilità) perseguivano uno scopo legittimo, individuato nella tutela dell'interesse del minore.

Ciò che emerge è che la Corte, nell'ambito della nozione di interesse del minore, considera e valuta una serie di elementi fra cui il dato genetico, l'effettività e la qualità delle relazioni e la possibilità di una tutela giuridica del minore all'interno delle previsioni dell'ordinamento nazionale di riferimento.

In questa giurisprudenza Edu il dato genetico non assume una rilevanza autonoma in grado di qualificare la rilevanza della tutela della vita familiare. Nella tutela dell'interesse superiore del minore l'affinità genetica assume rilevanza in quanto connessa alla

¹² Sul punto si veda L. LENTI, *Paradiso e Campanelli c. Italia: interesse del minore, idoneità a educare e violazioni di legge*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2015.

¹³ Cfr. Corte Edu, II sez., *Paradiso e Campanelli c. Italia*, 27 gennaio 2015.

¹⁴ Si vedano i paragrafi nn. 67-69 della sentenza.

¹⁵ Cfr. Corte Edu, Grande Camera, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, 24 gennaio 2017.

dimensione sociale, significatività e consolidamento delle relazioni familiari, e dimensione giuridica, possibilità di una protezione giuridica del minore¹⁶.

La Corte, pertanto, non sconfessa la sua precedente giurisprudenza in materia ma specifica nella stessa pronuncia Paradiso e Campanelli che la presenza dell'affinità genetica non costituisce di per sé indice assoluto dell'esistenza della vita familiare¹⁷.

Più recentemente la Corte Edu ha affrontato nuovamente la questione della maternità surrogata nel primo parere consultivo reso, sulla base del Protocollo n. 16 alla Cedu, entrato in vigore l'11 ottobre 2018 - ma non per l'Italia che non lo ha ancora reso esecutivo¹⁸ -, il 10 aprile 2019¹⁹ su rinvio della *Cour de cassation* francese proposto il 5 ottobre del 2018²⁰.

La Grande Chambre ha affermato che, in forza del superiore interesse del minore, la madre non biologica ricorsa ad un accordo di maternità all'estero abbia il diritto di riconoscere il figlio qualora sia in possesso di una documentazione legale che attesti la sua qualità di "madre" nel paese in cui è stata portata avanti la maternità surrogata e il bambino abbia un legame biologico con il padre.

Il parere precisa che la necessità di un riconoscimento del legame di filiazione con la madre non implica un obbligo per gli Stati di trascrizione del certificato di nascita estero e un eventuale travolgimento dei divieti di stipulare accordi di maternità surrogata che permangono.

In ossequio al rispetto del margine di apprezzamento riconosciuto ai singoli Stati e al superiore interesse del bambino, i giudici di Strasburgo hanno osservato che la

¹⁶ Nei casi francesi, il fatto che il ricorrente fosse il padre genetico dei gemelli ha condotto a una tutela rafforzata del diritto alla vita familiare; nel caso Paradiso e Campanelli l'assenza del legame genetico con almeno uno dei ricorrenti ha rappresentato uno degli elementi sui quali la Corte ha fondato la dichiarazione di insussistenza della vita familiare.

Il dato genetico, pertanto, non è condicio sine qua non ma diviene oggetto di una valutazione unitamente a altri aspetti, quali l'effettività delle relazioni familiari e la possibilità di una tutela giuridica del minore nell'ordinamento richiesto, andando a configurare il contenuto concreto dell'interesse del minore.

¹⁷ Si vedano i paragrafi nn. 140-158 della sentenza. Nella ricostruzione della nozione di vita familiare, la Corte fa riferimento, infatti, a casi nei quali le autorità nazionali sono state condannate per avere violato il diritto alla vita familiare dei ricorrenti nonostante non sussistesse un collegamento genetico e un rapporto giuridico di filiazione.

Si trattava di casi di rapporti di fatto, consolidati e significativi, creati per effetto di una sentenza di adozione straniera, di un provvedimento di affidamento extra-familiare, o dell'applicazione della presunzione della paternità a favore del marito della madre.

¹⁸ Si vedano E. LAMARQUE, *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali: Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Torino, 2015; I. ANRÒ, *Il Protocollo 16 in vigore dal 1° agosto 2018: una nuova ipotesi di forum shopping tra le corti?*, in *Eurojus*, 24 aprile 2018; E. CRIVELLI, *Il protocollo n. 16 alla CEDU entra in vigore: luci ed ombre del nuovo rinvio interpretativo a Strasburgo*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2018, 719-722; E. CRIVELLI, *Il protocollo n. 16 della Cedu: la tutela dei diritti nella prospettiva del nuovo rinvio interpretativo alla Corte di Strasburgo*, in M. Pedrazza Gorlero (a cura di), *Studi in onore di Maurizio Pedrazza Gorlero*, Napoli, 2014, 145 ss.

¹⁹ Cfr. Grande Camera della Corte Edu, Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention, domanda n. P16-2018-001. Si veda O. FERACI, *Il primo parere consultivo della Cedu su richiesta di un giudice nazionale e l'ordinamento giuridico italiano*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2019; M. GIACOMINI, *Il caso Mennesson. La Corte di Strasburgo si (ri)pronuncia con il suo primo parere preventivo*, in *Osservatorio costituzionale*, 5, 2019.

²⁰ La Corte di Cassazione francese è stata investita di una richiesta di riesame del giudicato (nei noti casi Menesson e Labassee c. Francia decisi il 26 giugno 2014 dalla Corte Edu) per ciò che concerne il permanente rifiuto di trascrivere nei registri dello stato civile il riconoscimento della filiazione anche nei confronti della madre biologica che non aveva contribuito al concepimento mediante donazione dei propri gameti.

registrazione nell'atto di nascita non rappresenta l'unico strumento di tutela del minore potendosi, ad esso, affiancare la procedura di adozione purché consenta di ottenere una protezione tempestiva ed efficace dell'interesse del minore.

3. La tutela del minore nella giurisprudenza costituzionale.

Nel nostro ordinamento il fatto della procreazione e l'inquadramento giuridico legale della stessa all'interno del matrimonio o al di fuori di esso giocano un ruolo centrale ai fini dell'attribuzione dello stato di figlio²¹. La qualità giuridica di padre e madre, infatti, deriva dalla combinazione di alcune assunzioni e di alcune presunzioni: è madre colei che partorisce (art. 269 terzo comma c.c.) e è padre il marito della partoriente purché la nascita o il concepimento siano avvenuti durante il matrimonio (art. 231 c.c. e 232 c.c.)²².

L'art. 30, comma 1, della Costituzione collega l'insorgere di diritti e doveri dei genitori al fatto della nascita e quindi, consequenzialmente, conferisce un rilievo alla identità genetica fra genitori e figli²³. Il secondo comma dell'art. 30 della Costituzione prevede che “nei casi di incapacità dei genitori, la legge provvede a che siano assolti i loro compiti”. In tali casi l'ordinamento prevede l'attivazione di istituti a tutela del minore, quali, a titolo di esempio, l'adozione, la nomina di un tutore, l'intervento attivo dei servizi sociali.

Il contenuto della responsabilità genitoriale, ossia il complesso di diritti-doveri dei genitori nei confronti dei figli, delineato nel primo comma dell'art. 30 della Costituzione, costituisce la sostanza del rapporto di filiazione. Tale complesso di diritti-doveri, disciplinati in attuazione dell'art. 30 Cost. dall'art. 147 e 315 bis del codice civile, concerne sia gli aspetti di cura più propriamente materiali, quali l'obbligazione alimentare, sia quelli più immateriali, come la funzione educativa e di sviluppo della personalità del minore.

²¹ Nel diritto costituzionale il fondamento dello *status* di figlio è radicato nel rapporto di generazione e, conseguentemente, nel legame genetico con i genitori.

Si tratta di un valore riconosciuto dalla Corte costituzionale nell'ordinanza n. 7 del 2012 dove si legge: “la verità biologica della procreazione costituisce una componente essenziale dell'interesse medesimo del minore, che si traduce nell'esigenza di garantire ad esso il diritto alla propria identità e segnatamente alla affermazione di un rapporto giuridico veridico”.

²² Nel nostro ordinamento l'attribuzione dello stato di figlio si basa sul legame di derivazione biologica. Il fatto della procreazione, tuttavia, non è sufficiente a attribuire lo stato di figlio per il quale l'ordinamento richiede l'assolvimento di ulteriori adempimenti che emergono a seconda che il rapporto di filiazione sia all'interno del matrimonio o al di fuori di esso. Nel primo caso l'attribuzione dello stato di figlio è automatica, nel secondo caso consegue al riconoscimento (art. 250 c.c.) o alla dichiarazione giudiziale di maternità o paternità (art. 269 c.c.). L'attribuzione automatica dello stato di figlio consegue al dato fattuale del parto, in assenza di una dichiarazione della madre di volere restare anonima, come risultante dall'atto di nascita e per quanto riguarda il padre ai meccanismi presuntivi previsti nell'ordinamento, ossia si presume che sia il padre il marito della partoriente purché la nascita o il concepimento siano avvenuti durante il matrimonio.

²³ Sull'art. 30 della Costituzione si veda E. LAMARQUE, Art. 30, in R. Bifulco - A. Celotto - M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, vol. I; L. CALIFANO, *La famiglia e i figli nella Costituzione italiana*, in R. Nania - P. Ridola (a cura di), *I diritti costituzionali*, III, Torino, 2006; G. MATUCCI, *Articolo 30*, in F. Clementi - L. Cuocolo - F. Rosa - G. E. Vigevari (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, Vol. I, Bologna, 2018.

L'esercizio delle situazioni soggettive, collegate alle qualità giuridiche di figlio e padre/madre e alle relative identità²⁴, è possibile là dove sia stato accertato e identificato il relativo *status*, il cui riconoscimento assume, dunque, una indubbia centralità in materia di definizione del contenuto concreto della tutela del minore.

L'evoluzione tracciabile nell'ordinamento e nella giurisprudenza costituzionale delinea una parabola che prende le mosse dalla definizione dello *status* di figlio a partire da quello dei genitori²⁵. Negli arresti più recenti, si può affermare che tale identificazione operi anche in senso inverso proprio con la funzione di garantire una maggiore tutela al figlio minore.

In questo quadro, emerge, in materia di azioni di stato, un progressivo mutamento dell'assetto valoriale di riferimento: si passa dalla tutela dell'interesse alla stabilità del rapporto familiare, nel contesto della giurisprudenza sul *favor legitimitatis*, alla tutela dell'identità personale intesa come corrispondenza, ove possibile, alla verità biologica della procreazione, con la giurisprudenza in materia che assume come canone il *favor veritatis*.

In un'ultima fase, caratterizzata dall'emergere della clausola del *favor minoris*, si assiste a un sostanziale rovesciamento di prospettiva: emerge che le nozioni di identità filiale/genitoriale e di rapporto familiare possano essere sviluppate soprattutto a partire dalla fondamentale enucleazione del preminente interesse del minore.

3.1. La giurisprudenza sul *favor legitimitatis*.

Al *favor legitimitatis* viene accordata una specifica preferenza nel contesto della normativa precedente alla riforma del diritto di famiglia del 1975.

Prima di tale riforma l'emersione della verità biologica e genetica veniva fortemente ostacolata da alcune previsioni ordinarie. La possibilità di contestare la presunzione di paternità era notevolmente ristretta al fine di garantire l'interesse pubblico alla stabilità del matrimonio e la serenità del nucleo familiare. Con la legge n. 151 del 1975, di riforma del diritto di famiglia, alla parificazione del ruolo della moglie e del marito all'interno della famiglia, si accompagna la previsione di azioni di accertamento della verità biologica all'interno di un quadro normativo che prevede il mantenimento di ipotesi di prescrizione dell'azione di disconoscimento della paternità. Successivamente, la riforma del 2012/2013 sulla filiazione introduce l'unificazione dello stato giuridico dei figli, indipendentemente dal fatto che il progetto genitoriale si sia realizzato all'interno di una coppia legata da un vincolo coniugale o meno,²⁶ e consente l'esperibilità delle azioni di stato sulla base di un bilanciamento fra i molteplici valori in gioco: da un lato, vi è la possibilità di accertare la verità biologica del rapporto di filiazione, dall'altra, vengono introdotti termini massimi di esercizio

²⁴ Sulla definizione dell'identità personale si vedano la sentenza della Corte di Cassazione nel caso "Veronesi", n. 3769 del 22 giugno 1985; le sentenze della Corte costituzionale n. 13 del 1994, n. 297 del 1996, n. 120 del 2001, n. 494 del 2002.

²⁵ Nella sentenza n. 118 del 1974, paragrafo n. 3 del Considerato in diritto, la Corte costituzionale ha affermato che ai fini dell'applicazione dell'art. 30 della Costituzione occorre che "siano determinati, cioè individuati" i genitori.

²⁶ La materia è stata interessata dalla riforma menzionata e contenuta nel decreto legislativo n. 154/2013 e nella l. n. 219 del 2012 (il cui art. 2 conferisce la delega al Governo per la revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione).

dell'azione di disconoscimento delle paternità e di impugnazione per difetto di veridicità per i legittimati diversi dal figlio²⁷.

Le sentenze della Corte costituzionale n. 70 del 1965 e n. 249 del 1974 hanno ad oggetto lo scrutinio di costituzionalità di norme vigenti nel contesto precedente alle riforme menzionate e evidenziano una serie di limiti che riguardano l'esperibilità delle azioni di stato soprattutto a tutela del cd. *favor legitimitatis*.

Tale *favor legitimitatis* può essere definito come una clausola che valorizza i profili di identità legale correlati a un determinato modello di famiglia e si pone nella prospettiva della garanzia dell'interesse alla stabilità della famiglia di cui beneficiano coloro che detengono un riconoscimento legale del proprio *status*.

Nelle pronunce che seguono la Corte costituzionale si pone il problema del bilanciamento, i cui termini fondamentali sono previsti nell'art. 30 della Costituzione, fra i diritti dei figli naturali al riconoscimento del relativo *status*, e quindi a essere mantenuti, istruiti ed educati anche se nati fuori del matrimonio, e i "diritti dei membri della famiglia legittima" alla stabilità e ad essere tutelati rispetto a possibili azioni "temerarie e vessatorie".

La Consulta, nella sentenza n. 70 del 1965, dichiara la illegittimità costituzionale dell'art. 274, secondo comma, cod. civ. nella parte in cui disponeva che la decisione sull'ammissibilità dell'azione avesse luogo con decreto non motivato e non soggetto a reclamo, nonché nella parte in cui escludeva la necessità del contraddittorio e dell'assistenza dei difensori, per violazione dell'art. 24, secondo comma, Cost., relativo al diritto inviolabile di difesa, e, sempre in riferimento allo stesso principio, la illegittimità costituzionale del terzo comma dell'art. 274, per la parte in cui disponeva la segretezza dell'inchiesta anche nei confronti delle parti²⁸.

In riferimento all'art. 30 Cost., il Giudice costituzionale rileva che la ricerca della paternità assolve a una esigenza fondamentale di tutela giuridica dei figli nati fuori del matrimonio, ed è, pertanto, oggetto di garanzia costituzionale e aggiunge che la stessa norma costituzionale stabilisce i limiti per tale ricerca - "limiti che potranno derivare dalla esigenza, affermata nel comma 3, di far sì che la tutela dei figli nati fuori del matrimonio sia compatibile con i diritti della famiglia legittima e dall'esigenza di salvaguardare, in materia tanto delicata, i fondamentali diritti della persona, tutelati anch'essi dalla Costituzione, dai pericoli di una persecuzione in giudizio temeraria e vessatoria"²⁹.

Nella sentenza n. 249 del 1974 viene affrontata una questione che riemergerà anche in seguito nella giurisprudenza costituzionale e riguardante il termine per esercitare l'azione di disconoscimento di paternità nel caso in cui il marito risultasse affetto da *impotentia generandi*.

Il rimettente lamentava la violazione dell'art. 24 della Costituzione poiché la norma non consentiva al marito di esercitare l'azione qualora fosse venuto a conoscenza del proprio stato di impotenza in epoca successiva al decorso del termine, allora trimestrale, dalla nascita del figlio.

²⁷ Si veda L. LENTI, *La sedicente riforma della filiazione*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 4, 2013; M. SESTA, *Le azioni di stato dopo il decreto legislativo n. 154/2013*, in *Rassegna forense*, 2, 2014.

²⁸ Sulla base di tale pronuncia fu approvata la legge 23 novembre 1971, n. 1047 (Proroga dei termini per la dichiarazione di paternità e modificazione dell'art. 274 del codice civile), contenente all'art. 2 una nuova disciplina del giudizio di ammissibilità dell'azione, la quale stabilì l'obbligo di motivazione del decreto e la sua reclamabilità presso la Corte d'appello, confermando peraltro la non pubblicità dell'inchiesta sommaria compiuta dal tribunale e l'obbligo di mantenerla segreta.

²⁹ Si veda il paragrafo n. 1 del Considerato in diritto della sentenza n. 70 del 1965.

La Corte dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 244 cod. civ. prospettata in riferimento all'ipotesi di *impotentia generandi* poiché la brevità del termine e la decorrenza di esso da un fatto certo ed obiettivo, quale è la nascita, rispondevano all'esigenza della certezza giuridica dei rapporti familiari, in funzione della quale assumeva particolare rilievo il *favor legitimitatis*³⁰; al contrario, argomenta la Consulta, se la norma avesse consentito la decorrenza del termine da un evento difficilmente controllabile, quale la conoscenza della specifica condizione da parte del marito, si sarebbe determinato l'effetto di vanificare il termine stesso e rendere possibile l'esperimento dell'azione in qualsiasi momento.

3.2. La giurisprudenza sul *favor veritatis*

Come menzionato, la novella del 1975 assegna un maggiore spazio alla ricerca della "verità biologica", quando sussistano indizi seri di difformità dalla "verità legale" stabilita dalle presunzioni degli artt. 231 e 232 del cod. civ., ma riserva ai soli soggetti direttamente interessati, cioè ai membri della famiglia legittima, la facoltà di ricercare e fare emergere le relative verità. L'equilibrio tra la verità legale, ordinata all'interesse di conservazione dell'unità della famiglia legittima tutelata dall'art. 29 della Costituzione, e la verità biologica, verso la quale è orientato l'art. 30, con le riserve previste nel secondo comma e nell'ultimo, viene ulteriormente sbilanciato a favore della seconda, a partire dalla approvazione della legge n. 184 del 1983, che introduce una ipotesi di azione di disconoscimento della paternità promossa su iniziativa del pubblico ministero, nel caso in cui il figlio abbia meno di sedici anni³¹.

Nella giurisprudenza emergono diverse, e confliggenti, situazioni soggettive da tutelare: da un lato, il diritto all'identità personale, fondato sulla centralità della verità biologica e realizzabile attraverso il riconoscimento del rapporto di filiazione, dall'altro lato, l'interesse ad evitare qualsiasi pregiudizio al benessere e allo sviluppo psicofisico del minore che un disconoscimento o nuovo riconoscimento potrebbero comportare. Allo stesso tempo i diritti del minore possono richiedere un ulteriore bilanciamento con gli interessi del presunto genitore ad effettuare il riconoscimento.

La questione affrontata nella sentenza n. 64 del 1982, relativa alla decorrenza del termine per la proposizione dell'azione di disconoscimento, viene dichiarata non fondata in relazione alla prospettata disparità di trattamento tra la posizione del padre e quella del figlio, essendo "insussistente" la violazione dell'art. 3 e dell'art. 24 della Costituzione sotto il profilo della garanzia dell'esercizio del diritto di difesa³².

³⁰ Si veda il paragrafo n. 3 del Considerato in diritto della sentenza n. 249 del 1974.

³¹ Cfr. sentenza n. 134 del 1985, paragrafo n. 4 del Considerato in diritto, dove si legge: "L'ulteriore evoluzione della coscienza collettiva con la più marcata accentuazione della rilevanza del rapporto effettivo di procreazione, dimostrata anche dal legislatore con l'attribuzione al P.M. della facoltà di promuovere l'azione di disconoscimento da parte del minore infrasedicenne (art. 81 della legge 4 maggio 1983, n. 184), evoluzione che la Corte, del resto, può cogliere anche indipendentemente dai segnali del legislatore (sentenze nn. 49 del 1971 e 126 del 1978); la diversità non solo dei parametri formalmente indicati (dell'art. 24 Cost., è invocato il primo comma, non il secondo), ma dei profili in parte diversi sotto i quali la questione è posta dal tribunale di Torino nella ordinanza n. 1044 del reg. ord. 1983, persuadono la Corte che la questione merita di essere riesaminata".

L'innovazione rimane all'interno dei limiti del criterio di determinazione dei soggetti titolari dell'azione assunto dalla legge n. 151 del 1975, posto che nella nuova ipotesi l'azione non è esercitata dal pubblico ministero, ma pur sempre, in nome e nell'interesse del figlio, da un curatore speciale.

³² La sentenza n. 64 del 1982 dichiara anche l'illegittimità costituzionale dell'art. 229 della legge 19 maggio 1975, n. 151, nella parte in cui non prevede che l'azione di disconoscimento di paternità sia

La Corte rileva nella intervenuta riforma del diritto di famiglia una prevalenza accordata al *favor veritatis* rispetto al *favor legitimitatis*, tuttavia riconosce un perdurante rilievo del *favor legitimitatis* in virtù del quale il legislatore, lasciando il termine di decadenza dell'azione del padre correlato alla conoscenza della nascita, ha posto al *favor veritatis* un limite giustificato dagli inconvenienti di uno sconvolgimento di rapporti familiari protrattisi per lungo tempo³³, non attribuendo ad esso, dunque, il valore di principio assoluto³⁴.

Infatti, rispetto a questo principio rimangono una serie di restrizioni riguardanti il termine a quo, pur elevato a un anno, che decorre per il padre dalla conoscenza della nascita e non dalla conoscenza dei fatti³⁵.

La differenziazione fra i tempi di decorrenza dell'azione del padre e del figlio viene ritenuta ragionevole dalla Corte poiché corrisponde all'esigenza di contemperare la ricerca della verità biologica con i valori della certezza e della stabilità dei rapporti familiari all'interno dei quali il minore rimane la parte debole del rapporto e bisognoso di protezione familiare quando l'azione di disconoscimento viene proposta dal padre.

In materia di azione di disconoscimento intentata dal padre nel caso di adulterio commesso dalla moglie rilevano le sentenze n. 134 del 1985 e n. 266 del 2006³⁶.

Con la sentenza n. 134 del 1985 la Consulta perviene alla declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 244 cod. civ., nella parte in cui non dispone che il termine dell'azione di disconoscimento decorra dal giorno in cui il marito sia venuto a conoscenza dell'adulterio della moglie; l'iter argomentativo di tale pronuncia si fonda - oltre che su considerazioni relative alla evoluzione della coscienza collettiva, nel senso della accordata preminenza del fatto della procreazione sulla qualificazione giuridica della filiazione - sulla valutazione di irragionevole compressione del diritto del padre di agire per il disconoscimento, nel caso di scoperta dell'adulterio oltre un anno dopo la nascita del figlio³⁷.

proponibile dal padre entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della legge stessa, nell'ipotesi che nel periodo compreso fra il trecentesimo e il centottantesimo giorno prima della nascita la moglie abbia commesso adulterio.

³³ Nel paragrafo n. 6 del Considerato in diritto della sentenza n. 64 del 1982 si legge: "D'altra parte, il perdurante rilievo del *favor legitimitatis* già di per se stesso spiega perché il legislatore abbia differenziato, quanto alla decorrenza del termine per l'azione di disconoscimento, il trattamento del padre rispetto a quello del figlio: assai più importante è la certezza e permanenza dei rapporti familiari per il figlio quasi sempre minore e bisognoso di protezione familiare quando l'azione di disconoscimento viene proposta dal padre".

³⁴ Anche la giurisprudenza di legittimità ha escluso che il *favor veritatis* costituisca un valore di rilevanza costituzionale assoluta, atteso che l'art. 30 Cost. non ha attribuito un rilievo preminente alla verità biologica rispetto a quella legale. Cfr. Corte di Cassazione, sezione prima civile, sentenze 30 maggio 2013, n. 13638; 22 dicembre 2016, n. 26767; e 3 aprile 2017, n. 8617.

³⁵ La tutela del minore viene attuata facendo decorrere per il figlio il termine per proporre l'azione di disconoscimento "dal compimento della maggiore età o dal momento in cui viene successivamente a conoscenza dei fatti", mentre per il padre e per la madre il termine decorre dalla nascita. Si veda il paragrafo n. 6 del Considerato in diritto della sentenza n. 64 del 1982.

³⁶ In tema di adulterio si deve rinviare alla sentenza n. 126 del 1968 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del primo e del secondo comma dell'art. 559 del codice penale che stabilivano un trattamento discriminatorio dell'adulterio in violazione del principio di uguaglianza dei coniugi.

³⁷ La Consulta sottolinea che il rilievo attribuito dal legislatore del 1975, nel nuovo testo dell'art. 235 c.c., all'adulterio della moglie come elemento che facoltizza la prova dell'esclusione della paternità, sta nel fatto che, mentre nella legge precedente l'adulterio era rilevante solo se accompagnato dall'occultamento della gravidanza e della nascita, nel nuovo testo l'adulterio diventa rilevante da solo. Si veda il paragrafo n. 7 del Considerato il diritto della sentenza n. 134 del 1985.

La Corte evidenzia la oggettiva irrazionalità della disposizione poichè la norma impedisce al padre di proporre il disconoscimento dopo essere venuto a conoscenza dell'adulterio, cioè dopo l'avvenimento da cui nasce il suo diritto di azione³⁸.

Più recentemente, la Corte costituzionale, con sentenza n. 266 del 6 luglio 2006, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 235, primo comma, numero 3, del codice civile, nella parte in cui, ai fini dell'azione di disconoscimento della paternità, subordina l'esame delle prove tecniche, da cui risulta “*che il figlio presenta caratteristiche genetiche o del gruppo sanguigno incompatibili con quelle del presunto padre*”, alla previa dimostrazione dell'adulterio della moglie.

Sostiene la Corte che il subordinare – sulla base del diritto vivente³⁹ – l'accesso alle prove tecniche, che consentono di affermare se il figlio è nato o meno da colui che è considerato il padre legittimo, alla previa prova dell'adulterio è irragionevole sotto un duplice ordine di ragioni. Da una parte, consta l'irrelevanza di quest'ultima prova al fine dell'accoglimento, nel merito, della domanda proposta, e, dall'altra, tale richiesta si sostanzia in un ostacolo all'esercizio del diritto di azione garantito dall'art. 24 della Costituzione.

La Corte conclude, inoltre, che tale incisione del *favor veritatis* avviene “per giunta in relazione ad azioni volte alla tutela di diritti fondamentali attinenti allo *status* e alla identità biologica”⁴⁰.

³⁸ Sulla stessa scia è la sentenza n. 158 del 1991 in cui la Corte afferma che ogni falsa apparenza di stato deve cadere al fine di tutelare il valore del *favor veritatis*.

L'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità è ispirata al “principio di ordine superiore che ogni falsa apparenza di stato deve cadere”, in quanto nella verità del rapporto di filiazione viene individuato un valore necessariamente da tutelare. L'attribuzione della legittimazione ad agire anche all'autore in mala fede del falso riconoscimento e la imprescrittibilità dell'azione dimostrano infatti come il legislatore, nel conformare l'istituto in esame, abbia voluto privilegiare il *favor veritatis*, in funzione di un'imprescindibile esigenza di certezza dei rapporti di filiazione.

La Consulta conferma che il profilo di disparità di trattamento tra il figlio naturale riconosciuto, permanentemente esposto alla perdita del proprio status, data la imprescrittibilità dell'azione ex art. 263 del codice civile, e il figlio legittimo, per il cui disconoscimento il padre dispone di azione sottoposta a termine di decadenza annuale ex art. 244 del codice civile, non sussiste.

Le due situazioni non sono comparabili, dato che per la prima, come s'è detto, vale il principio superiore che ogni falsa apparenza di *status* deve cadere, da cui la imprescrittibilità dell'azione; per la seconda vale la presunzione, espressa col brocardo romanistico “*pater est is quem iustae nuptiae demonstrant*”, superabile solo - per il *favor legitimitatis* - con la decadenza nel breve termine di un anno dell'azione di disconoscimento.

³⁹ L'approccio interpretativo della Corte di Cassazione – stabilito nella sentenza n. 5687 del 1984 in cui era stato affermato che l'art. 235, comma primo, cod. civ., il quale subordina la esperibilità delle prove cosiddette tecniche, sulle caratteristiche genetiche o sul gruppo sanguigno, alla dimostrata ricorrenza dell'adulterio della moglie, non ostava a che il giudice del merito, ove ne ravvisasse l'opportunità, potesse ammettere ed espletare tali prove tecniche contemporaneamente a quelle inerenti all'adulterio – è stato successivamente abbandonato ed è diventato “diritto vivente”, cui si riferisce la Consulta, quello per il quale l'indagine sul verificarsi dell'adulterio ha carattere preliminare rispetto a quella sulla sussistenza o meno del rapporto procreativo, con la conseguenza che la prova genetica o ematologica, anche se espletata contemporaneamente alla prova dell'adulterio, può essere esaminata solo subordinatamente al raggiungimento di quest'ultima, e al diverso fine di stabilire il fondamento del merito della domanda (v., tra le altre, Cass. n. 2113 del 1992, n. 8087 del 1998, n. 14887 del 2002); con l'ulteriore conseguenza che, in difetto di prova dell'adulterio, anche in presenza della dimostrazione che il figlio presenta caratteristiche genetiche o del gruppo sanguigno incompatibili con quelle del presunto padre, l'azione di disconoscimento della paternità doveva essere respinta.

⁴⁰ Si veda il paragrafo n. 6.3 del Considerato in diritto della sentenza n. 266 del 2006 della Corte costituzionale.

3.3. La giurisprudenza sul *favor minoris*

Come anticipato, in questa giurisprudenza si assiste a un sostanziale ribaltamento di prospettiva.

La Corte riconosce, in definitiva, la necessaria immanenza dell'interesse del minore nell'ambito delle azioni volte al riconoscimento o alla rimozione del suo *status filiationis*. Nell'auspicare una "tendenziale corrispondenza" tra certezza legale e verità naturale, la Corte chiarisce che anche l'accertamento della verità biologica fa parte della complessiva valutazione rimessa al giudice, a fianco di altri aspetti che, insieme ad esso, concorrono a definire la complessiva identità del minore e, fra questi, anche quello, potenzialmente confliggente, alla conservazione dello *status* già acquisito.

Quella sul *favor minoris* è una giurisprudenza che si sviluppa a partire dagli anni Novanta, delineando una clausola che rappresenta una nozione di sintesi di una pluralità di prospettive di tutela del minore e che comporta un ribaltamento rispetto all'approccio precedentemente seguito: la prospettiva attraverso cui interpretare e applicare le norme rilevanti in materia di filiazione risulta essere esclusivamente quella della tutela del minore.

La sentenza n. 341 del 1990 dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 274, primo comma, del codice civile, nella parte in cui, se si tratta di minore infrasedicenne, non prevede che l'azione promossa dal genitore esercente la (allora) potestà sia ammessa solo quando sia ritenuta dal giudice rispondente all'interesse del figlio.

La valutazione dell'interesse del minore viene qualificata dalla Corte quale una componente essenziale dell'oggetto del giudizio di ammissibilità sia sotto il profilo della veridicità del rapporto di filiazione che sotto il profilo della convenienza del minore all'accertamento formale del rapporto di filiazione⁴¹.

Nella pronuncia n. 112 del 1997 il Giudice delle leggi apoditticamente dichiara che "non si può contrapporre al *favor veritatis* il *favor minoris* dal momento che la falsità del riconoscimento lede il diritto del minore alla propria identità"⁴².

La questione, sollevata dal Tribunale di Napoli, in riferimento agli artt. 2, 3, 30 e 31 della Costituzione, concerne l'art. 263 del codice civile, nella parte in cui non prevede che l'impugnazione del riconoscimento del figlio minore per difetto di veridicità possa essere accolta solo quando sia ritenuta dal giudice rispondente all'interesse del minore stesso.

Ad avviso del Tribunale rimettente, la norma censurata, che non considera in alcun modo il preminente interesse del minore alla conservazione dell'ambiente familiare nel quale è inserito, si porrebbe in contrasto con le norme costituzionali espressione delle esigenze di tutela dei minori.

La Corte dichiara non fondata la questione promossa poiché la finalità perseguita dal legislatore è rintracciabile nell'attuazione della tutela del minore che si sostanzia nel diritto del minore all'acquisizione di uno stato corrispondente alla realtà biologica, ovvero, ove ciò non sia possibile, al ricorso alle tecniche di tutela del minore previste dall'ordinamento, ossia all'acquisizione di uno stato corrispondente a quello dei figli legittimi attraverso le garanzie offerte dalle norme sull'adozione⁴³.

⁴¹ Si veda il paragrafo n. 5 del Considerato in diritto della sentenza n. 341 del 1990 della Corte costituzionale.

⁴² Si veda il paragrafo n. 3 del Considerato in diritto della sentenza n. 112 del 1997 della Corte costituzionale.

⁴³ Si veda il paragrafo n. 3 del Considerato in diritto della sentenza n. 112 del 1997 della Corte costituzionale.

Tale impostazione è seguita anche nella sentenza n. 216 del 1997 in cui il *favor minoris* include sia l'accertamento della veridicità del rapporto di filiazione sia la tutela del minore in relazione alla sua formazione e allo sviluppo della sua personalità.

La questione, promossa dal Tribunale per i minorenni di Napoli in riferimento agli artt. 3, 30, 31, della Costituzione, concerne l'art. 274, primo e secondo comma, del codice civile, nella parte in cui non incentra esclusivamente il giudizio di ammissibilità dell'azione per la dichiarazione di paternità o di maternità naturale sull'esame dell'interesse del minore.

La Corte afferma, dunque, che è compito precipuo del Tribunale per i minorenni verificare se la modifica dello *status* del minore risponda al suo interesse e non sia per lui di pregiudizio; così come contemporaneamente ha il compito di verificare, sia pure con sommaria delibazione, la verosimiglianza del preteso rapporto di filiazione, dovendosi garantire il diritto del minore alla propria identità.

Il giudizio di ammissibilità dell'azione per la dichiarazione di paternità e maternità è ispirato pertanto a due finalità concorrenti e non in contrasto tra loro, essendo posto a tutela non solo del convenuto contro il pericolo di azioni temerarie e ricattatorie, ma anche e soprattutto del minore, il cui interesse sta nell'affermazione di un rapporto di filiazione veridico, che non pregiudichi la formazione e lo sviluppo della propria personalità.

Nella sentenza n. 170 del 1999 viene dichiarata l'incostituzionalità, per violazione degli artt. 3 e 24 Cost., della norma prevista nell'art. 244, comma 2, cod. civ., nella parte in cui non prevede che il termine per la proposizione dell'azione di disconoscimento della paternità, nell'ipotesi di impotenza solo di generare, contemplata dal n. 2) dell'art. 235 del codice, decorra per il marito dal giorno in cui egli sia venuto a conoscenza della propria impotenza di generare⁴⁴.

La Corte argomenta sul punto che nella crescente considerazione del *favor veritatis* non è possibile ravvisarsi una ragione di conflitto con il *favor minoris*, poiché la verità biologica della procreazione costituisce una componente essenziale dell'interesse del medesimo minore, riconoscendosi espressamente l'esigenza di garantire al figlio il diritto alla propria identità e all'affermazione di un rapporto di filiazione veridico⁴⁵, rispetto al quale può recedere il principio di intangibilità dello *status*, allorché esso risulti privo del fondamentale requisito della corrispondenza alla verità biologica e quando risulti tempestivamente azionato⁴⁶.

La tutela del minore richiede, però, che il perseguimento del valore verità sia bilanciato con il sacrificio della posizione familiare, affettiva e socio-economica acquisita nel tempo dal figlio; tale sacrificio deve essere valutato anche alla luce della sofferenza che il figlio legittimo, consapevole dell'apparenza solo formale del proprio *status*, potrebbe sperimentare⁴⁷.

Nella sentenza n. 272 del 2017 la Corte conferma l'orientamento sino ad allora formulato che, pur riconoscendo un accentuato favore dell'ordinamento per la conformità dello *status* alla realtà della procreazione, esclude che quello

⁴⁴ La questione, sollevata dal Tribunale di Venezia, viene estesa alla declaratoria di illegittimità costituzionale del primo comma della medesima norma nella parte in cui non prevede che il termine assegnato alla moglie decorra dalla data in cui essa sia venuta a conoscenza della impotenza di generare del marito.

⁴⁵ Su questi aspetti, le sentenze nn. 216 e 112 del 1997 costituiscono il punto di riferimento fondamentale.

⁴⁶ Si veda il paragrafo n. 4 del Considerato in diritto della sentenza n. 170 del 1999.

⁴⁷ *Ibidem*.

dell'accertamento della verità biologica e genetica dell'individuo costituisca un valore di rilevanza costituzionale assoluta, tale da sottrarsi a qualsiasi bilanciamento.

Nel corso di un procedimento di impugnazione del riconoscimento di figlio naturale per difetto di veridicità, la Corte d'appello di Milano ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 del codice civile, in riferimento agli artt. 2, 3, 30, 31 e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 8 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (Cedu)⁴⁸.

La disposizione è censurata nella parte in cui non prevede che l'impugnazione del riconoscimento del figlio minore per difetto di veridicità possa essere accolta solo quando sia rispondente all'interesse dello stesso.

Il giudizio a quo aveva per oggetto l'accertamento dell'inesistenza del rapporto di filiazione di un minore nato attraverso il ricorso alla surrogazione di maternità realizzata all'estero - in India - attraverso la tecnica dell'ovodonazione. Non è in discussione la legittimità del divieto di tale pratica, previsto dall'art. 12, comma 6, della legge 19 febbraio 2004, n. 40, recante "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita", né il tema dei limiti alla trascrivibilità in Italia di atti di nascita formati all'estero⁴⁹.

La questione sollevata dalla Corte d'appello di Milano ha per oggetto, infatti, la disciplina dell'azione di impugnazione prevista dall'art. 263 cod. civ., volta a rimuovere lo stato di figlio, già attribuito al minore per effetto del riconoscimento, in considerazione del suo difetto di veridicità.

La Corte procede a analizzare il contesto normativo relativo ai casi di possibile divergenza tra identità genetica e identità legale⁵⁰ e il rilievo che la clausola dell'interesse

⁴⁸ La Corte rileva che la disposizione dell'art. 263 cod. civ. è stata censurata dal rimettente nella versione, applicabile *ratione temporis*, antecedente alle modifiche apportate dal decreto legislativo 28 dicembre 2013, n. 154 (Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219). Si veda il paragrafo n. 4.1.1 del Considerato in diritto della sentenza n. 272 del 2017.

⁴⁹ In tema occorre fare menzione della ordinanza n. 8325 della Corte di Cassazione, sezione prima civile, depositata il 29 aprile 2020, con la quale viene rimessa alla Corte Costituzionale la questione di legittimità costituzionale dell'art. 12 della legge n. 40 e delle norme che disciplinano la trascrizione degli atti formati all'estero (*art. 18 del D.P.R. n. 396 del 2000 e dell'art. 64, comma 1, lett. g della legge n. 218 del 1995*), nella parte in cui non consentono che possa essere riconosciuto e dichiarato esecutivo, per contrasto con l'ordine pubblico, il provvedimento giurisdizionale straniero che accerta il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero con le modalità della gestazione per altri (cd. maternità surrogata) e il genitore "intenzionale", unito in matrimonio con il genitore biologico.

⁵⁰ Si vedano i paragrafi n. 4 e seguenti del Considerato in diritto della sentenza n. 272.

del minore assume nel contesto europeo e internazionale⁵¹, richiamando anche le pronunce in materia adottate dalla Corte Edu⁵².

Sulla base del quadro normativo delineato la Corte, con una sentenza interpretativa di rigetto, dichiara la non fondatezza della questione sollevata poiché non sussistono motivi di ordine logico e normativo per i quali, davanti all'azione di cui all'art. 263 cod. civ.⁵³, fatta salva quella proposta dallo stesso figlio, il giudice non debba valutare se l'interesse a far emergere la verità biologica possa considerarsi espressione dell'interesse del minore, e se tale ricerca della verità sia prevista dalla legge oppure no – come nel caso di pratiche vietate dalla legge, quale la maternità surrogata.

La Corte conferma che il *favor veritatis* non possiede un rilievo costituzionale assoluto ma costituisce un aspetto che deve essere bilanciato insieme ad altri all'interno della prospettiva della tutela del preminente interesse del minore.

Tale bilanciamento implica strutturalmente un giudizio comparativo tra gli interessi che possono essere ricompresi nel *favor minoris* e le conseguenze che da tale bilanciamento possano derivare sulla posizione giuridica del minore.

In questi casi delicati dal punto di vista umano e sociale, la Corte ha richiamato l'esigenza di tenere conto, nell'ottica della tutela del preminente interesse del minore, di variabili molto complesse tra cui, oltre alla durata e alla qualità del rapporto instauratosi col minore e quindi alla condizione identitaria da lui/lei acquisita, le modalità del concepimento e della gestazione e la presenza di strumenti legali, quale potrebbe essere l'adozione in casi particolari, che consentano la costituzione di un legame giuridico col genitore contestato e che, in ultima analisi, garantiscano al minore la migliore tutela⁵⁴.

3.4. Il *favor minoris* e la tutela dei preminenti interessi del minore.

La clausola del *favor minoris*, impiegata nella giurisprudenza costituzionale analizzata, si incentra, dunque, sull'esame e sulla valutazione dell'interesse preminente del minore che, ivi, è declinata, in senso plurale, su un ampio ventaglio di interessi da tutelare e assume la funzione specifica di criterio teleologico di bilanciamento delle situazioni soggettive coinvolte.

⁵¹ I riferimenti sono alla Convenzione sui diritti del fanciullo, firmata a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con legge 27 maggio 1991, n. 176, in forza della quale “[i]n tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza sia delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente” (art. 3, paragrafo 1); inoltre, alla Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, firmata a Strasburgo il 25 gennaio 1996, ratificata e resa esecutiva con legge 20 marzo 2003, n. 77, e alle Linee guida del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa per una giustizia a misura di minore, adottate il 17 novembre 2010, nella 1098 riunione dei delegati dei ministri.

Infine, all'art. 24, secondo comma, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e adattata a Strasburgo il 12 dicembre 2007, che sancisce il principio per il quale “[i]n tutti gli atti relativi ai bambini, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente”.

⁵² La Corte richiama i casi, concernenti la surrogazione di maternità, decisi sulla base dell'impiego del criterio del migliore interesse dei minori - sentenze del 26 giugno 2014, rese nei casi *Menesson* contro Francia e *Labassee* contro Francia.

⁵³ Nel caso specifico l'impugnazione del riconoscimento era stata proposta dal curatore speciale del minore nominato dal Tribunale per i minori di Milano in riferimento alla posizione della madre, mentre il test del DNA aveva confermato la connessione genetica del padre con il figlio.

⁵⁴ Si veda il paragrafo n. 4.3 del Considerato in diritto della sentenza n. 272 del 2017.

In termini più generali, occorre specificare che, da più parti e sotto molteplici punti di vista, è stato evidenziato come l'esatto contenuto dell'interesse del minore sia di difficile individuazione⁵⁵. La vaghezza ascrivibile al criterio dell'interesse del minore, utilizzato ampiamente nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo⁵⁶ e sempre più anche nell'ordinamento interno⁵⁷, presta il fianco a critiche che si appuntano sulla possibile arbitrarietà di soluzioni interpretative e applicative che si fondino su una nozione eccessivamente elastica di interesse del minore.

Al fine di inquadrare le caratteristiche di questa nozione la dottrina italiana afferma che il suo significato può essere declinato in maniera differente a seconda delle finalità e delle situazioni in cui viene impiegata⁵⁸. In primo significato, come interesse dei *minori* come categoria generale e astratta, esso si rivolge al legislatore o all'interprete come clausola generale che viene impiegata in una ottica di politica del diritto e che deve essere considerata primariamente nella elaborazione delle norme o nella loro interpretazione⁵⁹.

In un secondo significato, come interesse del *minore* concretamente parte del procedimento in corso, costituisce un principio invocato dal giudice al fine di adottare una soluzione nel caso concreto prospettato.

L'attenzione della Corte costituzionale per l'interesse del minore è significativa e risalente⁶⁰.

Nella giurisprudenza costituzionale la clausola dell'interesse del minore non si pone in alternativa ai diritti del minore ma possiede la funzione di dare indicazioni nella direzione della tutela di questi diritti, quali la salute psico-fisica del minore, la sicurezza materiale e morale, il sostegno necessario allo sviluppo delle sue capacità e della sua personalità, attraverso il riconoscimento di quello che potremmo definire "un meta-diritto" a un complesso di relazioni interpersonali continue e significative con le figure parentali di riferimento.

Nel contesto dell'interpretazione e dell'applicazione delle norme che concernono un minore, l'interesse del minore viene considerato preminente allorché si presenti un possibile conflitto fra diritti soggettivi di più soggetti, si pensi ai diritti dei genitori e del

⁵⁵ Sull'interesse del minore, si rinvia a E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016; L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Rivista di diritto civile*, 1, 2016; L. LENTI, *L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: espansione e trasformismo*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 1, 2016.

⁵⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Marckx c. Belgio*, 3 giugno 1979; Id., *Mikulic c. Croazia*, 7 febbraio 2002; Id., *Labassé c. Francia*, 26 giugno 2014; Id., *Menesson et al. c. Francia*, 26 giugno 2014; Id., *Genovese c. Malta*, 11 novembre 2011.

⁵⁷ Nell'ordinamento interno l'interesse del minore ha assunto carattere di piena centralità, specialmente dopo la riforma attuata con legge 19 maggio 1975, n. 151 (Riforma del diritto di famiglia), e dopo la riforma dell'adozione realizzata con la legge 4 maggio 1983, n. 184 (Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori), come modificata dalla legge 28 marzo 2001, n. 149, cui hanno fatto seguito una serie di leggi speciali che hanno introdotto forme di tutela sempre più incisiva dei diritti del minore.

⁵⁸ Si veda L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Rivista di diritto civile*, 1, 2016; L. LENTI, *L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: espansione e trasformismo*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 1, 2016.

⁵⁹ Cfr. Corte di Cassazione, sentenza del 30 settembre 2016, n. 19599, dove l'interesse del bambino e dell'adolescente è qualificato, secondo una dizione comune, superiore, ma non "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente garantite alla persona, che costituiscono nel loro insieme la tutela della sua dignità".

⁶⁰ L'affermazione della necessità di considerare il concreto interesse del minore in tutte le decisioni che lo riguardano è fortemente radicata nell'ordinamento interno e la Corte, sin da epoca risalente, ha contribuito alla definizione di tale clausola (*ex plurimis*, sentenze n. 7 del 2013, n. 31 del 2012, n. 283 del 1999, n. 303 del 1996, n. 148 del 1992 e n. 11 del 1981).

figlio, ovvero vi possa esser un conflitto fra diversi diritti fondamentali del minore, oppure si verifichi la necessità di contemperare la tutela del minore con altre esigenze di rilevanza costituzionale.

Oltre alle pronunce già menzionate nell'ambito della giurisprudenza in materia di azioni di stato che impiega la clausola del *favor minoris*, le decisioni più rilevanti sono quelle in materia di adozione, in materia di alterazione e soppressione di stato, in materia di concessione di benefici penitenziari.

La prima sentenza nella quale la Corte costituzionale impiega la nozione di interesse preminente del minore è la n. 11 del 1981⁶¹. In tale pronuncia il contenuto principale dell'interesse del minore è individuato nella garanzia dell'acquisizione *pleno iure* dello *status* di figlio legittimo nell'ambito dell'istituto della adozione speciale, connettendo tale interesse all'obiettivo primario dello sviluppo della sua personalità. L'interesse del minore appare preminente sia rispetto agli interessi degli adottanti che dei genitori naturali. Si tratta ovviamente di una considerazione di tipo pubblicistico di tale interesse che supera anche la connotazione in senso privatistico che l'istituto dell'adozione, con la coesistenza di un doppio regime, ordinario e speciale, e con l'accento posto "sulla volontà degli interessati", mantiene almeno sino alla approvazione della legge n. 184 del 1983 che procede a coordinare le norme in materia di adozione e a connotare l'istituto maggiormente in senso pubblicistico.

La Consulta dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 314/17, primo comma, del codice civile, nella parte in cui, anche quando l'adozione ordinaria è pronunciata da giudice diverso da quello competente per l'adozione speciale, dispone che lo stato di adottabilità cessa per adozione ordinaria⁶².

La Corte riconosce che la riforma del 1967 ha spostato l'accento dall'interesse dell'adottando all'interesse dell'adottato⁶³. In particolare, viene data rilevanza non più all'interesse dell'adottando alla continuazione della famiglia e ad avere un erede ma all'interesse del minore adottato "ad essere allevato ed educato in condizioni più vantaggiose"⁶⁴.

⁶¹ Sulla quale si veda E. LAMARQUE, *Cit.*, Milano, 2016, 14.

⁶² La questione di costituzionalità riguardava l'art. 314/17 del codice civile in riferimento alla violazione degli interessi e dei diritti del minore - riconosciuti e garantiti dagli artt. 2, 3, primo e secondo comma, 30, secondo comma, 31, secondo comma, della Costituzione - e determinata dalla preferenza accordata dalla norma impugnata alla adozione ordinaria rispetto a quella speciale.

Si veda anche la sentenza n. 197 del 1986, nella quale l'interesse del minore in materia di adozione è identificato con il diritto ad avere una unica famiglia ove sia necessario sostituirla con una nuova a quella di origine che si è mostrata disfunzionale.

La Corte definisce preminente l'interesse del minore rispetto agli interessi di altri soggetti coinvolti nel procedimento. L'adozione, invero, pur traendo origine da un atto di autonomia degli adottanti, non si perfeziona con la mera domanda dei medesimi, bensì solo con un provvedimento giudiziario che nel concreto valuta come preminente l'interesse del minore.

⁶³ Si veda il paragrafo n. 5 del Considerato in diritto della sentenza n. 11 del 1981.

La legge n. 431 del 1967 che ha introdotto nel titolo VIII del libro I del codice civile un nuovo capitolo terzo intitolato "Dell'adozione speciale" è chiaramente ispirata alla tutela dell'interesse pubblicistico del minore infraotenne in stato di abbandono, interesse considerato in posizione di preminenza rispetto a tutti gli altri, compresi quelli dei genitori naturali. In materia si vedano anche le sentenze n. 145 del 1969; n. 158 del 1971; n. 76 del 1974; n. 234 del 1975.

⁶⁴ L'istituto dell'adozione speciale risulta essere diretta attuazione dei principi costituzionali in materia di tutela dei diritti del minore (artt. 2, 3, secondo comma, 30, secondo comma, 31, secondo comma). Cfr. anche sentenza n. 234 del 1975 della Corte costituzionale e sentenza del 13 gennaio 1978, n. 156 della Corte di Cassazione.

Le sentenze n. 148 del 1992⁶⁵, n. 303 del 1996⁶⁶ e n. 283 del 1999⁶⁷ ribadiscono che tutta la normativa in materia di adozione deve essere considerata alla luce dell'interesse del minore inteso come protezione della sua personalità e sviluppo.

La Corte ha più volte sottolineato che dai principi costituzionali di cui agli artt. 2 e 30 e art. 31 della Costituzione, discende che l'adozione deve trovare nella tutela dei fondamentali interessi del minore il proprio centro di gravità essendo sempre preferibile applicare il criterio dell'interesse del minore al fine di individuare la soluzione più adeguata allo sviluppo della sua personalità⁶⁸.

In materia di alterazione e soppressione di stato, la necessità di evitare automatismi viene affermata dalle sentenze n. 31 del 2012 e n. 7 del 2013, in cui la Corte ha dichiarato incostituzionali rispettivamente gli artt. 567, 2 comma e 569, 2 comma del codice penale, nella parte in cui prevedevano l'applicazione automatica della pena accessoria che privava i condannati della potestà (adesso responsabilità) genitoriale nei casi di reati di alterazione dello stato (art. 567 c.p.) e soppressione di stato (art. 569 c.p.).

In queste pronunce, la Corte rileva che la legge non dà una definizione della (allora detta) potestà genitoriale, ma nell'art. 147 cod. civ. sono previsti i doveri dei coniugi verso i figli, individuandoli come obblighi di “mantenere, istruire ed educare la prole, tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli”,

⁶⁵ La questione di legittimità costituzionale, sollevata dal Tribunale per i minorenni di Bari, concerneva l'art. 6, secondo comma, della legge n. 184 del 1983 che, nel contesto della disciplina della adozione legittimante, stabiliva tra i requisiti richiesti ai coniugi adottanti che la loro età superasse “di non più di quaranta anni l'età dell'adottando”. La Consulta dichiara l'illegittimità costituzionale della norma nella parte in cui non consente l'adozione di uno o più fratelli in stato di adottabilità, quando per uno di essi l'età degli adottanti supera di più di quarant'anni l'età dell'adottando e dalla separazione deriva ai minori un danno grave per il venir meno della comunanza di vita e di educazione.

⁶⁶ Nella sentenza n. 303 si affronta nuovamente la questione di legittimità costituzionale della norma che poneva il requisito, generale e comune tanto all'adozione nazionale che a quella internazionale, del divario di età tra coniugi adottanti e minore adottato. Il caso riguardava un minore adottato in Maryland rispetto al quale era stato promosso un giudizio per attribuire efficacia al provvedimento di adozione. Il dubbio di legittimità costituzionale è formulato per la rigidità della regola, che non consente al giudice di tenere conto, quale circoscritto ed eccezionale motivo di ammissibilità della dichiarazione di efficacia del provvedimento straniero di adozione, del superamento, da parte di uno solo dei coniugi adottanti, del limite di età di quaranta anni tra adottante ed adottato, in maniera tale che sia comunque rispettata la differenza biologica naturale ovvero ordinaria tra genitori e figli.

La Corte afferma che la regola del divario massimo di età tra adottante e adottato non può essere così assoluta da non poter essere ragionevolmente derogata, in casi rigorosamente circoscritti ed eccezionali, per consentire l'affermazione di interessi, attinenti al minore ed alla famiglia, che trovano radicamento e protezione costituzionale, la cui esistenza in concreto sia rimessa al rigoroso accertamento giudiziale (cfr. anche sentenza n. 148 del 1992).

⁶⁷ Nella sentenza n. 283 la questione era stata sollevata dalla Corte d'Appello di Roma – sezione minorenni – che era stata investita della impugnazione avverso la mancata dichiarazione di idoneità preordinata all'adozione di un minore straniero che, a seguito dei periodi legittimamente trascorsi presso quel nucleo familiare, aveva stabilito con i coniugi ricorrenti un particolare rapporto affettivo ed educativo, ma rispetto al quale entrambi i coniugi superavano di poco il divario massimo di età stabilito quale requisito per l'adozione dall'art. 6, secondo comma, della legge 4 maggio 1983, n. 184 (Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori).

La Corte afferma che tale regola non può essere così assoluta da non tollerare, sempre che si rimanga nell'ambito di un divario di età compatibile con la funzione dell'adozione legittimante, alcuna eccezione: neanche quando la deroga alla regola generale non sia richiesta in ragione dell'interesse del minore a trovare una famiglia di accoglienza, interesse che può essere diversamente soddisfatto, ma risponda invece alla necessità di salvaguardare il minore da un danno grave e non altrimenti evitabile che a lui deriverebbe dal mancato inserimento in quella specifica famiglia adottiva.

⁶⁸ Sul punto si vedano le sentenze n. 197 del 1986 e la sentenza n. 11 del 1981.

richiamando la formula dell'art. 30, primo comma, della Costituzione. Da queste norme si evince il nucleo di detta potestà che si collega all'obbligo dei genitori di assicurare ai figli un completo percorso educativo, garantendo loro il benessere, la salute e la crescita anche psichica e morale, secondo le possibilità socio-economiche dei genitori stessi.

La Corte evidenzia la connessione sostanziale esistente fra il corretto esercizio della - allora denominata - potestà genitoriale e la tutela dell'interesse morale e materiale del minore. Tale interesse, dunque, risulta inevitabilmente compromesso da una disposizione che sancisca la perdita automatica di quella potestà che è finalizzata, ove correttamente esercitata, alla tutela del minore interessato.

Nella sentenza n. 31 del 2012 l'interesse del minore viene definito "un interesse complesso, articolato in diverse situazioni giuridiche"⁶⁹, che hanno trovato fondamento e tutela sia nell'ordinamento internazionale⁷⁰ sia in quello interno⁷¹.

La Corte afferma che poiché la pronuncia di decadenza va ad incidere sull'interesse del minore, non è conforme al principio di ragionevolezza, e contrasta quindi con il dettato dell'art. 3 Cost., il disposto della norma censurata che, ignorando tale interesse, statuisce la perdita della - allora definita - potestà sulla base di un mero automatismo, che preclude al giudice ogni possibilità di valutazione e di bilanciamento, nel caso concreto, tra l'interesse stesso e la necessità di applicare comunque la pena accessoria in ragione della natura e delle caratteristiche del reato commesso.

Nella sentenza n. 7 del 2013 la Corte sottolinea come l'art. 569 del codice penale, nel prevedere la perdita della potestà dei genitori come conseguenza automatica derivante dalla commissione di uno dei delitti previsti nel medesimo capo, comprometta anche "l'interesse del figlio minore a vivere e a crescere nell'ambito della propria famiglia, mantenendo un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, dai quali ha diritto di ricevere cura, educazione ed istruzione"⁷².

Da ciò, la violazione del principio di ragionevolezza, posto che la norma, ignorando del tutto l'interesse del minore, precludeva al giudice - attraverso l'automatismo che la caratterizzava - qualsiasi bilanciamento tra quell'interesse e "la necessità di applicare

⁶⁹ Si veda il paragrafo n. 3 del Considerato in diritto della sentenza n. 31 del 2102.

⁷⁰ Nell'ordinamento internazionale la Convenzione sui diritti del fanciullo, firmata a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 27 maggio 1991, n. 176, dispone nell'art. 3, primo comma, che "In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza sia delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente".

La Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, adottata dal Consiglio d'Europa a Strasburgo il 25 gennaio 1996, ratificata e resa esecutiva con legge 20 marzo 2003, n. 77, nel disciplinare il processo decisionale nei procedimenti riguardanti un minore, detta le modalità cui l'autorità giudiziaria deve conformarsi "prima di giungere a qualunque decisione", stabilendo che l'autorità stessa deve acquisire "informazioni sufficienti al fine di prendere una decisione nell'interesse superiore del minore". La Carta dei diritti e delle libertà fondamentali dell'Unione europea, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, nell'art. 24, comma secondo, prescrive che "In tutti gli atti relativi ai minori, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del minore deve essere considerato preminente"; e il comma terzo del medesimo articolo aggiunge che "Il minore ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse".

⁷¹ Per l'ordinamento interno vengono ivi richiamate la riforma attuata con legge 19 maggio 1975, n. 151 (Riforma del diritto di famiglia), la riforma dell'adozione realizzata con la legge 4 maggio 1983, n. 184 (Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori), come modificata dalla legge 28 marzo 2001, n. 149.

⁷² Si veda il paragrafo n. 3 del Considerato in diritto della sentenza n. 7 del 2013 che richiama la sentenza n. 31 del 2012.

comunque la pena accessoria in ragione della natura e delle caratteristiche dell'episodio criminoso, tali da giustificare la detta applicazione appunto a tutela di quell'interesse⁷³. La centralità dell'interesse del minore appare evidente anche nelle sentenze in materia di diritto penitenziario⁷⁴. A partire dal 1990 la clausola dell'interesse del minore viene impiegata nel contesto del diritto penitenziario al fine di appianare una possibile discriminazione di trattamento fra padre e madre⁷⁵ e fra genitori di un figlio disabile che necessita di una maggiore e continuativa assistenza.

La Consulta nel 2003 dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 47 ter, comma 1, lett. a, ordinamento penitenziario, nella parte in cui non prevedeva la concessione della detenzione domiciliare anche nei confronti della madre condannata e, nei casi previsti dall'art. 47 ter, comma 1, lett. b, ordinamento penitenziario, del padre condannato, conviventi con un figlio portatore di handicap e incapace a provvedere alle esigenze elementari della vita quotidiana⁷⁶.

In queste decisioni la Corte valorizza l'interesse del figlio minore a mantenere un rapporto continuativo con almeno uno dei genitori dai quali ha diritto di ricevere cura, educazione e istruzione. Tale interesse non assume una rilevanza assoluta dovendo essere bilanciato con esigenze contrapposte, di pari rilievo costituzionale, quali quelle della difesa sociale che sottendono l'esecuzione della pena comminata.

Nella sentenza n. 239 del 2014 l'interesse del minore viene definito un interesse "esterno ed eterogeneo" – rispetto alla posizione del condannato a pena detentiva - di cui è titolare "un soggetto distinto e, al tempo stesso, di particolarissimo rilievo, quale quello del minore in tenera età a fruire delle condizioni per un migliore e più equilibrato sviluppo fisio-psichico"⁷⁷.

⁷³ Cfr. il paragrafo n. 3 del Considerato in diritto della sentenza n. 7 del 2013 nel quale la Corte richiama la sentenza n. 31 del 2012. Cfr. E. LAMARQUE, *Prima i bambini*, cit., 13, che chiarisce come la sentenza n. 7 del 2013 costituisca la "prima occasione in cui il principio dei *best interests of the child* enunciato in una fonte internazionale ha concorso a determinare la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una legge per il tramite dell'art. 117, primo comma, Cost."

⁷⁴ Si fa riferimento alle sentenze n. 215 del 1990; n. 250 del 2003; n. 239 del 2014; n. 76 del 2017; n. 174 del 2018; n. 187 del 2019.

⁷⁵ La Corte costituzionale nel 1990 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 47 ter, comma 1, n. 1, ordinamento penitenziario, nella parte in cui non stabiliva che la detenzione domiciliare prevista per la madre di prole di pochi anni potesse essere concessa anche al padre detenuto con la stessa convivente qualora la madre fosse deceduta o altrimenti impossibilitata a dare assistenza alla prole. Si veda il paragrafo n. 2 del Considerato in diritto della sentenza n. 215 del 1990.

Si veda in materia di detenzione domiciliare anche la sentenza n. 211 del 2018 che ha dichiarato illegittima la mancata estensione al padre, che fruisca della detenzione domiciliare "ordinaria" per esigenze di cura dei propri figli, della più favorevole disciplina dettata per la madre in caso di violazione delle prescrizioni che accompagnano la concessione del beneficio. L'assoluta impossibilità per il condannato, madre o padre, di accedere al beneficio della detenzione domiciliare speciale prima che sia decorso un triennio dalla revoca di una precedente misura alternativa sacrifica infatti a priori – e per l'arco temporale di un intero triennio – l'interesse di quest'ultimo a vivere un rapporto quotidiano con almeno uno dei genitori, precludendo al giudice ogni bilanciamento tra tale basilare interesse e le esigenze di tutela della società rispetto alla concreta pericolosità del condannato. La detenzione domiciliare speciale deve infatti essere negata in presenza di "un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti" da parte del condannato (art. 47-quinquies, comma 1, ordin. penit.); pericolo nel cui accertamento deve tenersi conto della tipologia e della concreta gravità della condotta che ha determinato la revoca della precedente misura. Laddove il tribunale giunga alla conclusione che un tale pericolo sussista, l'interesse del minore dovrà essere necessariamente salvaguardato con strumenti alternativi rispetto al ristabilimento della convivenza con il genitore, quale – ad esempio – l'affidamento ad altro nucleo familiare idoneo.

⁷⁶ Si tratta della sentenza n. 350 del 2003.

⁷⁷ Si veda il paragrafo n. 9 del Considerato in diritto della sentenza n. 239 del 2014.

In ragione del particolare rilievo costituzionale rivestito dall'interesse del minore, le condannate con prole di età non superiore a dieci anni possono essere ammesse ad espiare la pena “nella propria abitazione, o in altro luogo di privata dimora, ovvero in luogo di cura, assistenza o accoglienza, al fine di provvedere alla cura e alla assistenza dei figli”, a condizione che abbiano già espiato almeno un terzo della pena o almeno quindici anni, nel caso di condanna all'ergastolo (comma 1 dell'art. 47-quinquies). Come rilevato dalla Corte, “il senso dell'estensione si rinviene nel rilievo preminente dell'interesse dei bambini, che non devono essere eccessivamente penalizzati dalla differenza di situazione delle rispettive madri in riferimento alla gravità dei reati commessi ed alla quantità di pena già espiata”⁷⁸.

In questo senso, la clausola dell'interesse del minore assume un rilievo prioritario perché volto alla tutela di un soggetto debole, distinto dal condannato e particolarmente meritevole di protezione, che ha il diritto di instaurare un rapporto quanto più possibile “normale” con la madre (o, eventualmente, con il padre) in una fase importante del suo sviluppo.

In ogni caso nemmeno l'interesse del minore a fruire in modo continuativo dell'affetto e delle cure materne, malgrado il suo rango costituzionale, forma oggetto di protezione assoluta, tale da sottrarlo ad ogni possibile bilanciamento con esigenze contrapposte, anch'esse di rilievo costituzionali concernenti la necessità della esecuzione della pena inflitta al genitore in seguito alla commissione di un reato⁷⁹.

La dichiarata necessità di considerazione e apprezzamento giudiziale dell'interesse del minore, nel giudizio comparativo con altri interessi di pari rango ha consentito di flessibilizzare in modo rilevante alcuni automatismi legislativi che subordinavano la concessione di taluni benefici penitenziari alla previa espiazione di una determinata frazione di pena o alla collaborazione con la giustizia.

Nella sentenza n. 239 del 2014 la Consulta ha pronunciato una declaratoria di incostituzionalità dell'art. 4 bis, comma 1, ordinamento penitenziario, nella parte in cui non escludeva dal divieto di concessione dei benefici penitenziari la misura della detenzione speciale prevista dall'art. 47 quinquies ordinamento penitenziario. Nelle argomentazioni della Corte il subordinare l'accesso alle misure alternative alla detenzione alla collaborazione con la giustizia – indice legale del ravvedimento del condannato - può non risultare completamente giustificabile quando in gioco vi è un interesse di un terzo “esterno”, ossia il minore.

⁷⁸ Si veda il paragrafo n. 5 del Considerato in diritto della sentenza n. 239 del 2014 in cui viene citata la sentenza n. 177 del 2009. Il Giudice costituzionale era stato chiamato a valutare la compatibilità della previsione nella parte in cui estende il divieto di concessione dei benefici penitenziari, in caso di mancata collaborazione con la giustizia, anche alla misura della detenzione domiciliare speciale (art. 47-quinquies) rivolta alle condannate madri di prole di età non superiore a dieci anni.

⁷⁹ Affinché l'interesse del minore possa dirsi recessivo di fronte alle esigenze di protezione della società dal crimine occorre che la sussistenza e la consistenza di queste ultime venga verificata, per l'appunto, in concreto e non già collegata ad indici presuntivi che precludono al giudice ogni bilanciamento e margine di apprezzamento delle singole situazioni. In particolare, deve essere considerata, proprio in una logica di bilanciamento, la disciplina delle condizioni di accesso alla detenzione domiciliare speciale stabilite dall'art. 47-quinquies, comma 1, della legge n. 354 del 1975: condizioni tra le quali figura anche quella della insussistenza di un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti da parte della condannata.

Si veda anche la sentenza n. 187 del 2019 ove si legge che “la speciale rilevanza dell'interesse del figlio minore a mantenere un rapporto continuativo con ciascuno dei genitori, dai quali ha diritto di ricevere cura, educazione e istruzione”, trova “riconoscimento e tutela sia nell'ordinamento costituzionale interno – che demanda alla Repubblica di proteggere l'infanzia, favorendo gli istituti necessari a tale scopo (art. 31, secondo comma, Cost.) – sia nell'ordinamento internazionale”. Su questo anche le sentenze n. 76 del 2017, n. 17 del 2017 e n. 239 del 2014.

Nella sentenza n. 174 del 2018 la Corte afferma, in riferimento al caso dell'accesso all'assistenza all'esterno dei figli minori di età non superiore ai dieci anni, che subordinare la concessione di tale beneficio alla collaborazione con la giustizia significa condizionare in via assoluta e presuntiva la tutela del rapporto tra madre e figlio in tenera età ad un indice legale del "ravvedimento" della condannata⁸⁰. Tale previsione costituisce una legittima espressione della discrezionalità del legislatore, tuttavia tale discrezionalità deve essere esercitata riconoscendo una posizione di centralità all'interesse del figlio minore, garantito dall'art. 31, secondo comma, Cost., ad un rapporto quanto più possibile "normale" con la madre (o, in alternativa, con il padre).

L'esistenza di una presunzione assoluta e insuperabile non risulta essere, pertanto, conforme a Costituzione in quanto non consente al giudice un apprezzamento in concreto finalizzato a bilanciare nella singola situazione, a prescindere da indici legali presuntivi, le esigenze di difesa sociale con la tutela del minore interessato.

4. Considerazioni (interlocutoriamente) conclusive.

La presente analisi ha preso le mosse dall'individuazione della connotazione fortemente relazionale che caratterizza la tutela del minore, considerato come soggetto di relazioni piuttosto che come soggetto di diritti o di bisogni. Tale tutela viene affidata soprattutto a dinamiche relazionali sviluppate attraverso un'adeguata collocazione del minore all'interno delle formazioni sociali, *in primis* la famiglia "naturale" o adottiva, che possano garantire la protezione dei suoi diritti. L'esigenza di analizzare la natura dell'inquadramento dello statuto giuridico prevalente del minore come "figlio" all'interno della formazione sociale della famiglia ha indotto a svolgere una analisi dei casi più rilevanti in materia di filiazione e di tutela dell'interesse del minore affrontati nella giurisprudenza Edu e nella giurisprudenza costituzionale.

E' interessante evidenziare come il percorso della giurisprudenza Edu e della giurisprudenza costituzionale in materia di filiazione - in via di possibili definizioni ulteriori considerata anche la recente ordinanza n. 8325 della Corte di Cassazione, sezione prima civile, depositata il 29 aprile 2020, con la quale viene rimessa alla Corte Costituzionale la questione di legittimità costituzionale dell'art. 12 della legge n. 40 - sia, sotto molteplici punti di vista, caratterizzato da forme di convergenza e conduca alla individuazione della tutela del minore come categoria concettuale ampia all'interno della quale confluiscono, nella prospettiva della garanzia del suo preminente interesse, una pluralità di aspetti, come la ricerca della verità biologica, della stabilità e della qualità dei rapporti affettivi di riferimento, e il riconoscimento della possibilità di fare ricorso a strumenti legali che consentano la garanzia di una posizione formale a beneficio del minore.

⁸⁰ Si vedano anche le sentenze n. 239 del 2014 e n. 76 del 2017. Nella sentenza n. 76 del 2017, la Corte dichiara costituzionalmente illegittimo, in riferimento all'art. 31, secondo comma, Cost., Part. 47-quinquies, comma 1-bis, della legge n. 354 del 1975, nella parte in cui imponeva alle condannate per uno dei delitti di cui all'art. 4-bis della medesima legge di scontare una frazione di pena in carcere prima di poter accedere alla detenzione domiciliare speciale, cioè ad una misura finalizzata a garantire il rapporto tra la madre detenuta e il figlio in tenera età.

In tale sentenza viene affermato che se il legislatore, tramite il ricorso a presunzioni insuperabili, nega in radice l'accesso della madre a modalità agevolate di espiazione della pena, impedendo al giudice di valutare la concreta sussistenza, nelle singole situazioni, di esigenze di difesa sociale, bilanciandole con il migliore interesse del minore in tenera età, si verifica l'introduzione di un automatismo basato su indici presuntivi, il quale comporta il totale sacrificio di quell'interesse.

Mentre nelle fasi più risalenti della giurisprudenza costituzionale l'accento viene posto di volta in volta su singole dimensioni che caratterizzano sia la protezione del minore che quella degli adulti coinvolti, siano essi la stabilità delle relazioni familiari o la ricerca della verità biologica, nella fase più recente tutti gli interessi costituzionali rilevanti, stabilità delle relazioni, ricerca della verità biologica, possibilità di ricorso a strumenti legali che attribuiscono una protezione formale al minore, interesse al riconoscimento o al disconoscimento, vengono bilanciati soprattutto nell'ottica del suo preminente interesse.

In particolare, la clausola del *favor minoris*, analizzata nell'ambito delle decisioni pronunciate in materia di azioni di stato, evidenzia che la nozione di interesse del minore rappresenta una clausola di sintesi e bilanciamento fra una pluralità di "preminenti" (e costituzionalmente rilevanti) interessi del minore e un criterio teleologico che orienta l'attuazione dei diritti del minore.

Anche il contenuto più generale della nozione di interesse del minore nell'ambito della giurisprudenza della Corte costituzionale conferma la connotazione relazionale del principio dell'interesse del minore. Nella giurisprudenza costituzionale analizzata, tale interesse rintraccia una sua definizione specifica il cui oggetto si concretizza nel riconoscimento di un "meta-diritto" a relazioni stabili e significative.

Nell'ambito delle sentenze sull'adozione la Corte afferma che l'interesse del minore assurge a regola finalizzata al perseguimento del diritto a relazioni familiari che consentano lo sviluppo e la migliore formazione del minore.

Nell'ambito delle sentenze sulla soppressione e alterazione di stato la Corte evidenzia il nesso, anche e soprattutto di tipo relazionale, che sussiste fra l'interesse del minore a una sicurezza materiale e morale e il corretto esercizio della, allora denominata, potestà genitoriale. La Consulta mette in evidenza che incidere in maniera automatica su quest'ultima compromette in maniera inevitabile anche l'interesse del minore e la sua tutela che, invece, necessita di una valutazione e apprezzamento effettuata su basi casistiche.

Nelle sentenze viste in materia di ordinamento penitenziario la Corte evidenzia ancora una volta la natura relazionale dell'interesse del minore inteso come criterio di attuazione, nel bilanciamento giudiziale con le esigenze di difesa sociale che sottendono la necessaria esecuzione della pena comminata, di un "diritto a intrattenere relazioni significative e non precarie" con le figure parentali di riferimento che, anche se interessate da provvedimenti restrittivi della libertà, rimangono responsabili della garanzia di cure materiali e morali nei confronti del minore.

Accordi sulla sorte di embrioni e gameti crioconservati in caso di crisi familiare*.

di Marco Rizzuti**

Abstract IT: *Alcune recenti vicende giurisprudenziali, sia europee che americane, hanno riproposto all'attenzione degli interpreti il contenzioso relativo alla sorte degli embrioni crioconservati in caso di crisi della coppia aspirante alla genitorialità, con un intreccio di problematiche che coinvolgono l'autodeterminazione riproduttiva della donna, il valore del consenso prestato e le chances di vita del nascituro. Risulterà dunque assai rilevante indagare, con particolare riferimento all'ordinamento italiano, quale ruolo possa avere l'autonomia privata, beninteso con differenti gradi di disponibilità a seconda che si tratti di embrioni o di meri gameti, nell'elaborazione di possibili soluzioni preventive, o anche nella successiva costruzione di nuovi rapporti, che consentano di superare tali conflittualità.*

Abstract EN: *Recent caselaw, both in Europe and America, shows an increasing litigation with regard to cryopreserved human embryos and gametes in case of family breakdown. It involves issues such as free reproductive choices of the woman, binding value of the consent to assisted procreation, chances of life for the unborn child. Therefore, we will take into consideration, having specific regard to the Italian legal order and distinguishing between embryos and mere gametes, the possible role of private autonomy in elaborating preventive solutions and/or new relationships in order to overcome the mentioned conflicts.*

Sommario: 1. Premesse. – 2. Embrioni e crisi familiari. – 3. Il possibile ruolo dell'autonomia privata.

1. Premesse.

* Il presente contributo è stato già edito su “*Actualidad Jurídica Iberoamericana*” e viene qui ripubblicato con il consenso del direttore della predetta Rivista.

** Ricercatore in Diritto Privato, Università degli Studi di Firenze.

L'ipotesi di un conflitto fra le parti di un rapporto familiare in ordine alla sorte, in caso di crisi del rapporto stesso, di quelle peculiarissime entità che ricadono non più nell'ambito del patrimonio ma non ancora in quello della filiazione, ovvero i gameti o gli embrioni crioconservati, solleva oggi non poche problematiche giuridiche. Invero, non si tratta nemmeno di questioni imprescindibilmente connesse ai moderni sviluppi tecnologici, in quanto possono darsi, e si sono sempre potuti dare, casi limite in cui la crisi familiare deflagra proprio durante la gravidanza e si litiga anche sull'affidamento del nascituro, oppure in cui nella stessa fase già emergono gravissime carenze della gestante come genitrice, tali da indurre qualcuno ad attivarsi subito perché si possa arrivare all'adottabilità del concepito.

Al riguardo possiamo rinvenire anche precedenti antichissimi: basti pensare alla vicenda, ben nota alla tradizione romanistica, di un *pater* che dopo il divorzio chiedeva l'emissione di un *interdictum de liberis exhibendis et ducendis* contro la ex-moglie incinta, ed al quale un celeberrimo rescritto imperiale rispose negativamente, disponendo che la donna venisse ispezionata e custodita sino al parto, ma ritenendo impossibile prendere provvedimenti su ciò che era ancora una mera "*portio mulieris vel viscerum*"¹, definizione che sarebbe nei secoli divenuta tralozia e del tutto svincolata dalle peculiarità di un siffatto caso. Beninteso, la soluzione romanistica non limitava i poteri paterni per una qualche considerazione della posizione della donna incinta, che rilevava essenzialmente solo in quanto *venter*, ed era come tale assoggettata a quei meccanismi di controllo e curatela che del resto sarebbero sopravvissuti sino a tempi storicamente a noi vicinissimi². Tantomeno assumeva rilievo una qualche soggettivizzazione dell'embrione, che anzi veniva esplicitamente negata proprio nella fortunata formuletta consegnata ai posteri dal rescritto in discorso. Piuttosto, si prendeva atto che la peculiare natura dell'entità oggetto di causa, ancora priva di una sua esistenza autonoma, impediva il normale esercizio dei poteri fatti valere dall'attore: in altri termini una siffatta casistica rappresentava già allora una sfida per il funzionamento degli ordinari meccanismi giuridici di soluzione dei conflitti.

In tempi molto più recenti altre ipotesi, comunque ancora non condizionate dall'applicazione delle biotecnologie riproduttive, hanno riproposto problematiche per certi versi analoghe. Così, la giurisprudenza dei nostri tribunali minorili ha avuto occasione di manifestare sia una posizione sostanzialmente fedele all'antica impostazione, per cui si è ritenuto comunque impossibile provvedere in anticipo in ordine all'adottabilità ed all'affidamento

¹ Il riferimento è al noto passo di ULPIANUS, *ad Edictum*, 24, in *D.25.4.1*. Sugli *interdicta de liberis exhibendis et ducendis* si veda, anche per ulteriori riferimenti, A.M. RABELLO, *Effetti personali della "patria potestas". Dalle origini al periodo degli Antonini*, Milano, 1979, 274 ss.

² Sulla donna come *venter* cfr. E. CANTARELLA, *Passato prossimo. Donne romane da Tacita a Sulpicia*, Milano, 2003, 107-113. Del resto, la figura del *curator ventris* che nel passo citato alla nota che precede trova una delle sue radici è sopravvissuta negli ordinamenti di tradizione romanistica fino a tempi recentissimi, tanto che, com'è noto, campeggiava anche nel testo originario dell'art. 339 del Codice Civile del 1942, in vigore sino alla riforma del 1975. E ancora ai nostri giorni non è impossibile trovare delle, sia pur isolate, voci dottrinarie favorevoli ad una sua reintroduzione (cfr. M.P. BACCARI VARI, *Curator Ventris. Il concepito, la donna e la res publica tra storia e attualità*, Torino, 2012).

del nascituro, nonostante la situazione potenzialmente molto pericolosa in cui versava la gestante³, sia un diverso orientamento che ha invece considerato percorribile la via di una tutela giudiziaria della salute del concepito contro la irresponsabile condotta di vita della madre, con prescrizioni congegnate in maniera tale da comportare, in caso di inottemperanza, l'immediata adottabilità dello stesso dopo il parto⁴. Tornando quindi allo specifico dei conflitti fra le ex compartimenti del rapporto familiare, potremmo poi menzionare, in tempi ancora più vicini a noi, una decisione di merito che ha ritenuto omologabile l'accordo raggiunto in sede di separazione consensuale con riferimento alla disciplina dei rapporti con il figlio ancora nascituro⁵.

Dunque, come sovente accade, la tecnologia non ha creato *ex nihilo* il problema giuridico, ma lo ha piuttosto riconfigurato e, verrebbe fatto di dire, lo ha reso molto meno episodico. Invero, in una società in cui il ricorso alla procreazione assistita è sempre più diffuso, l'eventualità che al deflagrare di una crisi familiare sussistano per qualche ragione gameti e/o embrioni crioconservati suscettibili di essere oggetto di conflitto, è evidentemente molto più significativa di quella, tipica dei casi storici, di una crisi che scoppi proprio durante la gravidanza. D'altronde, l'ipotesi tecnologica, oltre ad essere potenzialmente più frequente, può anche presentare maggiori complessità in ragione della relativa autonomia fisica che tali entità presentano al di fuori del corpo femminile, nonché della ben più ampia durata della loro possibile esistenza nel limbo della crioconservazione. Invero, dal momento che il ricorso alle tecniche riproduttive è regolato e procedimentalizzato, non sarebbe stato incongruo attendersi una disciplina legislativa di siffatte ipotesi. Nella fase dell'acquisizione del consenso si sarebbe, infatti, potuto anche opportunamente collocare un momento procedimentale dedicato proprio alla regolamentazione preventiva in ordine a certe sopravvenienze sostanzialmente fisiologiche quali per l'appunto la rottura del rapporto familiare (matrimoniale o unionale o di convivenza non cambia molto), oppure anche, ad esempio, la morte o l'incapacità di una o entrambe le parti. Si potrebbero quindi prospettare scenari improntati ad una maggiore o minore autonomia ovvero eteronomia a seconda di più generali opzioni di politica del diritto, nel senso cioè di dare spazio alla recezione di preventive indicazioni delle parti oppure invece a meccanismi di revocazione legale del consenso, con le più differenziate ulteriori combinazioni e variabili, alcune delle quali avremo modo di prendere in considerazione più avanti in una, sia pur limitata, disamina dei profili comparatistici della problematica.

Ad ogni modo, almeno per quanto riguarda l'ordinamento italiano, di una siffatta ipotizzabile disciplina positiva non vi è traccia, anche perché la base legislativa della nostra regolazione interna risente di una originaria sistemazione in cui tutta la vicenda avrebbe dovuto svolgersi immediatamente con l'unico e contemporaneo impianto di un numero limitato di embrioni e senza ricorrere

³ Trib. Min. Trieste, 26 novembre 1997, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, 110, con nota di P. ZATTI, *Diritti del non-nato e immedesimazione del feto nella madre*.

⁴ Trib. Min. Firenze, 24 agosto 2004, in *MinoriGiustizia*, 2005, 200-203.

⁵ Trib. Mantova, 4 aprile 2017, in www.ilcaso.it.

alla crioconservazione. Il punto è che i successivi interventi notissimi giurisprudenziali⁶ hanno radicalmente alterato tale quadro senza poterne definire uno organicamente sostitutivo, di talché spetta all'interprete integrare i frammenti tuttora vigenti della vecchia disciplina, caducata in alcune sue parti essenziali, con il nuovo contesto ordinamentale. Anche l'impostazione della questione che ci occupa in questa sede risente, come del resto quella di molte altre nella medesima materia, di questa situazione di fondo che, oltretutto, si appalesa come tutt'altro che provvisoria, stante la forte improbabilità di un nuovo riordino complessivo, quasi come se, in termini più generali, il nostro legislatore fosse rimasto scottato dal sostanziale fallimento della precedente normativa e preferisse in sostanza lasciare la soluzione dei problemi ad una giurisprudenza, che a sua volta però non può farsi carico di tutto e finisce quindi per invocare invano interventi che non arrivano⁷.

2. Embrioni e crisi familiari.

Restringendo, beninteso, il nostro campo di osservazione alla specifica problematica che qui ci interessa, possiamo dunque osservare come stia ultimamente emergendo nella nostra giurisprudenza di merito, chiamata ormai più di una volta a risolvere questo genere di conflitti, un'impostazione abbastanza netta, in base alla quale ogni decisione sull'eventuale impianto compete solo all'ex partner di sesso femminile senza che quello di sesso maschile abbia alcuna voce in capitolo⁸. Un sopravvenuto dissenso di quest'ultimo rispetto all'impianto viene financo equiparato alla volontà, evidentemente immeritevole di qualsivoglia tutela nell'attuale contesto assiologico, di chi volesse imporre alla propria donna di abortire. Nelle motivazioni si affaccia, invero, anche il profilo della protezione delle *chances* di

⁶ Si allude, ovviamente, a tutta la complessa vicenda giurisprudenziale che ha avuto il suo punto di partenza in Corte Cost., 8 maggio 2009, n. 151, in www.biodiritto.org

⁷ Si considerino, ad esempio, i recenti moniti di Corte Cost., 9 marzo 2021, n. 32 e n. 33, in *Foro it.*, 2021, 6, I, c. 1923, le quali hanno riconosciuto come il livello di tutela attualmente attingibile, tramite la via pretoria della cosiddetta *stepchild adoption*, per il figlio nato da una coppia omosessuale che abbia fatto ricorso all'estero alla procreazione assistita, può risultare inadeguata, ma hanno anche dovuto rimettere ad un, invero un po' improbabile, intervento del legislatore ordinario l'elaborazione di una soluzione diversa.

⁸ Si vedano dapprima Trib. Roma, 19 luglio 2013, in www.diritto24.ilssole24ore.com, quindi più di recente Trib. Perugia, 28 novembre 2020, in *Giur. it.*, 2021, 12, 2610 ss., con nota di A. ORESTANO, *Procreazione assistita, crisi della coppia e revoca del consenso all'impianto dell'embrione*, e soprattutto la più nota e discussa Trib. Capua, 27 gennaio 2021, in *Corr. giur.*, 2021, 7, 937 ss., con nota di A. MENDOLA, *Tutela della vita prenatale e limiti all'autodeterminazione procreativa nella crisi coniugale*, ed in *Fam. e dir.*, 2021, 11, 1048 ss., con nota di M. DE PAMPHILIS, *Il diritto dell'embrione all'impianto tra consenso informato e genitorialità imposta*, nonché la ancora successiva App. Perugia, 12 aprile 2022, segnalata in www.giustizia.umbria.it. Specie con riferimento alla decisione capuana non sono mancati commenti critici: cfr. M. FACCIOLO, *Procreazione assistita omologa, separazione dei coniugi e revoca del consenso da parte dell'uomo*, in *Persona e mercato*, 2021, 2, 361 ss.; R. VILLANI, *Trasferimento di embrioni crioconservati e separazione personale tra coniugi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 3, 586 ss.; F. MEOLA, *Il consenso informato al trattamento di P.M.A. e la sua irrevocabilità a proposito di alcune recenti ordinanze... da ignorare*, in *Corti supreme e salute*, 2021, 2, 331 ss.; R. TREZZA, *La fecondazione omologa post matrimonio: l'embrione crioconservato è "concepito"?*, in www.familia.it, 15 febbraio 2022.

vita dell'embrione, ma il punto fondamentale è evidentemente l'autodeterminazione della donna, in quanto se fosse stata costei a denegare l'impianto la posizione del nascituro perderebbe ogni rilievo.

Il valore del consenso inizialmente prestato dai partners all'avvio del procedimento procreativo assume dunque un valore del tutto peculiare che occorre tentare di inquadrare. A tal fine lasciamo, beninteso, in disparte il profilo tranquillamente contrattuale del rapporto professionale con il centro che pratica la procreazione assistita, per concentrarci piuttosto su quell'ulteriore manifestazione di consenso che ha evidentemente un oggetto distinto. Non si tratta però del mero consenso informato necessario per legittimare l'effettuazione di un trattamento sanitario, che sarebbe sempre revocabile mentre questo lo rimane solo fino alla fecondazione per espressa disposizione di uno di quei frammenti normativi che dobbiamo cercare di inquadrare nel sistema odierno⁹. Al tempo stesso tale consenso assume, infatti, anche un valore direttamente costitutivo dello *status filiationis*, come tale per l'appunto irrevocabile, che sarebbe uno dei tratti caratteristici di un nuovo paradigma della genitorialità.

In effetti, nella procreazione naturale il preventivo consenso in sostanza non rileva, in quanto a rilevare sono semmai, da un lato, il fatto biologico della riproduzione, che ovviamente può benissimo avvenire senza alcuna procedimentalizzazione ed esplicitazione di consensi di sorta, riducendosi alla felice inconsapevolezza dell'atto sessuale, ovvero può anche avere luogo in circostanze segnate, ad esempio, da ipotesi di violenza o di incapacità che di per sé nulla tolgono allo *status* del nascituro, e, dall'altro lato, l'operare di ulteriori meccanismi quali le presunzioni nascenti dallo stato coniugale ovvero la successiva manifestazione di volontà che si estrinseca nell'atto di riconoscimento. A tutto ciò si contrapporrebbe invece la nuova genitorialità fondata solo sul previo consenso, senonché è proprio questo tipo di casistiche a mostrare come la formula rischi paradossalmente di rovesciarsi nel suo opposto se l'esito è proprio quello di imporre di diventare genitore ad un soggetto che esplicitamente dissente. Sembra piuttosto emergere anche qui la tendenza per cui le odierne riconfigurazioni della genitorialità si basano sempre più sullo schiacciante predominio del dato genetico, divenuto incomparabilmente più facile da accertare rispetto al passato, di talché nella procreazione naturale la sussistenza o meno del rapporto matrimoniale non incide più sullo *status* ed il mancato riconoscimento può essere superato senza i limiti e le preclusioni del passato dalla dichiarazione giudiziale della paternità,

⁹ Alludiamo all'ultimo periodo dell'art. 6, comma 3, della ben nota l. 19 febbraio 2004, n. 40, disciplina che ebbe a suo tempo un impatto innovativo sulla questione che qui ci occupa: se infatti in precedenza una giurisprudenza di merito aveva ritenuto che la moglie separata non avesse diritto a procedere unilateralmente all'impianto embrionario contro la volontà del marito (Trib. Bologna 9 maggio 2000, in *Fam. e dir.*, 2000, 487 ss., con nota di G. CASSANO, *Brevi riflessioni sul destino degli embrioni in vitro*), invece in seguito alla sua entrata in vigore autorevole dottrina ha avuto modo di osservare che una decisione del genere non sarebbe più stata possibile (M. SESTA, *Commento agli artt. 1-11, l. 19 febbraio 2004, n. 40, in Codice della famiglia, Addenda di aggiornamento* (a cura di M. Sesta), Milano, 2015, 2584), così in effetti anticipando gli sviluppi giurisprudenziali più recenti cui abbiamo fatto riferimento.

mentre in quella artificiale è appunto la provenienza del materiale biologico che vale a superare ogni dissenso¹⁰.

Ulteriore peculiarissima caratteristica del consenso in discorso è la sua vincolatività unilaterale, a seconda del genere dei soggetti coinvolti, in quanto la sua irrevocabilità sancita a livello legislativo si atteggia però in maniera radicalmente diversa nei due casi. La donna non potrà formalmente revocare il consenso dopo la fecondazione ma non può nemmeno, ovviamente, subire un impianto coattivo ed in caso di rottura del rapporto il suo dissenso risulta preclusivo di ogni prosecuzione del progetto genitoriale della controparte. Al contrario, il dissenso sopravvenuto dell'uomo non solo non impedisce alla donna di procedere materialmente all'impianto ma nemmeno vale a preservare il dissenziente dall'instaurazione di un rapporto giuridico di genitorialità con tutti i suoi effetti personali e patrimoniali¹¹. Anche questa divaricazione, a ben vedere, non è tipica della riproduzione artificiale in quanto tale, ma ripropone tratti essenziali dell'odierna riconfigurazione di quella naturale, con il padre che ha perso gli antichi poteri che facevano del riconoscimento un atto di libera volontà e non, com'è invece oggi, un atto dovuto a fronte della responsabilità nascente dal mero fatto della procreazione, mentre la donna può sempre insindacabilmente avvalersi del diritto a partorire in anonimato e, ove successivamente interpellata sulla base delle più recenti elaborazioni pretorie¹², di quello a non revocare tale scelta.

Né, d'altra parte, le proposte intese all'istituzione di una sorta di simmetrico anonimato paterno sembrano destinate a particolare fortuna, in quanto si tende a vedere questo come un caso paradigmatico in cui il principio di eguaglianza, in maniera almeno apparentemente paradossale, impone bensì il diverso trattamento di situazioni diverse¹³. Invero, sia la *ratio* di prevenire l'aborto, che sta alla base dell'anonimato materno, sia quella di evitare un impianto coattivo, che a dispetto della *littera legis* consente alla donna di revocare nella sostanza il consenso alla procreazione assistita, non possono evidentemente trovare una posizione corrispondente a livello maschile, per cui un sindacato in termini di eguaglianza ben difficilmente potrebbe condurre ad esiti concretamente apprezzabili.

Ad ogni modo, occorre senz'altro rilevare come la costruzione che si è tentato di riassumere appaia come tutto sommato piuttosto peculiare del nostro

¹⁰ Si possono vedere in proposito le considerazioni di J. HENDRICKS, *Genetic Essentialism in Family Law*, in *Health Matrix*, 2016, 1, 109-122; T. DOUGLAS, K. DEVOLDER, *A conception of genetic parenthood*, in *Bioethics*, 23 luglio 2018; nonché M. RIZZUTI, *Parenthood and genetic manipulation*, in *Católica Law Review*, 2019, 2, 65 ss.

¹¹ Si richiama al riguardo Cass., 18 dicembre 2017, n. 30294, in *Fam. e dir.*, 2019, 1, 21 ss., con nota di A. FIGONE, *Revoca del consenso alla fecondazione eterologa*, secondo la quale ai sensi dell'art. 9, comma 1, della l. n. 40 del 2004, una revoca successiva alla fecondazione e precedente all'impianto non legittima ad esperire il disconoscimento di paternità.

¹² Si allude naturalmente ai ben noti sviluppi che hanno portato da Corte Cost., 22 novembre 2013, n. 278, in *Corr. giur.*, 2014, 4, 471 ss., sino a Cass. sez. un., 25 gennaio 2017, n. 1946, in *Foro it.*, I, 2017, c. 477.

¹³ Di recente in tal senso si veda Cass., 26 novembre 2021, n. 37023, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, 388 ss., con nota di M. RENNA, *Dichiarazione giudiziale di paternità e anonimato materno*.

ordinamento¹⁴, mentre una considerazione comparatistica, sia pur limitata ad alcuni fra gli ordinamenti occidentali a noi più vicini, fa emergere soluzioni notevolmente distanti, che non possiamo certamente esimerci dal considerare, oltretutto in ragione della frequente natura transnazionale delle vicende inerenti alla procreazione assistita che non di rado pongono il problema della diretta rilevanza di discipline straniere anche per il nostro ordinamento. La legislazione francese, ad esempio, anche prima della recente riforma, espressamente considerava e tuttora considera fra le ragioni impeditive dell’impianto embrionario sia una revoca formalizzata dell’originario consenso da parte dell’una o dell’altra parte sia, a prescindere da ulteriori manifestazioni di volontà, le ipotesi di decesso o di rottura del rapporto familiare¹⁵. D’altronde, nella giurisprudenza sia europea sia soprattutto americana non è affatto raro imbattersi in espliciti riconoscimenti della legittimità della richiesta dell’uomo di ottenere la distruzione dei suoi embrioni crioconservati dopo la fine del rapporto con la madre, nonostante la di lei volontà di procedere invece all’impianto¹⁶. Non stupisce dunque che in siffatti contesti ordinamentali si siano anche concretamente aperti degli spazi per una prospettiva di regolazione in termini di autonomia privata, e si sia insomma posto il problema della rilevanza di accordi che le stesse parti del rapporto familiare concludano, in vista di un eventuale crisi dello stesso, al fine di regolare anticipatamente questo genere di evenienze.

Chiarisco subito che il nostro ricorso ad un lemma abbastanza generico, per quanto tecnico, come quello di “accordi” non è certo casuale ma mira ad evitare una diversa terminologia più specificamente contrattuale, o negoziale, che

¹⁴ A quanto pare il consenso sarebbe irrevocabile dopo la fecondazione soltanto in Italia ed in Germania, almeno secondo la rassegna comparatistica prospettata da Corte EDU, 10 aprile 2007, n. 6339/05, *Evans vs. United Kingdom*, §§ 39-42.

¹⁵ Il riferimento è all’*article L. 2141-2 del Code de la santé publique*, sia nella versione rimodellata dalla nuova *Loi de bioéthique* del 2 agosto 2021, sia nella versione previgente. Anche nel nuovo *Código Civil y Comercial Nacional* argentino del 2014 troviamo all’art. 561 una previsione che esplicitamente permette la revoca del consenso fino al momento dell’impianto dell’embrione, per cui la giurisprudenza del Paese sudamericano, modificando un precedente orientamento, nega oggi l’ammissibilità della richiesta dell’ex moglie di procedere all’impianto per divenire “madre unilaterale” contro la volontà dell’ex marito (cfr. “Fallo judicial: impiden a una mujer implantarse los embriones que había congelado junto a su expareja”, in www.lanacion.com.ar, 21 aprile 2021).

¹⁶ Quanto al nostro continente si veda anzitutto la già richiamata Corte EDU, 10 aprile 2007, *Evans vs. United Kingdom*, ma anche Supr. Court Ireland, 15 dicembre 2009, *Roche vs. Roche*, mentre oltreoceano si possono vedere Supr. Court Tennessee, 1° giugno 1992, *Davis vs. Davis*, nonché Missouri Court Appeals, 15 novembre 2016, *McQueen vs. Gadberry*, e sulla medesima linea di tendenza sembrerebbe collocarsi, in assenza a quanto pare di casi decisi, pure la dottrina sudafricana (cfr. C. VAN NIEKERK, *When a relationship has reached its expiration date, does the same apply to the embryos under South African law?*, in *Obiter Law Journal*, 2017, 165-180). Per un’ulteriore significativa variante della casistica segnaliamo poi una recente decisione di merito spagnola che, a fronte della lite fra ex partner che chiedevano rispettivamente di destinare gli embrioni alla ricerca scientifica o di donarli con finalità riproduttive ad altre coppie, ha ritenuto che scelte unilaterali dell’uno o dell’altra fossero comunque inammissibili ai sensi dell’art. 11 della *Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*, per cui ha salomonicamente deciso di lasciare gli embrioni a disposizione del centro di procreazione assistita, investito di ogni potere al riguardo, che a quanto pare ha scelto di distruggerli senza farne altro utilizzo (cfr. “Disputa por los embriones congelados después del divorcio”, in www.diariodesevilla.es, 20 luglio 2020, e poi “La clínica decide destruir los embriones en disputa tras un divorcio”, in www.diariodesevilla.es, 27 luglio 2020).

implicherebbe una apodittica presa di posizione in ordine alla vincolatività degli stessi, che è invece quanto occorrerà analiticamente valutare. Al riguardo assumono un notevole valore paradigmatico le impostazioni nettamente differenziate fra di loro che sono state elaborate dalla giurisprudenza di due Paesi che pure possono senz'altro essere entrambi considerati rappresentativi, a livello giuridico e prima ancora culturale, di un approccio liberale alle tematiche inerenti alla riproduzione assistita, quali sono Israele e gli Stati Uniti d'America¹⁷. Da una parte, occorre infatti prendere in considerazione il non recentissimo, ma tuttora assai significativo ai nostri fini, caso israeliano¹⁸ di due coniugi che avevano concordato di avviare in patria una procedura di fecondazione *in vitro* omologa allo scopo di poter ricorrere successivamente alla maternità surrogata all'estero, in ragione dell'impossibilità per la donna di portare la gravidanza a causa di un intervento chirurgico cui si era dovuta sottoporre. In seguito alla rottura del rapporto familiare, ed al costituirsi di uno nuovo fra l'ex marito e un'altra donna che gli aveva anche dato un figlio per vie naturali, l'ex moglie adiva le vie giudiziali chiedendo, nonostante la di lui opposizione, che le venissero consegnati gli embrioni in maniera tale da poter procedere appunto con la programmata surrogazione, istanza inizialmente accolta a livello di giurisdizione distrettuale. A fronte del ricorso dell'ex marito la Corte Suprema ha adottato, però, un approccio diverso, ritenendo giuridicamente impossibile accogliere la richiesta della donna. Nello specifico i supremi giudici hanno argomentato che il diritto a divenire genitore, pur essendo indubbiamente un diritto fondamentale della persona, non può essere considerato *enforceable* nei confronti della comparte del rapporto familiare, come dimostra la, oggi incontestata, regola per cui, nell'ambito della riproduzione naturale, il rimedio all'inadempimento del *debitum coniugale* non va certo trovato nel ricorso alla coercizione bensì eventualmente nel divorzio, ed insomma non sussiste, né potrebbe sussistere nel quadro assiologico proprio delle nostre società liberaldemocratiche, una tutela in forma specifica. Analogamente anche nella riproduzione assistita non sarà possibile costringere la comparte dissenziente a divenire genitore facendo leva sul consenso precedentemente espresso, proprio come il consenso al matrimonio non legittima l'esecuzione forzata dei doveri che dallo stesso erano nati.

Il passaggio della motivazione per noi più interessante sul piano della qualificazione giuridica è quindi quello che definisce il consenso prestato dal marito all'avvio del procedimento riproduttivo come "*a weak agreement*" insuscettibile di produrre gli effetti vincolanti propri del contratto. Peraltro, i supremi giudici segnalano anche come nella manifestazione di un consenso al ricorso alla procreazione assistita in costanza di matrimonio non possa di per sé

¹⁷ Da un lato, infatti, com'è noto, gli Stati Uniti, o forse meglio quelli fra gli Stati caratterizzati da un orientamento più *liberal*, rappresentano uno dei contesti giuridici in cui nella materia dei diritti riproduttivi maggiore spazio è stato riconosciuto all'*autonomy*. Dall'altro, Israele può essere assunto come paradigma di un sistema in cui a livello sociale e anche religioso, prima che giuridico, l'approccio nei confronti del ricorso alla procreazione assistita è tendenzialmente di netto favore.

¹⁸ Israeli Supr. Court, *Nahmani vs. Nahmani*, 30 March 1995. I protagonisti della vicenda erano i coniugi Ruth e Daniel Nahmani.

considerarsi implicito pure quello alla sua prosecuzione nonostante la rottura del rapporto familiare, il che vale oltretutto a confutare il principale argomento della *dissenting opinion*, tutta incentrata sulla necessità di tutelare proprio il ragionevole affidamento della moglie, evidentemente fondato proprio su tale ipotetico nesso di implicazione.

Nel contesto giuridico statunitense possiamo invece incontrare le ricostruzioni più esplicitamente contrattualistiche in ordine alla natura di questo genere di accordi e quindi più propense a riconoscere loro i caratteri di una vera propria vincolatività. In un primo caso¹⁹, a fronte del consueto contrasto fra gli ex partners in ordine all'impianto degli embrioni, i giudici nordamericani hanno riconosciuto alla donna il diritto di procedervi nonostante la contrarietà dell'uomo, ma non già in ossequio alla di lei autodeterminazione riproduttiva come avrebbero probabilmente fatto i nostri, in quanto tutt'al contrario abbiamo già ricordato come in ambito angloamericano pure la volontà della controparte di ottenere la distruzione degli embrioni dopo la crisi familiare viene tutelata²⁰, bensì in considerazione della valorizzazione di un'intesa in tal senso che sarebbe stata a suo tempo conclusa tra gli interessati, vincolandoli quindi in termini sostanzialmente contrattuali. Il medesimo ragionamento può tuttavia valere anche a parti radicalmente invertite, per cui è stato deciso²¹ che l'accordo che a suo tempo aveva vincolato la coppia a donare gli embrioni in caso di rottura del rapporto deve prevalere sulla pretesa della donna di ottenerne invece l'impianto contro la volontà dell'ex marito.

Come indice del medesimo approccio va soprattutto segnalata una vicenda californiana più recente, e più celebre in ragione della notorietà delle parti²², in cui dopo la rottura del rapporto familiare era l'uomo a chiedere l'impianto degli embrioni in una gestante surrogata, pratica di per sé pienamente lecita nell'ordinamento in questione, mentre la donna si opponeva facendo valere le clausole dell'accordo a suo tempo intervenuto fra i due, che subordinava l'ammissibilità di una siffatta vicenda all'esplicito consenso scritto della comparte. Coerentemente con l'approccio che abbiamo visto prevalere nella

¹⁹ Illinois Appeal Court, 12 giugno 2015, *Szafrański vs. Dunston*.

²⁰ Si considerino in particolare i casi *Davis vs. Davis*, e *McQueen vs. Gadberry*, già menzionati in precedenza.

²¹ New York Court of Appeals, 7 maggio 1998, *Kass vs. Kass*, 696 N.E.2d 174, 180 (N.Y. 1998), su cui cfr. K. SUMMERS, *Kass v. Kass, Blazing Legal Trails in the Field of Human Reproductive Technology*, in *Cleveland State Law Review*, 2000, 3, 637 ss., nonché più di recente Arizona Supr. Court, 23 gennaio 2020, *Terrel vs. Torres*, che si richiama espressamente al predetto *leading case* per sancire che gli "agreements between couples regarding the disposition of their embryos" dovranno "generally be presumed valid and binding, and enforced in any dispute between them". Sempre nel mondo di *common law*, ritroviamo il medesimo approccio anche in Western Australian Family Court, 22 giugno 2007, *G and G [2007] FCWA 80*.

²² Alludiamo, infatti, alla vicenda di cui sono protagonisti la nota attrice Sofia Vergara, star della serie *Modern Family*, ed il suo ex partner Nick Loeb. Può essere interessante notare come lei sia nata in una famiglia cattolica, mentre lui è noto anche per aver diretto nel 2020 un film di orientamento *pro-life* dedicato a *Roe v. Wade*, il che determina una sorta di rovesciamento dei posizionamenti cui saremmo abituati in quanto la parte antiabortista è al tempo stesso *pro-surrogacy*. Il tutto potrebbe però apparire meno sorprendente se consideriamo che in ambo i casi si tratta pur sempre di una prospettiva mirante al controllo neo-patriarcale sul corpo della donna (secondo uno spunto che dobbiamo ad un intervento di Barbara Pezzini nel webinar "Il nodo del consenso nella procreazione medicalmente assistita. Riflessioni a margine delle recenti pronunce del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere", del 26 aprile 2021).

mentalità giuridica d'oltreoceano, il decidente²³ ritiene valido ed *enforceable* tale vincolo contrattuale, escludendone l'invocato contrasto con l'ordine pubblico, e considera d'altra parte non provate le ulteriori eccezioni fondate su di un preteso successivo accordo orale modificativo, nonché sull'asserito vizio di *duress* del contratto in questione. Com'è evidente, tutta la tematica viene dunque inquadrata senza esitazioni nei termini del diritto dei contratti, in maniera perfettamente coerente con le più generali tendenze di un ordinamento che ha pienamente legittimato il ricorso ai *prenuptial agreements* per la regolazione preventiva, in via di autonomia privata, della vita familiare e delle conseguenze della sua eventuale crisi²⁴.

3. Il possibile ruolo dell'autonomia privata.

Possiamo dunque tornare a valutare come analoghe vicende assumerebbero una eventuale rilevanza nell'ambito nel nostro ordinamento, rispetto al quale è ragionevole ipotizzare che questo genere di casistiche, oggi forse ancora percepibili come assai peculiari, lo diverranno in progresso di tempo assai meno, nel contesto di una società in cui sia il ricorso alla procreazione assistita sia una certa frequenza della rottura dei rapporti familiari, sia quindi una combinazione delle due vicende, sono da tempo fenomeni avviati a poter rappresentare, se si vuole ricorrere ancora ad un termine recentemente abusato, la nuova normalità. Verso una faticosa normalizzazione si va, del resto, avviando anche la stessa prospettiva di un'apertura agli accordi in vista delle crisi familiari che superi il dogma del presunto divieto dei patti prematrimoniali. Da un lato, infatti, in giurisprudenza si sono aperti degli spiragli con quelle, non più recentissime, decisioni che, recuperando un'operazione argomentativa ben nota nel finitimo campo dei patti successori²⁵, mirano a sottrarre all'operatività di tale divieto tutti

²³ In seguito al fallimento di un tentativo di Nick Loeb di portare la questione dinanzi ai giudici della Louisiana per il tramite di una sorta di *forum shopping*, che mirava a trarre vantaggio dalle peculiarità di quell'ordinamento (cfr. H.C. CATCHINGS, *A "Modern Family" Issue: Recategorizing Embryos in the 21st Century*, in *Louisiana Law Review*, 2020, 1521 ss.), a decidere è stata invece la Los Angeles Superior Court, 28 gennaio 2021, nella persona del giudice Rafael Ongkeko, noto magistrato di origine filippina e di orientamento *liberal*, già assurto agli onori delle cronache hollywoodiane per essere stato ricusato dal tradizionalista e cattolico tridentino Mel Gibson in occasione della sua causa di divorzio. Per l'accesso al testo della pronuncia californiana su *Loeb vs. Vergara*, e di ulteriori atti del procedimento, dobbiamo un sentito ringraziamento alla disponibilità dell'amico e collega Giacomo Pailli. La decisione in parola ci risulta peraltro essere stata successivamente confermata anche in grado di appello (cfr. "Sofia Vergara's Ex-Fiancé Can't Revive Pre-Embryo Suit", in www.law360.com, 22 settembre 2022).

²⁴ In passato anche oltreoceano i *prenuptial agreements* erano stati ritenuti invalidi per contrasto con la *public policy* (cfr. Supr. Court Kansas, *Neddo vs. Neddo*, in *56 Kan. 507, 52 44 P. 1, 2, 1896*), ma l'apertura giurisprudenziale nei confronti dell'istituto risale ormai a Supr. Court California, *In re Marriage of Dawley*, 29 giugno 1976, in *17 Cal.3d 342*, per cui ad oggi non si dubita della loro ammissibilità ma si tratta semmai di verificare che in concreto i patti non risultino *unconscionable*.

²⁵ Alludiamo alla ben nota tesi (risalente quantomeno a G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento: contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954, 37 ss.), per cui l'accordo non va considerato inammissibilmente *mortis causa*, ogniqualvolta l'evento morte operi invece come condizione o termine. Tale impostazione, com'è noto, ha ricevuto un'ottima accoglienza in dottrina, in giurisprudenza e nella prassi notarile, anche perché rende possibile riqualificare in questi termini, con un po' di sforzo interpretativo, una vasta porzione delle pattuizioni in discorso, o almeno di quelle dotate di un qualche

quei patti in cui la crisi familiare operi come mera condizione e non come causa²⁶. Dall'altro, il legislatore ha aperto alla diretta disponibilità negoziale dello *status* coniugale per il tramite del cosiddetto divorzio degiurisdizionalizzato²⁷, così rendendo assai discutibile la riconducibilità all'ordine pubblico di un principio che ne vieterebbe una disponibilità solo indiretta²⁸. Ciò nondimeno, le proposte di un'organica regolamentazione del nuovo istituto, convintamente propugnate dal ceto notarile e più volte approdate anche nelle aule parlamentari, non hanno al momento condotto a risultati concreti²⁹, per cui rimane tuttora ineliminabile un'impressione di complessiva incertezza circa gli effettivi spazi per l'autonomia privata *in subiecta materia*³⁰.

rilievo non solo scolastico. Ci sia consentito rinviare, anche per ulteriori riferimenti a M. RIZZUTI, *Patti successori prematrimoniali*, in *Scritti in onore di Giovanni Furginele*, Mantova, 2017, II, 187 ss.

²⁶ Cass., 21 dicembre 2012, n. 23713, in *Foro it.*, 2013, 3, I, c. 864, ha ritenuto ammissibile l'accordo con cui un nubendo si sia impegnato a ritrasferire alla comparte la proprietà di un immobile "in caso di fallimento di matrimonio", a titolo di corrispettivo per le spese sostenute per la ristrutturazione di un ulteriore locale che era stato adibito a residenza familiare (cfr. G. OBERTO, *Gli accordi prematrimoniali in Cassazione, ovvero quando il distinguishing finisce nella haarspaltemaschine*, in *Fam. e dir.*, 2013, 323-334). Quindi Cass., 21 agosto 2013, n. 19304, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 54, ha analogamente ritenuto valida la scrittura privata che prevedeva l'obbligo di un coniuge di restituire all'altro in caso di separazione le somme ricevute a titolo di prestito.

²⁷ Il riferimento è all'art. 12 del d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito con modificazioni in l. 10 novembre 2014, n. 162, in base al quale, in assenza di figli minori o non autosufficienti, la separazione consensuale o il divorzio congiunto, o la relativa modifica delle condizioni precedentemente pattuite, possono prodursi per effetto di un atto dei coniugi ricevuto dall'ufficiale di stato civile ed inserito nei registri di sua competenza, un negozio dunque, che, in linea con la regola generale del *contrarius actus*, appare fondamentalmente analogo all'atto di matrimonio, nonché all'art. 6 del medesimo d.l. 132 del 2014, in base al quale, anche in presenza di figli minori o non autosufficienti, le predette vicende possono inoltre prodursi anche per effetto di un accordo negoziato dai coniugi con l'assistenza di almeno un avvocato per parte.

²⁸ Si possono vedere al riguardo, anche per ulteriori riferimenti: C. RIMINI, *I patti in vista del divorzio: spunti di riflessione e una proposta dopo l'introduzione della negoziazione assistita per la soluzione delle controversie familiari*, in *Dir. fam. pers.*, 2015, 207 ss.; M. PALAZZO, *Epicedio per la nullità dei contratti sugli effetti patrimoniali del divorzio*, in *Vita not.*, 2016, 1429-1522; L. BALLERINI, *Gli accordi preventivi sugli effetti patrimoniali del divorzio dopo il d. l. n. 132 del 2014*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, 1 ss.; M. PALAZZO, *I contratti sugli effetti patrimoniali del divorzio*, in *Giust. civ.*, 2017, 93 ss.; R. MONTINARO, *Marital Contracts and Private Ordering of Marriage from the Italian Family Law Perspective*, in *The Italian Law Journal*, 2017, 1, 75 ss.; M. AVAGLIANO, *Famiglia e accordi per la crisi, tra matrimoni, unioni civili e convivenze*, in *Riv. not.*, 2017, 2, 251 ss.

²⁹ Si possono ricordare le vicende della proposta elaborata in occasione del XLVI Congresso Nazionale del Notariato del 13-15 ottobre 2011, cui si è quindi largamente ispirato il d.d.l. *bipartisan* n. 2669, presentato alla Camera dei Deputati in data 15 ottobre 2014, ed infine quelle del più ampio d.d.l. delega n. 1151 per la revisione del Codice Civile, presentato dal Governo Conte I al Senato della Repubblica il 30 luglio 2019.

³⁰ Si possono vedere al riguardo, anche per ulteriori riferimenti: AA. VV., *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari* (a cura di M. Palazzo - S. Landini), Milano, 2018; A. GORGONI, *Accordi in funzione del divorzio tra autonomia e limiti*, in *Persona e mercato*, 2018, 4, 236 ss.; A. SEMPRINI, *Gli accordi in vista della crisi della convivenza*, in *Famiglia*, 2019, 5, 597 ss.; G.F. BASINI, *I così detti "patti prematrimoniali": note de iure condendo*, in *Fam. e dir.*, 2019, 12, 1153 ss.; V. BARBA, *Patti in previsione della crisi familiare. Proposta per una riforma*, in *Dir. succ. fam.*, 2020, 2, 407-466; U. SALANITRO, *Accordi prematrimoniali e sopravvenienze*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 3, 645 ss.; G. DONADIO, *Gli accordi per la crisi di coppia tra autonomia e giustizia*, Torino, 2020; C.M. NANNA, *Accordi in vista del divorzio*, Pisa, 2021; C. SARTORIS, *Pre-nuptial Agreements. New Challenges in the Italian and European Context*, in *Los nuevos retos del derecho de familia* (a cura di G. Berti de Marínis - A.A. Estancona Pérez - A. Gallardo Rodríguez), Valencia, 2021, 363 ss.; G. LIBERATI BUCCIANI, *Autonomia privata e ordine pubblico familiare*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, 16, 46-79; L. VENTURA, *Gli accordi prematrimoniali, tra ampliamento dell'autonomia privata e controllo giudiziale, all'esame della feminist relational contract theory*, in *Contr. impr.*, 2022, 1, 317 ss.

Beninteso, ancor più complessa potrebbe farsi la valutazione se restringiamo il campo agli accordi che ci interessano in questa sede, cioè a quelli intesi a regolare in vista della crisi familiare la sorte delle peculiarissime entità di cui stiamo discutendo, e su cui si riflettono inevitabilmente anche le ulteriori incertezze di fondo circa l'odierno assetto giuridico della procreazione assistita cui pure abbiamo già fatto qualche riferimento. Riterremo, però, che qualche ipotesi di soluzione possa essere costruita in maniera ragionevolmente equilibrata solo se distinguiamo nettamente le due categorie di ipotesi che possono venire in rilievo³¹: altro è avere a che fare con i gameti, o al limite con gli ootidi prima della singamia, e quindi con entità fondamentalmente qualificabili come parti staccate del corpo e dunque come *res* suscettibili di formare oggetto di diritti e dei relativi atti di disposizione; altro è avere invece a fare con gli embrioni, rispetto ai quali occorre parlare di una, sia pur relativa e contingente, soggettività giuridica³² ed occorre di conseguenza escludere una prospettiva totalmente reificante.

Nel primo caso, invero, nulla osta in linea di massima a configurare atti dispositivi anche tecnicamente contrattuali, per cui non vedremo insormontabili ostacoli alla redazione di una clausola che, ad esempio, preveda che in caso di rottura del rapporto familiare i gameti già crioconservati debbano essere distrutti, ovvero donati per finalità di fecondazione eterologa o anche di ricerca scientifica. Incontrerebbero specifici ostacoli normativi solo quelle clausole che prevedano utilizzi non leciti, come la vendita dei gameti oppure, per il profilo che più ci interessa in questa sede, l'avvio di un procedimento fecondativo con riferimento a quella sarebbe ormai una persona *single*, e non già una coppia come tale legittimata ad accedere alla procreazione assistita³³. D'altra parte, ciò non toglie che anche siffatte clausole potrebbe avere un rilievo nelle, non così improbabili, ipotesi transnazionali che coinvolgono ordinamenti dove, poniamo, i gameti possono circolare anche a titolo oneroso ovvero alle tecniche in questione possano accedere anche le persone *single*.

Nel secondo caso, invece, l'ostacolo di principio alla configurazione degli embrioni in termini di oggetto trova una sostanziale conferma nella considerazione che le eventualmente ipotizzabili clausole che direttamente incidano sulla loro destinazione finirebbero tutte per scontrarsi con divieti di carattere imperativo. Così non potremmo certo ritenere valide clausole che ne prevedano la distruzione o l'utilizzo a fini di ricerca o l'impianto in una gestante

³¹ Alla medesima *summa divisio* si siamo già ispirati in altra sede per quanto riguarda l'autonomia testamentaria: cfr. M. RIZZUTI, *Diritto successorio e procreazione assistita*, in *BioLaw Journal*, 2015, 3, 29 ss.

³² Senza voler entrare nel complesso dibattito sul tema, ricordiamo solo che importanti riferimenti normativi sono rappresentati dagli artt. 1, 254, 462, 643, 687, 715, 784 c.c., dall'art. 578 c.p. e dai rispettivi artt. 1 della l. 29 luglio 1975, n. 405, della l. 22 maggio 1978, n. 194 e della citata l. 40 del 2004. In giurisprudenza Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, in *Foro it.*, 2010, c. 141, ha riconosciuto la risarcibilità dei danni causati al nato dai farmaci teratogeni assunti dalla madre in gravidanza, mentre Cass., 8 agosto 2014, n. 17811, in *Riv. not.*, 2014, 970, ha dichiarato nullo lo scioglimento del fondo patrimoniale convenuto dai coniugi senza l'intervento di un curatore speciale del concepito.

³³ Si allude naturalmente ai requisiti soggettivi di cui all'art. 5 della legge 40 del 2004: in proposito cfr., anche per ulteriori riferimenti, M. RIZZUTI, *Le esclusioni soggettive dalla procreazione assistita nell'odierno contesto ordinamentale*, in *La comunità familiare tra autonomia e riforme*, (a cura di D. Carusi), Rimini, 2019, 173-200.

surrogata, tutte ipotesi sanzionate persino a livello penale³⁴. Anche con riferimento all'ipotesi senz'altro lecita dell'impianto nel grembo della stessa madre occorre d'altra parte ricordare come la nostra giurisprudenza abbia configurato l'ipotesi in termini di massima valorizzazione dell'autodeterminazione della donna, per cui sarebbero senz'altro invalide le ipotetiche clausole che proibiscano siffatto impianto ovvero lo qualifichino, tutt'al contrario, come obbligatorio.

Un ristretto margine per il ricorso all'autonomia negoziale potrebbe forse ravvisarsi soltanto con riferimento ad un accorto utilizzo di meccanismi condizionali che, ferma restando la piena libertà per l'interessata di procedere o meno all'impianto, prevedano conseguenze patrimoniali favorevoli qualora lo stesso si realizzi effettivamente, in linea con la finalità, senz'altro meritevole di tutela, di agevolare la nascita del nuovo soggetto, e di sovvenire al contempo agli oneri economici che la stessa inevitabilmente comporterà. Il rispetto per la libertà e la dignità della donna passerebbe dunque in sostanza dalla nota regola per cui la condizione sospende ma non obbliga³⁵. Il tutto, beninteso, sempre che si considerino più in generale, nell'ambito del quadro evolutivo più sopra richiamato, in una qualche misura ammissibili pattuizioni che per l'appunto regolino in via preventiva aspetti della crisi familiare tramite il ricorso a strumenti condizionali.

Fra le ipotizzabili pattuizioni relative agli embrioni che dovremmo ritenere inammissibili parrebbe allo stato rientrare anche quella di un accordo con cui, in vista dell'eventuale crisi familiare ovvero anche a crisi già deflagrata, si decida di metterli a disposizione di altre coppie. Invero, non solo sarebbe ovviamente inammissibile una vendita, o comunque cessione a titolo oneroso, degli embrioni, palesemente reificante per gli stessi, ma, in assenza di previsioni normative che la legittimino, non sembrerebbero esservi i margini nemmeno per una loro messa a disposizione puramente solidaristica, che potremmo definire in termini di donazione oppure di adozione a seconda che si voglia inclinare più verso il parallelismo con la donazione dei gameti o invece porre l'accento sulla dimensione della soggettività dell'embrione abbandonato³⁶, senza che ad ogni modo la scelta per l'una o l'altra opzione linguistica, o per ulteriori possibili mediazioni terminologiche che risultino ideologicamente meno problematiche, sposti nella sostanza i termini del problema. Il punto è infatti che la tenuta di una siffatta regola, peraltro in fondo deducibile come dicevamo da un mero silenzio legislativo, suscita oggi fortissimi dubbi sul piano assiologico. La regola poteva avere una sua razionalità nel contesto dell'originario sistema che ammetteva soltanto la fecondazione omologa e

³⁴ Il riferimento è al disposto degli artt. 12, 13 e 14 della legge 40 del 2004.

³⁵ Lo avevamo argomentato, con riferimento alle vicende *post mortem*, anche in M. RIZZUTI, *Patti successori prematrimoniali*, cit., 209, nt. 65.

³⁶ Di embrioni abbandonati si parla nella disciplina di cui al decreto del 4 agosto 2004, emanato dal Ministro della Salute, in base al quale la conservazione degli embrioni che si considerano per l'appunto abbandonati, in seguito all'espressa rinuncia all'impianto da parte della coppia ovvero all'attestata irreperibilità della stessa, non è più onere del centro di procreazione assistita presso cui sono stati prodotti, ma di una Biobanca Nazionale, con spese a carico del bilancio dello Stato.

dunque postulava come sempre imprescindibile un nesso biologico con entrambi i genitori.

Attualmente, però, una volta ammessa persino la doppia eterologa³⁷, che porta ad esiti biologici identici a quelli dell'ipotetica adozione embrionaria, risulta ormai irragionevole ai limiti dell'incostituzionalità che quest'ultima continui a non essere prevista, in un panorama che vede donatrici di gameti soggette ad invasive biopsie precedute da stimolazioni ormonali, coppie in attesa che tali donatrici si facciano avanti e, nella migliore delle ipotesi, la prospettiva di produrre nuovi embrioni, molti dei quali destinati a residuare come soprannumerari, mentre rimane inibito l'utilizzo di quelli che già esistono e non hanno alcuna possibilità di venire impiantati dalla coppia che li ha generati, in quanto è venuto meno ogni interesse in tal senso. D'altra parte, non ci sembra irrilevante considerare che anche in contesti in cui la donazione di gameti è regolata secondo paradigmi più restrittivi dei nostri, autorevoli istanze favorevoli ad ammettere invece quella degli embrioni non sono affatto mancate³⁸. E a questo punto, però, il discorso travalica il nostro tema degli accordi, in quanto una regolamentazione di questo genere di vicende dovrebbe certamente includere, per certi aspetti addirittura *a fortiori*, le ipotesi in cui l'abbandono si verifichi pure a prescindere da una volontà donativa degli aspiranti genitori, ad esempio anzitutto in caso di decesso degli stessi.

Tornando, dunque, in maniera più specifica alle ipotizzabili manifestazioni di accordo che si possono inserire nel contesto in esame, ci sembra di dover valutare anche un'altra eventuale variabile. Poniamo infatti che in seguito alla rottura del rapporto familiare sia l'ex partner maschile ad avere interesse a che l'impianto abbia luogo e che la sua nuova compagna sia disponibile ad accogliere uno degli embrioni in questione nel proprio grembo con il consenso anche della precedente partner. Se dunque l'ipotesi cui abbiamo prima fatto cenno rassomiglia, al livello embrionario, all'adozione piena del minore in stato di abbandono, qui ci troveremmo di fronte ad una vicenda comparabile a quella della cosiddetta adozione in casi particolari o adozione aperta, suscettibile cioè di dare luogo ad una configurazione in cui i genitori giuridici siano più di due³⁹. Invero, anche una siffatta possibilità non risulta prevista, ed anche in tal caso non riusciamo a ravvisare alcuna giustificazione razionale di tale mancata previsione. Beninteso, lo schema prospettato non avrebbe nulla a che fare con la maternità surrogata, e quindi con i relativi divieti penali, dal momento che qui

³⁷ L'indicazione è stata espressamente inserita nelle Linee Guida del Ministero della Salute, emanate nel luglio 2015.

³⁸ Si allude in particolare alla posizione espressa dal Deutscher Ethikrat, 22 marzo 2016, un autorevole organismo indipendente comparabile al nostro comitato nazionale di bioetica, nel contesto dell'ordinamento tedesco, di un Paese cioè dove pure, a differenza di quanto accade da noi, non è ammessa l'ovodonazione ma solo la donazione del seme. Quanto alla dottrina italiana favorevole all'ammissibilità dell'adozione degli embrioni, prima ancora che la fecondazione eterologa tornasse ad essere lecita, cfr. D. CARUSI, *La "donazione per la nascita" dell'embrione soprannumerario*, in *Biodiritto*, 2012, 5 ss.

³⁹ Sia consentito rinviare, anche per ulteriori riferimenti, a M. RIZZUTI, *Adozioni e poligenitorialità*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, 13, 646-681, nonché M. RIZZUTI, *Adozione aperta e rapporti successori*, Napoli, 2021.

sarebbe proprio la donna che riceve l'impianto dell'embrione altrui a divenirne legalmente anch'essa madre. D'altra parte, si tratterebbe dell'unica configurazione suscettibile di valorizzare anche la volontà dell'uomo di proseguire nel progetto genitoriale, con un effetto di riequilibrio rispetto a quell'odierno assetto fortemente divaricato su cui ci siamo prima soffermati, e conseguentemente di offrire anche in tal caso delle *chances* di vita all'embrione. Beninteso, abbiamo in quest'ultimo passaggio delineato una casistica meramente ipotetica, e prescindiamo qui totalmente da eventuali, ed invero improbabili, nuovi disegni di ri-regolamentazione *de jure condendo* al riguardo, ma non ci sentiamo affatto di escludere che una vicenda del genere possa affacciarsi anche nella realtà pratica, e riterremo in proposito che una giurisprudenza, giocoforza creativa come già tante altre volte *in subiecta materia*, potrebbe per le esposte ragioni superare l'irragionevole silenzio legislativo e riconoscerne infine la meritevolezza di tutela.

Medically assisted procreation and insurance: an overview of Italian Jurisprudence from the right to reproductive health to the right to procreation

di Emilia Giusti*

Abstract EN

The phenomenon of medically assisted procreation arose in the 1970s, overturning the procreative system and the legal cornerstones that made up its structure.

An important means to permit access to Assisted Procreation Technique is represented by Health insurance contract.

Personalized fertility insurance plans that provide solutions including maternity insurance, complication insurance, fertility treatment, testing, services, and fertility pharmacy discounts. Providing the best fertility specialists, the best fertility pharmacy discounts and the best customer care combined with unbeatable prices.

Abstract IT

Il fenomeno della procreazione medicalmente assistita è sorto negli anni '70, stravolgendo il sistema procreativo e i capisaldi giuridici che ne costituivano la struttura.

Uno strumento importante per consentire l'accesso alla Tecnica di Procreazione Assistita è rappresentato dal contratto di assicurazione sanitaria.

Piani assicurativi personalizzati per la fertilità che forniscono soluzioni, tra cui assicurazione maternità, assicurazione per complicazioni, trattamenti per la fertilità, test, servizi e sconti sulle farmacie per la fertilità. Fornire i migliori specialisti della fertilità, i migliori sconti sulle farmacie della fertilità e la migliore assistenza clienti combinati con prezzi imbattibili

SOMMARIO: 1. State of the art in Italy: Medically assisted procreation and insurance. - 2. Jurisprudential interventions. - 3. Access to medically assisted procreation: possible solutions.

1.State of the art in Italy: Medically assisted procreation and insurance

The phenomenon of medically assisted procreation arose in the 1970s, overturning the procreative system and the legal cornerstones that made up its structure.

* Assegnista di ricerca, Scuola Superiore Sant'Anna.

An important means to permit access to Assisted Procreation Technique is represented by Health insurance contract.

Personalized fertility insurance plans that provide solutions including maternity insurance, complication insurance, fertility treatment, testing, services and fertility pharmacy discounts. Providing the best fertility specialists, the best fertility pharmacy discounts and the best customer care combined with unbeatable prices.

As well-known, health Insurance is a contract between a company and a consumer. The company agrees to pay all or some of the insured person's healthcare costs in return for payment of a premium.

The contract is usually a one-year agreement, during which you are responsible for paying specific expenses related to illness, injury, pregnancy, or preventative care.

In those years, medically assisted procreation was provided for in Italian public institutions in the form of homologous fertilisation whereby the biological elements used (spermatozoa and oocytes) in artificial fertilisation belonged to the couple of parents of the unborn child. Conversely, heterologous fertilisation, i.e. those cases in which one or both gametes did not belong to the members of the couple, was carried out in private centres, as provided for by the 1985 circular of the Minister of Health, Degan.

Law no. 40 of 19 February 2004, the law on medically assisted procreation, came into force, and the landscape in Italy changed.

Article 5 states that the techniques may be used by: couples of different sexes, married or cohabiting, of potentially fertile age, both living, but not same-sex couples or singles.

It is essential that consent to procreation be given in accordance with the conditions laid down in Article 6, whereby it is compulsory for both spouses or cohabitants to give their consent to fertilisation, and it is important, as a means of guaranteeing bigenitorial rights for the child, that this consent always remain current, so much so that it is not permitted, once fertilisation of the oocyte has begun, to revoke one's will.

The Constitutional Court has ruled that heterologous fertilisation may also be performed in hospital when a pathology has been diagnosed that is the cause of absolute sterility or infertility on the part of a member of the couple of different sex, certified by the doctor. Conversely, the law reiterates the prohibition of post-mortem insemination, i.e. the case in which one of the two components is no longer alive but a pregnancy is nevertheless desired, and the prohibition of surrogate motherhood, i.e. the case in which maternity is carried out by a third person for the couple.

The purpose of Law 40 of 19 February 2004 was to be able to give a chance to those with health problems in being able to have children, to be helped, 'assisted' by the national health system. Since the right to procreation was not recognised¹

¹ On this point see G. RECINTO, *Le istruzioni per il futuro delle Sezioni Unite in tema di genitorialità*, in *Famiglia e Diritto*, 2023, 5, 408. In a matter that "raises delicate ethical and moral problems", it is necessary to overcome that dangerous "adult-centric" drift, which too hastily is leading us towards the affirmation

but rather the right to reproductive health was protected, this law dealt with its boundaries and requirements in a very rigid manner. It postulates the idea of a traditional family, as provided for in the Civil Code, above all with the intention of pursuing the interests of the child.

Initially, and precisely because of this, the law contained more prohibitions than possibilities; in fact, homologous procreation was considered permissible in the public structure, and the alternative of heterologous procreation was not allowed, but with the intervention of the various courts, but above all with the interventions of the Constitutional Court, this limit was overcome.

2. Jurisprudential interventions

The main rulings were:

- **the judgment of 8 May 2009, no. 15113**, with which the Constitutional Court removed the ceiling of the - production of three embryos and the obligation of simultaneous implantation, which was found to be incompatible with the principle of physician autonomy and the principle of women's health.

- **Journal No. 162 of 10 June 2014**, in which the Court ruled on heterologous fertilisation, removing the ban on it, deemed "unlawful in that it violates the right to health: since sterility is a pathology, prohibiting its treatment becomes unconstitutional. But that's not all: the ban also violates the right to self-determination, because the choice to start a parental project is up to the parents themselves and not to the State'.

In this way, the 'evident element of irrationality' was remedied by the fact that, after having assigned to PMA the purpose of 'favouring the solution of reproductive problems arising from human sterility or infertility', the legislator had denied absolutely - with the censured ban on heterologous fertilisation - the possibility of realising the desire for parenthood precisely to 'couples affected by the most serious pathologies, in contrast with the ratio legis'.

This circumstance revealed that the balancing of interests was unreasonable, since,

on the other hand, the needs for the protection of the newborn appeared to be adequately satisfied by the rules in force, in relation both to the "psychological risk" related to the lack of a biological link with the parents (resulting from heterologous fertilisation), and to the possible "violation of the right to know one's genetic identity".

- **Judgment No. 9615 of 5 June 2015**, in which the Court ruled that the prohibition on carrying out pre-implantation diagnosis on embryos violates the parents' right to information on the embryo's health condition.

This eliminated the other 'blatant antinomy' already censured by the European Court of Human Rights in its judgment of 28 August 2012, *Costa and Pavan v. Italy*. Law No. 40 of 2004 prohibited the above-mentioned couples from resorting to PMA, with pre-implantation diagnosis, when in fact "our legal

of a general and uncertain "right to parenthood", destined increasingly to make us "confuse" the "needs" of adults with those of minors.

system allows such couples to pursue the objective of procreating a child not affected by the specific hereditary pathology they carry by means of the undeniably more traumatic modality of the voluntary interruption (even repeated) of natural pregnancies [...] permitted by art. 6(1)(b) of Law No. 194 of 22 May 1978 (Rules for the social protection of maternity and voluntary termination of pregnancy)".

Since these pronouncements, both because of the strong changes produced and because of the change in the sensitivity of the population, the courts have been faced with further demands, concerning the right of access to medical practice. All this confusion has in fact fuelled the courts' pronouncements and the topics over the years have multiplied. If, in fact, initially the focus was only on whether or not heterosexual couples could have recourse to heterologous medically assisted procreation, the question has since expanded to encompass various topics: from access to the technique for same-sex couples, access to the technique after the death of a partner, access to the technique after separation/divorce from the husband, and access to the technique through surrogate motherhood. Let us cite a couple of cases in this respect.

The Constitutional Court's ruling No. 221 of 2019 was one of the first such pronouncements.

In fact, by order of 2 July 2018 (r. o. no. 129 of 2018) questions of constitutional legitimacy were raised by the Ordinary Court of Pordenone, with reference to Articles 2, 3, 31, second paragraph, 32, first paragraph, and 117, first paragraph, of the Constitution - the latter in relation to Articles 8 and 14 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR), signed in Rome on 4 November 1950, ratified and made enforceable by Law No 848 of 4 August 1955 - Articles 5 and 12, paragraphs 2, 9 and 10, of Law No 40 of 19 February 2004 (Rules on medically assisted procreation), in so far as they limit access to medically assisted procreation techniques (hereinafter: PMA) only to 'couples [...] of different sexes' and penalise, as a consequence, anyone who applies such techniques 'to couples [...] composed of persons of the same sex'. In fact, the applicants stated that they had been living together more uxorio since 2012 and had entered into a civil partnership in 2017; that over time they had developed a desire for parenthood, so much so that one of them had undertaken a course of PMA in Spain, at the end of which she had given birth in Italy to twins; that the other applicant also intended to realise her desire for motherhood, without, however, travelling abroad, at rather high costs, since, in her view, Law No 40 of 2004 - after the judgments of the Constitutional Court No 162 of 2014 and Constitutional Court Rulings No. 162 of 2014 and No. 96 of 2015 and in the light of some important rulings of the jurisprudence of legitimacy - would have allowed same-sex couples to have access to PMA techniques also in Italy; that the applicants had therefore applied to the Azienda per l'assistenza sanitaria no. 5 'Western Friuli', at which a high quality PMA service had been set up; the head of the service had, however, rejected their request, on the ground that Article 5 of Law No 40 of 2004 reserves assisted fertilisation to couples composed of persons of different sexes only.

The Constitutional Court replied that, as had already been emphasised in Judgment No. 162 of 2014 of the Constitutional Court, Law No. 40 of 2004 constitutes the "first organic legislation relating to a delicate sector [...] which undoubtedly involves a plurality of relevant constitutional interests". The relevant questions of constitutionality touch on ethically sensitive issues, in relation to which the identification of a reasonable balance between the opposing needs belongs primarily to the assessment of the legislature.

The case at hand would not, however, concern a hypothesis of "social parenthood", through which a child could be protected, even in the context of same-sex couples, but only the right of an adult to procreate: a right that would not be absolutely guaranteed by the legal system.

The solutions adopted in this regard by Law No 40 of 2004 are, as is well known, restrictive. The 'physiological' infertility of the homosexual (female) couple is in no way homologous to the infertility (of an absolute and irreversible kind) of the heterosexual couple suffering from reproductive pathologies: just as the 'physiological' infertility of the single woman and the heterosexual couple in old age is not. These are clearly and ontologically distinct phenomena. The exclusion from PMA of couples formed by two women is not, therefore, a source of any distortion or even discrimination based on sexual orientation.

The European Court of Human Rights has also specifically expressed this view. It has held, in fact, that a national law reserving artificial insemination to infertile heterosexual couples, attributing to it a therapeutic purpose, cannot be considered a source of unjustified unequal treatment in relation to homosexual couples, relevant for the purposes of Articles 8 and 14 ECHR: this, precisely because the situation of the latter is not comparable to that of the former (European Court of Human Rights, judgment of 15 March 2012, *Gas and Dubois v. France*).

A pronouncement that has acted as a watershed for many others.

In fact, over the years, requests for access to the assisted procreation technique have also spilled over onto the issue of access to postmortem assisted procreation.

Postmortem procreation, like surrogate procreation, is not contemplated by our legal system and Law 40 of 2004 absolutely prohibits its use.

Those who make use of it contrary to the law are punished, because the ratio legis of the requirement that the members of the couple accessing PMA techniques must be alive seems obvious. The legislator intended to design the subjective requirements for access to PMA techniques in such a way as to ensure that the family unit resulting from the use of these techniques reproduces the constitutional model of the traditional family, characterised by the presence of a double parental figure, a father and a mother. In other words, the aim is to guarantee the child's right to bigenitorality, preventing the child from being conceived fatherless.

It must now be pointed out that when it comes to post-mortem procreation, there are three scenarios: artificial insemination of the woman with semen taken from the corpse of her spouse or cohabitee; artificial insemination of the woman

with semen taken from her spouse or cohabitee before her death as part of an AMP procedure; intrauterine implantation of the cryopreserved embryo from the couple, formed before the death of the spouse or cohabitee.

The first two hypotheses pertain more properly to cases of post-mortem 'fertilisation', the fertilisation of the ovum occurring after the death of the partner; the third hypothesis pertains to a case of post-mortem 'implantation', being the intrauterine implantation of the embryo formed while both would-be parents were alive and only transferred into the woman's uterus after the death of the partner.

In spite of the silence of the legislature, it seems to be a consolidated opinion that, in the event that the death of the partner occurs after fertilisation and, therefore, after the formation of the embryo, the woman may legitimately request the PMA centre to proceed with the intrauterine implantation of the cryopreserved embryo, formed during the PMA procedure she underwent together with her then deceased partner.

Jurisprudence dealt with it for the first time in 1999 with reference to a case pending before the Court of Palermo. A widow had lodged an appeal against the PMA centre to which she had applied together with her then deceased husband in order for the centre to be ordered to transfer intrauterine embryos cryopreserved there and formed during the PMA procedure to which the couple had had access before the man's death.

The Court of Palermo upheld the widow's appeal, having considered preeminent, in the event of the death of one of the parents, the embryo's right to life over the unborn child's right, guaranteed by article 30 of the Italian Constitution, to be maintained, educated and brought up in a family formed by two parents.

Similarly, the Court of Lecce dealt with this issue by order of 24 June 2019²

The Court of Lecce, accepting the applicant's request, ordered the PMA medical centre to perform the intrauterine transfer of the cryopreserved embryos coming from the applicant herself and her deceased husband, considering that the requirements of the permanence of the consent to the techniques and of the subsistence in life of the members of the couple accessing the same as set out in Articles 5 and 6, Law no. 40 of 2004 must exist at the time of fertilisation and not beyond.

No less interesting is the request for access to medically assisted procreation when the couple is now declared separated or divorced. **This is the case of the Court of Capua Vetere.**

The delicate human affair that constituted the premise of the decision took its origins from the story of a couple, by then in the process of separation on the date on which the two decisions were rendered, who had decided to have recourse to the medically assisted procreation technique, and more precisely to

² On the same level see. Cass. civ. Sec. I Sent., 15/05/2019, no. 13000; Court of Oristano 20 May 2022, Court of Bologna 16 January 2015. E. BILOTTI, *La fecondazione artificiale post mortem nella sentenza della 1^a sezione civile della Cassazione n. 13000/2019*, in www.centrostudiliviatino.it; R. NATOLI, *L'impianto di embrioni post mortem tra scontri ideologici e prezzzi da pagare (a proposito di un'ordinanza palermitana)*, in *Dir. fam. pers.*, 1999, 1180 ss.

homologous in vitro fertilisation, with cryopreservation of the fertilised embryo and subsequent implantation in the mother's uterus.

In 2018, the couple had gone down the road of separation, but had subsequently reconciled. As a result of their reconciliation, the couple had decided, by mutual agreement, to undergo reproductive procedures at a hospital in Rome.

In particular, precisely in accordance with the provisions of Law 40/2004, both the husband and wife had given informed and conscious consent so that homologous in vitro fertilisation could take place, and also so that it could be carried out.

In particular, on 18 February 2019, the husband's sperm were retrieved and the ovum with the wife's follicles was retrieved from the ovary, after which, on the basis of the consent already validly given by both spouses at the beginning of the treatment and never revoked in the meantime, the ova were fertilised but could not be immediately implanted in the mother's uterus. The impossibility of implanting the fertilised oocyte immediately after fertilisation had been determined by the worsening health condition of the woman, who had had to be urgently hospitalised for internal haemorrhaging resulting from ovarian hyperstimulation. The embryos had therefore been cryopreserved with a view to subsequent implantation as soon as the wife's health improved.

In September 2019, the husband served an action for separation on his wife, who had not yet fully recovered, and also informed her, as well as the medical centre, of his unwillingness to allow her to have the fertilised ova implanted in the uterus, revoking the consent he had initially given.

The wife, who was, moreover, already at an advanced age for pregnancy (43 years old), and in view of the existence of the *periculum in mora* and *fumus boni iuris*, filed an appeal pursuant to Article 700 of the Code of Civil Procedure with the Court of Santa Maria Capua Vetere in order to obtain a ruling authorising, as a precautionary measure, the continuation of the treatment, ordering the medical centre to proceed with the implantation of the fertilised oocytes into the uterus, even in the face of her husband's dissent.

Both the monocratic judge and the Court of Santa Maria Capua Vetere, acting as a collegial body, rejected the defendant's defence arguments, stating, precisely on the basis of the literal wording of the above-mentioned provision, that the consent given by the husband and wife, prior to fertilisation, is irrevocable once fertilisation has actually taken place, and thus allowing, on the basis of the wife's request, the implantation of the oocytes in the uterus for the continuation of the pregnancy. Not only that: both decisions, in affirming the irrevocability of consent given pursuant to Article 6, paragraph 3 of Law 40/2004, read this provision in conjunction with Articles 8 and 9 of the same law, with the result that the defendant, although dissenting, could not revoke his consent once fertilisation had taken place, and would therefore be required to assume the rights and duties connected with paternity as a result of consent validly given before fertilisation.³

³ G. O. CESARO, *Medically assisted procreation: irrevocable consent. The orders of Tribunale di S.M. Capua Vetere*, in *Quotidiano Leggi d'Italia*, 09.03.2021. In the opposite sense Court of Bologna, 9 May 2000. Same

A heterogeneity of cases that, precisely in analysing the issues in relation to the possibility now of resorting to the technique now of recognising the child that is the fruit of the technique that is not authorised in our country, has led to an excess in the production of jurisprudential pronouncements, of doctrinal essays that in some way, either out of a desire to enrich the panorama of family law or out of a desire to justify a procreative right, or to change the structure of a system centred on the family as traditionally understood, have enriched the legal landscape around medically assisted procreation with profound reflections and important questions, perhaps even at times discordant and perhaps even harbingers of correct indications.

3. Access to medically assisted procreation: possible solutions

The main question is certainly therefore that relating to the right of access to medically assisted procreation, which we have seen is much debated in the jurisprudential panorama.

We know that in Italy access to medically assisted procreation techniques is allowed, according to the provisions of the law, only to infertile or infertile couples with members who are of age, of different sexes and married or cohabiting at a potentially fertile age. This, of course, as we have seen, has caused quite a few problems.

On the other hand, looking at other countries, one cannot fail to grasp the diversity of views and the desire to broaden this possibility, dictated above all by the change in society that is seeing the age for having children postponed,

dynamics, a couple, homologous procreation and separation. It states that fertilised but not implanted and cryopreserved ova are, from a biological and legal point of view, very different entities from embryos already placed in the maternal uterus and that the embryos themselves, however viable they may be, do not enjoy the same legal protection and do not have the same legal prerogatives as a person born alive and considering also that the right to procreate or not to procreate is constitutionally guaranteed, especially where there is no pregnancy in progress, it would be in stark contrast with the right not to procreate also recognised to the male parent, to grant the woman alone the right to decide whether to proceed with the implantation of the embryos in utero.

For this reason, according to the Court of Bologna, the woman's right to request the implantation does not exist, given that such an implantation contrasts with the right to an unimposed paternity of the male parent and with the right of the unborn child to benefit and enjoy the dual parental figure, to be instructed, educated and maintained by both parents, within the context of a couple, for the guarantee of a balanced and harmonious psycho-physical development. The distinction made in the judgment between an implanted or non-implanted embryo is important because the conceived, for the writer, and also according to our civil code, which does not take into account I consider pma but natural motherhood is surely such when it takes place in the mother's womb and it is precisely for this reason that the law on abortion has placed the woman at the centre because it is the woman who, with her body, carries the pregnancy forward and therefore, the possible abortion, it is the woman and only she who can define it.

In this case we are at an antecedent moment, we are at the end of the technique and not of procreation. We are in a moment that we might call prodromal and which sees in the first place, this time, both figures with their constitutionally guaranteed right to procreate or not to procreate.

To override, as this judgment has done, this right in the light of the interest of a child who does not yet live, is perhaps excessive.

The indication could certainly, and in order to align with the provisions of the Civil Code, provide for extending the withdrawal of consent up to the moment of implantation because it is only from that moment that a strong bond is actually created between the woman and the embryo: life is created.

more and more, beyond the age of 35, and the difficulty of finding the right partner to make this possible.

France, for example, unlike Italy, with its *Projet de loi 2187/19*, in Articles 1 and 4, allows single women and same-sex couples the right to have recourse to in vitro fertilisation in the same way as heterosexual couples: Indeed, the slogan is 'PMA pour toutes'.

"L'article 1er élargit l'accès à l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes et aux femmes non mariées. Le critère médical d'infertilité, qui aujourd'hui conditionne cet accès est supprimé. La prise en charge par l'assurance maladie reste identique et est étendue aux nouveaux publics éligibles. L'article supprime également la notion imprécise d'âge de procréer qui figure dans la loi au profit d'une interprétation incontestable de ce critère. Il permet enfin le recours à un double don de gamètes au cours d'une même tentative d'assistance médicale à la procréation.

L'article 2 met fin à la possibilité de conserver des gamètes pour soi-même au moment du don, dispositif qui pouvait être vu comme créant une contrepartie au don et ouvre la possibilité d'une autoconservation de gamètes pour les femmes comme pour les hommes. To avoid any incentive effect, the reform is enshrined in strict implementation conditions (age limits are laid down, activity is reserved for public and private non-profit centres). L'article prévoit la prise en charge des actes afférents au recueil ou au prélèvement de gamètes mais non de la conservation qui reste à la charge des bénéficiaires. Par ailleurs, l'article met fin au recueil du consentement du conjoint lors d'un don de gamètes."

It opens up access to the technique but, above all, it also authorises the possibility of preserving one's gametes, in line with the progress of society, which not only in France but also in Italy feels the need to be able to preserve its biological material with a view to a future pregnancy. In Italy, the problem of cost remains. It is in fact very expensive and the State, except in the case of serious illness, does not finance this possibility.

Like France, Spain has similarly authorised single women and transgender persons to have access to medically assisted procreation, but in both cases the state bears the costs. The trend seems to be towards a shift from a medical infertility right to a social infertility right.

In America the legislation is undefined. There is no law but there are different regulations, depending on the aspect of the assisted reproduction technique that is used.

US constitutional jurisprudence on reproductive technologies is surprisingly scarce. The result is considerable uncertainty as to which forms of regulation of reproductive technology may violate the US Constitution.

Foreign scholarship writes that: The United States has been too often described as the 'wild west' of reproductive technology use. When measured against many of its comparators-Canada, Australia, the UK, Germany, etc.-it is undoubtedly true that more forms of reproductive technology use are permitted in the United States than elsewhere. It is for this reason that the United States has been a frequent destination for "circumvention tourism" or "fertility tourism". At the

same time, it would be wrong to think that reproductive medicine is unregulated in the United States. The chapter argues that it is just that the regulation is more fragmented, both in terms of the locus of control (federal vs. state authority, governmental vs. professional self-regulation, etc.) and also of the legal sources involved (more of a focus on tort law and family law than direct regulation at the statutory or constitutional level)⁴.

Certainly, however, unlike countries such as Italy, in America there are fewer limits and the concept of access to the technique is left to the autonomy of individuals.

In America, in particular, and returning to the concept of procreative right, there is not just the recognition of a right but of rights: the right to be a gestational mother, the right to be a biological mother and the right to be a social mother. Also undefined is the objective requirement of the condition of infertility, which is mentioned but since there is no governmental law on the subject, the whole thing remains vague.

One striking aspect, however, is that in America, the state par excellence for the use of the insurance system, there seems to be very little use of policies to cover the costs of medically assisted procreation techniques.

In fact, it seems that there are not many companies that provide coverage for medically assisted procreation in their insurance policies.

There are few states that offer some form of fertility treatment financed by insurance, but above all the panorama of what can be accessed by insured persons is varied: in some cases the costs of the technique are covered, in others a cycle is only covered when the couple has tried to conceive for a minimum period of five years, in others the treatment is only covered if other services have proved ineffective, and finally there are cases where cycles are covered but not gamete preservation⁵.

In Italy, as in America, there are not many policies that cover the risk linked to reproductive capacity, perhaps also because the risk itself is not so well known, there is no right to information that also covers a woman's fertility, its timing, but above all the possible problems associated with advancing age.

In researching insurances in this sense, I found few examples where either only the treatment related to diagnosis and examinations are reimbursed, only in a few cases the service as a whole, and in any case for an amount just over one thousand euros and limited in time to about three times during the woman's entire fertile life cycle.

From the insurance point of view, it is necessary to make additions, and it certainly did not help that the medical service was not guaranteed in all regions, so that the costs also varied, if not inexistent, as did the treatment options.

Only recently did the LEAs come out at the national level that introduce the new tariffs on medically assisted procreation, gene counselling up to services of very high technological content such as Hadrontherapy or recent technology

⁴ I. GLENN COHEN, *The Right(s) to Procreate and Assisted Reproductive Technologies in the United States*, The Oxford Handbook of Comparative Health Law, 8 June 2020.

⁵ For a more detailed discussion see Fertility Clinic abroad, in www.fertilityclinicabroad.com.

such as enteroscopy with an ingestible microcamera and stereotactic radiotherapy. In particular, the LEA clearly identifies all the services of medically assisted procreation (PMA) that will be provided at the expense of the SSN in outpatient specialist care (until now only provided in inpatient care); it introduces genetic counselling, which makes it possible to explain to the patient the importance and significance of the test when it is performed, the implications of the result when the report is delivered, and, if necessary, to provide the patient with the support needed to cope with often emotionally difficult situations; it introduces new services with a very high technological content, profoundly revises the list of genetic services, and, for each individual service.

In the face of all these legal and social changes, but above all in the face of data that show us a sharp increase in medically assisted procreation techniques, the solutions may therefore be to revise:

- integrative healthcare. State measures that succeed in widening access to the technique by favouring an economic benefit for those who resort to it.
- More comprehensive insurance solutions that do not, however, place absolute time limits or amounts too far removed from the cost of these techniques.

Ancora sulla interpretazione del contratto di assicurazione.

di Sara Landini*

Abstract IT: *La nota ha ad oggetto una sentenza che affronta il tema centrale dell'interpretazione del contratto di assicurazione alla luce del principio dell'interpretazione contro il predisponente.*

Abstract EN: *The present comment regards a judgment of the Italian Supreme Court on the interpretation of insurance contract accordingly the contra proferentem rule.*

Cass. civ., Sez. VI - 3, Ord., (data ud. 26/05/2021) 23/09/2021, n.25849

Nell'interpretazione del contratto di assicurazione, che va redatto in modo chiaro e comprensibile, il giudice non può attribuire a clausole polisenso uno specifico significato, pur teoricamente non incompatibile con la loro lettera, senza prima ricorrere all'ausilio di tutti gli altri criteri di ermeneutica previsti dagli artt. 1362 c.c. e ss., e, in particolare, a quello dell'interpretazione contro il predisponente, di cui all'art. 1370 c.c.; tale articolo ha una precisa ragione: se la clausola è predisposta da un solo contraente, la scarsa chiarezza del testo va imputata a costui, non avendo l'altro contraente dato alcun contributo alla redazione.

I precedenti

Sulla terzietà nei contratti di assicurazione

Tribunale Trento, 08/09/2010

Al di là delle effettive ambiguità delle condizioni descrittive del rischio assicurato, è corretta la motivazione del giudice che abbia utilizzato la regola interpretativa di cui all'art. 1370 c.c. al solo fine di supportare il proprio percorso ermeneutico, grazie al quale i dubbi già potevano considerarsi dissipati. A tale riguardo, appare ineccepibile la considerazione del giudice secondo cui l'assicurazione non poteva dirsi limitata alla sola responsabilità extracontrattuale, in assenza della esclusione del riferimento alla responsabilità contrattuale ed in considerazione del fatto che la polizza prevedesse la copertura di tutti i danni conseguenti all'esercizio dell'attività assicurata non poteva giustificare una limitazione di operatività della polizza alle sole conseguenze dannose di fonte extracontrattuale. Vi è anche da dire, a questo proposito, che la formula sopra letteralmente ricordata, la quale fa riferimento ai danni involontariamente cagionati a terzi in conseguenza di un fatto accidentale verificatosi in relazione all'attività di

* Professoressa ordinaria di Diritto dell'Economia, Università degli Studi di Firenze.

cui alla polizza, ricorrente in tutti i contratti assicurativi della r.c., è costantemente interpretata nel senso di avere ad oggetto sia la responsabilità contrattuale che quella extracontrattuale, visto che il termine « terzi » non indica un soggetto estraneo ad un rapporto contrattuale, ma piuttosto un soggetto diverso dal contraente-assicurato e non in relazione di parentela con il medesimo, mentre il riferimento ai danni « involontariamente » cagionati implica un riferimento ad una responsabilità per colpa, avente il solo fine di ribadire la non assicurabilità dei fatti dolosi (e, in assenza di apposita pattuizione, anche di quelli posti in essere con colpa grave) e non quello di escludere la responsabilità di matrice contrattuale.

Sulla applicazione dell'art. 1370 ai contratti di assicurazione

Cassazione civile sez. III, 05/06/2020, n.10825

Nell'interpretazione del contratto di assicurazione, che va redatto in modo chiaro e comprensibile, il giudice non può attribuire a clausole polisense uno specifico significato, pur teoricamente non incompatibile con la loro lettera, senza prima ricorrere all'ausilio di tutti gli altri criteri di ermeneutica previsti dagli artt. 1362 ss. c.c. e, in particolare, a quello dell'interpretazione contro il predisponente di cui all'art. 1370 c.c.

Sommario: 1. Il caso. – 2. La motivazione. – 3. Commento.

1. Il caso.

La vicenda riguarda il caso di una donna che subisce danni a causa del cane del proprio figlio. La donna sarebbe caduta a causa di un'azione del cane liberatosi dal guinzaglio. Il figlio chiama in garanzia la compagnia, la quale eccepisce che il danneggiato non è terzo ai sensi dell'art. 24 delle condizioni generali di contratto in base alle quali: non è considerato terzo danneggiato "il coniuge, i genitori, i figli delle persone di cui al punto a), gli altri parenti ed affini con loro conviventi, nonché gli addetti ai servizi domestici".

La parte offesa contrappone una diversa interpretazione della clausola che restringerebbe l'esclusione ai soli conviventi.

Il Tribunale ha accolto la domanda dell'assicurato ritenendo che la esclusione operi solo in caso di convivenza del genitore

Al contrario, la Corte di Appello di Roma, ha ritenuto che i genitori non fossero da considerare come terzi danneggiati, a prescindere dalla loro convivenza.

2. La motivazione

La Cassazione ritiene che i giudici di merito abbiano disatteso le norme sulla interpretazione del contratto e in particolare l'art. 1370 c.c. in base al quale in caso di dubbio nella interpretazione di condizioni generali di contratto, queste devo interpretarsi contro il predisponente.

La clausola, del cui significato si discute, nell'individuare i soggetti che non sono considerati terzi e il cui danneggiamento è escluso dalla copertura della

assicurazione della responsabilità civile ex art. 1917, li elenca così: "il coniuge, i genitori, i figli delle persone di cui al punto a), gli altri parenti ed affini con loro conviventi, nonché gli addetti ai servizi domestici".

La Cassazione intende l'esclusione estesa ai conviventi in genere e non solo per ragioni sintattiche ma anche per la *ratio* della esclusione rinvenibile, secondo i giudici, nel fatto che la convivenza rende più frequente il rischio di danni. Che questa motivazione possa sostenersi lo si ricava dalla esclusione, tra i terzi danneggiati, dei domestici. La loro esclusione è evidentemente dovuta non al loro rapporto di parentela con il danneggiante, ma, per l'appunto, alla convivenza con quest'ultimo.

3. Commento.

Le assicurazioni della responsabilità civile facoltative sono regolamentate esclusivamente dall'art. 1917 c.c. e dalle condizioni generali. Hanno pertanto attirato l'attenzione degli interpreti che nel tempo hanno cercato di estendere in questo ambito regole proprie dell'assicurazione obbligatoria valorizzando l'interesse del terzo danneggiato.

Il riferimento è, in particolare, alle coperture della responsabilità civile verso i terzi, quelle della responsabilità del padre di famiglia e quella verso i propri dipendenti, note in forma abbreviata come assicurazione RCT, RC padre di famiglia e RCO.

In caso di assicurazioni facoltative, in assenza di una disciplina legale o convenzionale che individui particolari diritti a favore del terzo, la disciplina, oltre a quanto previsto in polizza, si rinviene nell'art. 1917 c.c. che non riconosce diritti al terzo, ma solo all'assicurato che avrà diritto ad essere tenuto indenne dalle conseguenze risarcitorie della propria responsabilità.

Così nel caso di specie, il danneggiato agisce contro il responsabile che chiama in garanzia il proprio assicuratore. La compagnia rigetta invece la richiesta risarcitoria del terzo.

Questo ha portato i giudici ad affermare, ove il problema è stato sollevato, che tal proposito l'assicurazione della responsabilità civile regolata dall'articolo 1917 c.c. «non può essere inquadrata tra i contratti a favore di terzo poiché, per effetto della stipulazione, non sorge alcun rapporto giuridico diretto e immediato tra il danneggiato e l'assicuratore relativo al pagamento dell'indennizzo (...) con la conseguente insussistenza di azione diretta di quest'ultimo nei confronti dell'assicuratore». Un rapporto dell'assicuratore con il terzo può essere previsto da contratto, laddove le condizioni di polizza prevedano che l'assicuratore abbia facoltà, previa comunicazione all'assicurato, di pagare direttamente il danneggiato e che sia obbligato al pagamento diretto se l'assicurato lo richiede. Diviene infine importante, ed è questo il tema centrale nella pronuncia in esame, determinare chi può dirsi terzo nell'oggetto della copertura secondo quanto previsto nelle condizioni generali. In questa ipotesi non potrà infatti operare la norma dell'art. 129 CAP (codice delle assicurazioni private d.lgs. 209/2005) che

riguarda la individuazione dei terzi nella rc auto. Recita la norma «1. Non è considerato terzo e non ha diritto ai benefici derivanti dal contratto di assicurazione obbligatoria il solo conducente del veicolo responsabile del sinistro.

Ferme restando la disposizione di cui all'articolo 122, comma 2, e quella di cui al comma 1 del presente articolo, non sono inoltre considerati terzi e non hanno diritto ai benefici derivanti dai contratti di assicurazione obbligatoria, limitatamente ai danni alle cose:

a) i soggetti di cui all'articolo 2054, terzo comma, del Codice civile ed all'articolo 91, comma 2, del codice della strada;

b) il coniuge non legalmente separato, il convivente more uxorio, gli ascendenti e i discendenti legittimi, naturali o adottivi del soggetto di cui al comma 1 e di quelli di cui alla lettera a), nonché gli affiliati e gli altri parenti e affini fino al terzo grado di tutti i predetti soggetti, quando convivano con questi o siano a loro carico in quanto l'assicurato provvede abitualmente al loro mantenimento;

c) ove l'assicurato sia una società, i soci a responsabilità illimitata e le persone che si trovano con questi in uno dei rapporti indicati alla lettera b)».

Particolare è poi la posizione della Cassazione in caso di polizza stipulata dal Condominio, inteso come ente di gestione, nella persona dell'amministratore e copertura di danni riportati da singoli condomini rispetto perdite di tubature condominiali. In questo caso la Cassazione ha ritenuto terzo il condomino (Cass., 20 febbraio 2009, n. 4245).

Così in caso di RCT stipulata da un privato saranno esclusi, in genere, dalla polizza i risarcimenti a tutti i parenti affini e coloro che si trovano nella condizione di convivente dell'assicurato come il coniuge, il convivente, i figli, i genitori, ecc.

Nelle RCT aziendali saranno esclusi i soci di s.r.l., gli amministratori, i legali rappresentanti e i loro familiari.

Questo per evitare, secondo l'orientamento maggioritario, a differenza della *ratio* individuata dalla Cassazione, che dell'indennizzo possa beneficiare anche l'assicurato per legami con il terzo, con un depotenziamento dell'interesse all'assicurazione di cui all'art. 1904 c.c., elemento essenziale del contratto di assicurazione a pena di nullità e inquadrato come interesse al non verificarsi dell'evento in copertura. Nell'interpretare le condizioni di contratto occorrerebbe allora porre attenzione alle ragioni di validità su cui riposa l'esclusione anche ai fini della conservazione del contratto ex art. 1367 c.c.. La convivenza potrebbe casomai incidere e rilevare nella lettura della esclusione in quanto la comunione di vita, in misura anche maggiore rispetto al vincolo di parentela, incide sull'interesse all'assicurazione.



Articolo 32

La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti.

nessuno trattamento sanitario se non per disposizioni di legge e nel rispetto della persona

dirittoesalute
Rivista di sanità e responsabilità medica

Numero 2 del 2022
Autorizzazione del Tribunale di Roma, n. 5 del 26 Gennaio 2017
Codice ISSN 2532-1862