



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2019

ELISABETTA ERRIGO

Prova genetica, verità biologica e disconoscimento di paternità tra evoluzione normativa e funzione

ABSTRACT – The relevance assumed by genetics and hematological evidences, in the civil trial and specially in judgments concerning the status of natural persons, has developed strikingly over time, certainly due by scientific progress and the results achieved by the DNA test. Thus the natural implications of science in family law area have represented an opportunity to react to the need to overcome the *favor legitimitatis* which the publicist matrix family has always been grounded to. These protection claims have undoubtedly changed face of the paternity denial action, now focused on verify the genetic incompatibility between the alleged father and the child, and free of evidence hierarchy which claimed to attach relevance to the adultery or lack of co-habitation instead of genetic findings. Specially on this side, come to light further need of protection: that of the biological father, excluded from the regulatory provision to accomplish the paternity denial and consequently unable to safeguard his family identity right related to the principle of equality of child status.

KEYWORDS – Genetics, DNAtest, evidences, paternity denial action, family law, biological father

Prova genetica, verità biologica e disconoscimento di paternità tra evoluzione normativa e funzione**

SOMMARIO: 1. *Le implicazioni delle prove genetiche nel diritto di famiglia* – 2. *Il disconoscimento di paternità: dalla prevalenza del favor legitimitatis alla libertà della prova nell'accertamento della verità biologica* – 3. *Il limite dei test ematologici e l'impossibilità di esperire l'azione da parte del padre biologico. Il ritorno al favor legitimitatis* – 4. *Il bilanciamento degli interessi come possibile soluzione per assicurare il diritto all'identità familiare e l'uguaglianza dello status di figlio*

1. Le implicazioni delle prove genetiche nel diritto di famiglia

La rilevanza assunta dalle prove genetiche ed ematologiche nell'accertamento della paternità è stata condizionata, nel corso del tempo, ora dal dato normativo, ora dalla coscienza sociale¹. L'esigenza da un lato, di assicurare la verità intesa come accertamento della genitorialità biologica e, dall'altro, di tutelare la famiglia legittima, dalla quale

* Dottore di ricerca in Teoria del Diritto ed Ordine Giuridico ed Economico Europeo, presso l'Università degli Studi Magna Graecia di Catanzaro.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

¹ Senza pretese di completezza: P. D'ADDINO SERRAVALLE, *Ingegneria genetica e valutazione del giurista*, ESI, Napoli, 1988; S. NESPOR, A. SANTORUSSO *Vita, morte e miracoli. Medicina, genetica e diritto. Conflitti di prospettive*, Feltrinelli, Milano, 1992; A. BOMPIANI, *Genetica e medicina prenatale*, ESI, Napoli, 1999; C. BRESCIANI, *Genetica e medicina predittiva*, Giuffrè, Milano, 2000; A. MEDICI (a cura di), *Organismi geneticamente modificati. Etica, tecnica, norme*, La Tribune, Piacenza, 2003; V. MANESINI *Introduzione allo studio giuridico della nuova genetica*, Giuffrè, Milano, 2003; U. SALANITRO, *La riforma della disciplina della filiazione dopo l'esercizio della delega*, in *Corr. Giur.*, 5/2014, 675 ss.

desumere lo *status* di figlio socialmente rilevante², spiega le ragioni per le quali l'azione di disconoscimento della paternità è stata più volte oggetto di interventi legislativi tesi proprio a trovare un punto di equilibrio. Il tema, com'è agevole intendere, involge inevitabilmente anche i rapporti tra progresso scientifico e scienza giuridica³. Invero, l'evoluzione storico-sociale e le acquisizioni in tema di DNA hanno determinato un progressivo superamento del *favor* riconosciuto alla famiglia e alla filiazione legittima⁴, lasciando sempre maggiori spazi di operatività al *favor veritatis* e consentendo quindi l'accertamento della derivazione genetica ed ematologica, mediante l'utilizzo dei test genetici⁵. L'indagine biologica è, del resto, da tempo oggetto di attenzione ed interpretazione da parte dei

² E. ANDREOLA, *Il principio di verità nella filiazione*, in *Fam. e Dir.*, 1/2015, 88 ss.

³ Le occasioni di confronto tra la scienza e il diritto muovono da quei settori del diritto particolarmente sensibili ai bisogni e ai valori della famiglia, in cui gli operatori sono spesso ricorsi ai principi costituzionali per adeguare il dettato normativo alle mutevoli esigenze sociali. Ciò in quanto la Carta Costituzionale privilegia la relazione tra genitori e figli indipendentemente dal loro *status*: M. DOGLIOTTI, *La nuova filiazione fuori del matrimonio: molte luci e qualche ombra*, in *Fam. e Dir.*, 5/2014, 482. Sull'applicazione dei principi costituzionali ai rapporti in oggetto v. anche V. CARBONE, *Il D.lgs. 154/2013 sulla revisione delle disposizioni vigenti in tema di filiazione*, in *Fam. e Dir.*, 5/2014, 451 ss.

⁴ E. ZANETTI VITALI, *Il ruolo del giurista nell'accertamento del rapporto biologico di filiazione*, in *Dir. Fam.*, 3/2011, 1358.

⁵ Già le scoperte scientifiche hanno consentito una vera e propria separazione del momento della procreazione da quello della sessualità mediante l'inseminazione eterologa. Per taluni, siffatta separazione ha portato all'affermazione della cosiddetta «crisi della famiglia» aggravata dalle implicazioni delle scoperte scientifiche nel campo del diritto. Del resto, così come nella famiglia legittima, accanto al padre legittimo e putativo come marito della madre, vi può essere il padre biologico, identificabile con il DNA, nell'inseminazione artificiale eterologa accanto al padre biologico che è il donatore del seme, v'è il padre sociale, cioè il soggetto che ha dato il consenso esplicito all'inseminazione: V. CARBONE, *Il D.lgs. 154/2013*, cit., 452. È siffatta evoluzione ha determinato l'affermazione in ambito nazionale ed europeo, del principio della verità biologica e del riconoscimento del diritto a conoscere i propri genitori naturali.

giudici, come dimostrano alcune risalenti pronunce della Corte di Cassazione chiamata a valutare la rilevanza e l'ammissibilità delle prove ematologiche nel processo civile⁶. Ciò che è invece mutata nel corso del tempo è stata senza dubbio la diversa prospettiva, da parte degli operatori del diritto, della possibilità di adoperare i dati genetici nell'ambito delle prove della filiazione, e segnatamente nell'azione di disconoscimento della paternità⁷.

Fin dall'entrata in vigore del codice civile, il *favor legitimitatis* e la presunzione di paternità propria dello *status* di figlio legittimo, hanno conservato a lungo un carattere prevalente rispetto all'accertamento della verità biologica, relegato entro confini ristretti e circoscritti. La ragione di tale prevalenza ha trovato fondamento nella concezione del modello di famiglia legittima di matrice essenzialmente pubblicistica⁸. Conseguentemente, tale impostazione ha spiegato effetti anche sull'azione di disconoscimento, la quale ha, infatti, rappresentato per lungo tempo uno strumento volto a sanzionare i comportamenti infedeli della moglie e a proteggere l'onore della famiglia e la dignità del marito, unico legittimato attivo all'azione. Di guisa che, posta la prevalenza della prova

⁶ Cfr. Cass., 17 marzo 1931, in *Giur.it.*, 1931, I, 1, 681.

⁷ Non sfuggirà come ripercorrere la vicenda interpretativa della funzione attribuita alla prova ematologica e genetica in tema di disconoscimento di paternità si rivela una prospettiva di estremo interesse tanto per il teorico del diritto quanto per lo studioso della filiazione. Se al primo consente infatti di analizzare il vivace dibattito tra la giurisprudenza e la dottrina in ordine ad un istituto suscettibile di risultati applicativi diversi, per lo studioso del diritto di famiglia – giurista, sociologo o storico – essa si atteggia a punto di incrocio tra i valori sottesi alla disciplina della filiazione, legittima e naturale, nel bilanciamento dei vari interessi in gioco. U. ROMA, *Disconoscimento di paternità e prove genetiche dopo la sentenza C. Cost. 6 luglio 2006 n.266: le questioni ancora aperte*, in *Fam. Pers. e Succ.*, 3/2012, 166.

⁸ Chiaramente la *ratio* di una simile scelta fu dettata da valutazioni sociali e di opportunità, a cui si uniformò anche la considerazione giuridica dei padri Costituenti: A. M. IADECOLA, *Il principio di unificazione dello status di figlio*, in *Dir. Fam. e Pers.*, 2/2014, 365.

dell'adulterio, la disciplina e i caratteri dell'azione hanno concorso a garantire la conservazione dello *status* di figlio legittimo, a discapito della verità biologica⁹.

Un primo passo a favore della rilevanza delle prove genetiche nell'ambito dell'azione in questione è stato compiuto dalla legge di Riforma del Diritto di Famiglia del 1975. Attraverso l'estensione della legittimazione attiva anche alla madre e al figlio e alla possibilità di ammettere la prova genetica, la funzione dell'azione di disconoscimento ha subito una prima inversione di tendenza. L'oggetto dell'indagine processuale infatti si è spostato dall'accertamento dell'infedeltà coniugale alla non paternità del figlio nato in costanza di matrimonio, proprio al fine di ristabilire la verità del rapporto biologico ed accertare la compatibilità genetica del figlio con il presunto padre. E ciononostante, l'ammissibilità della prova genetica è rimasta a lungo soltanto marginale e circoscritta, dal momento che la prova dell'adulterio ha da sempre condizionato il successivo esperimento della consulenza medica. Più precisamente, la giurisprudenza di legittimità ha attribuito alle prove genetiche un ruolo sussidiario ed eccezionale, disposte dal giudice soltanto ove lo stesso «*si fosse trovato nell'impossibilità di attingere aliunde il suo convincimento*»¹⁰. Si è assistito pertanto alla creazione ingiustificata di

⁹ Addirittura nella voce dell'Enciclopedia del diritto dedicata all'azione di disconoscimento, il discorso sull'accertamento genetico-ematologico è stato circoscritto ad un mero richiamo in una nota: G. GRASSO, *Le prove genetiche ed ematologiche e l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'azione di disconoscimento della paternità: verso un sistema unitario della prova?*, in *Fam. e Dir.*, 2/2009, 153.

¹⁰ È bene ricordare che prima della Riforma del diritto di famiglia l'orientamento prevalente della Corte di Cassazione qualificava come fatto del tutto eccezionale il ricorso all'esame ematologico. G. GRASSO, *op.cit. ivi*, 155. Conseguentemente, l'esperimento del test del DNA era confinato negli stretti vincoli di operatività dell'ispezione personale delle parti e dei terzi (art. 118 cod. proc. civ.).

una gerarchia di prove, che paradossalmente ha attribuito alla verità biologica il ruolo di mero accessorio probatorio¹¹.

2. Il disconoscimento di paternità: dalla prevalenza del favor legitimitatis alla libertà della prova nell'accertamento della verità biologica.

L'esigenza di un bilanciamento degli interessi connessi al concetto di famiglia legittima con la certezza del rapporto biologico di genitura¹², ma soprattutto l'irragionevolezza della disposizione che subordina una prova scientifica altamente attendibile alla previa dimostrazione dell'adulterio¹³, ha portato la Suprema Corte a sollevare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 235 cod. civ. E la Corte Costituzionale, senza tentennamento alcuno, con la decisione del 6 luglio 2006 n. 266¹⁴ ha dichiarato illegittima la disposizione nella parte in cui subordina l'ammissione della prova genetica alla prova dell'adulterio¹⁵. La

¹¹ G. GRASSO, *ivi*, 154. Questa impostazione aveva subito critiche vivaci da parte della dottrina, finalmente accolte dalla Corte di Cassazione, la quale non tardò a sollevare questione di legittimità costituzionale. V. anche M. DOSSETTI, *Lo stato di figlio e le azioni di stato: alcune novità, molti interrogativi*, in *Giur. It.*, 5/2014, 1283 ss.

¹² E. ZANETTI VITALI, *Il ruolo del giurista nell'accertamento del rapporto biologico di filiazione*, in *Dir. Fam.*, 3/2011, 1359.

¹³ Sull'irragionevolezza di subordinare l'ingresso delle prove tecniche alla previa dimostrazione dell'adulterio v. M. DOSSETTI, *Lo stato di figlio*, cit., 1285.

¹⁴ L'ordinanza di rimessione da parte della Suprema Corte involgeva la questione di legittimità costituzionale dell'art. 235, n. 3, c.c. con riferimento agli artt. 3 e 24, 2 co. Cost., nella parte in cui subordinava la prova genetica o ematologica alla prova dell'adulterio della moglie, «sotto il profilo della limitazione del diritto di difesa e della ragionevolezza di tale limitazione»: Cass., 5 giugno 2004, n. 10742, in *Dir. Fam.*, 2005, 482.

¹⁵ Sul punto v. U. ROMA, *Disconoscimento di paternità e prove genetiche*, cit., 169 e G. GRASSO, *Le prove genetiche ed ematologiche*, cit., 156.

pronuncia, forse con un po' di ritardo, ha senz'altro ridotto il divario tra verità processuale e verità sostanziale, affermando la rilevanza della verità biologica nell'ambito dei rapporti di filiazione¹⁶. La Corte infatti, pur senza prendere posizione sulla prevalenza del *favor veritatis* sul *favor legitimitatis*¹⁷, ha messo in luce l'attitudine delle prove genetiche a consentire da sole l'accertamento della paternità, rilevando che l'obiettivo difficoltà di provare previamente l'infedeltà impediva di fatto l'esercizio dell'azione, cagionando una inaccettabile violazione dell'art. 24 Cost., in relazione alle azioni volte alla tutela di diritti fondamentali attinenti allo *status* e alla identità biologica.

Ne è conseguito il libero accesso delle prove genetiche ed ematologiche nei giudizi di disconoscimento della paternità, a prescindere dalla previa dimostrazione dell'infedeltà coniugale. Benché ne sia seguito un vivace confronto dottrinale¹⁸, la giurisprudenza di legittimità ha subito accolto di buon grado la pronuncia costituzionale, affermando il principio di libertà della prova, pur sempre nel rispetto del principio dispositivo e di

¹⁶ E. ANDREOLA, *Il principio di verità nella filiazione*, in *Fam. e Dir.*, 1/2015, 89.

¹⁷ Ed invero, la Corte di Cassazione, sollevando questione di legittimità costituzionale, ha evidenziato che l'art. 30 Cost. non ha attribuito un valore preminente della verità biologica rispetto a quella legale, ma ha demandato al legislatore il potere di privilegiare, nel rispetto dei valori di rango costituzionale, la paternità legale rispetto a quella naturale. Ciò posto, nell'ottica della Corte Costituzionale, ai fini della decisione, assumevamo rilievo i soli progressi della scienza biomedica, i quali attraverso le prove genetiche o ematologiche, consentivano di accertare l'esistenza o la non esistenza del rapporto di filiazione: U. ROMA, *Disconoscimento di paternità e prove genetiche*, cit., 170.

¹⁸ Invero, a fronte di chi ha ritenuto la decisione sovversiva del sistema precedente, perché attributiva di una eccessiva rilevanza agli esami genetici ed ematologici nell'accertamento della paternità, c'è stato chi ha considerato la sentenza come meramente interpretativa dell'art. 235 cod. civ., da intendersi incostituzionale solo se interpretato nel senso di subordinare l'esame delle prove tecniche alla previa dimostrazione dell'adulterio. In definitiva si riteneva che la scelta della Corte si giustificasse per prevenire il rischio di un contrasto ermeneutico tra giudici di legittimità e Corte costituzionale: M. DOSSETTI, *Lo stato di figlio e le azioni di stato*, cit., 1289.



n. 1/2019

libera valutazione di cui agli artt. 115 e 116 cod. proc. civ. Per questa via, non solo le prove genetiche hanno visto il loro ingresso anche nei giudizi di disconoscimento di paternità invocati per impotenza e mancata coabitazione¹⁹, ma il rifiuto ingiustificato di sottoporsi al relativo esame medico è stato considerato altresì comportamento rilevante ai fini della prova stessa, secondo quanto previsto dall'art. 116 cod. proc. civ. Del resto è innegabile che in tali giudizi, la prova tecnica sia stata sempre risolutiva ed indispensabile, dal momento che la stessa, in virtù dei progressi della scienza biomedica, ha costituito l'unico mezzo per pervenire ad un accertamento inconfutabile della esistenza o meno del rapporto di filiazione²⁰. Ciò malgrado, è prevalsa una interpretazione restrittiva della disposizione normativa, in virtù della quale si è esclusa la possibilità di far ricorso *sic et simpliciter* alla consulenza medica senza null'altro dedurre ed allegare²¹. Si è pertanto ritenuto che il test genetico del DNA fosse non già un mezzo di prova vero e proprio, quanto piuttosto uno strumento di controllo sui fatti costituenti la prova degli ulteriori presupposti richiesti per esperire l'azione, al fine di evitare che l'indagine genetica assumesse un carattere sostanzialmente esplorativo, tesa ad aggirare la prova dell'adulterio o del celamento della gravidanza²².

In definitiva, se per un verso la Corte Costituzionale ha dichiarato illegittimo l'articolo 235 c.c. nella parte in cui subordinava la prova genetica alla prova dell'infedeltà, per altro verso, il tenore della norma

¹⁹ Cfr. Cass. 6 giugno 2008 n. 15088 in *Foro.it* 2008, 9, I, 2457; Cass. 6 giugno .2008 n. 15089, in *Giust. civ.*, 2/2009, 407. Per una giurisprudenza più recente v. Cass. 30 maggio 2014 n. 12194, in *Dir.e Giust.* 3 giugno 2014.

²⁰ Cass. 19 luglio 2013, n. 17773, in *Foro.it* 2013, 11, I, 3174.

²¹ L'ammissione della consulenza medica è infatti rimasta ancora condizionata alla previa valutazione del giudice di merito, il quale poteva ritenere superflue le risultanze genetiche ove avesse già acquisito elementi sufficienti a fondare il proprio convincimento: Cass. 25 febbraio 2002, n. 2749, in *Mass. Giur. it.*, 2002 e in *Fam. dir.*, 3/2002, 315.

²² Cfr. Cass., 17 ottobre 1998, n. 8087, e Cass., 23 gennaio 1984, n. 541, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, 1079.

esigeva ancora la prova dell'adulterio o degli altri requisiti richiesti per esperire l'azione. E ciò dunque, nonostante la fiducia riposta nelle acquisizioni del progresso scientifico.

È in questo quadro che è entrata in vigore la Legge del 10 dicembre 2012 n. 219, il cui intento è stato quello di dare attuazione all'art. 30, comma 1 Cost., cristallizzando la sostanziale uguaglianza biologica e giuridica della procreazione naturale. Com'è noto, la Novella ha inteso realizzare un processo di tutela dei soggetti deboli nel segno dell'uguaglianza del trattamento giuridico dei figli²³, riconoscendo il rapporto di filiazione esente da ogni aggettivo o distinzione, non più condizionato dalle modalità istitutive del vincolo familiare. Nell'ottica di attribuire un ruolo finalmente rilevante alle prove genetiche, con l'abrogazione dell'art. 235 c.c. e la conseguenziale introduzione dell'art. 243 *bis*, è stata prevista una procedura più semplificata per accedere all'azione di disconoscimento, basata esclusivamente sulla prova dell'insussistenza del rapporto di filiazione tra il figlio e il presunto padre. Sono poi venuti meno i presupposti dell'azione previsti dalla disciplina previgente, e quindi la necessità di raggiungere la prova della mancata coabitazione, dell'impotenza o dell'adulterio. Il ricorso al procedimento è ora più flessibile e volto ad accertare esclusivamente la non paternità del presunto padre, con l'obiettivo di affermare la prevalenza del *favor veritatis* sul *favor legitimitatis*²⁴.

²³ Si è trattato di un'evoluzione dispiegatasi secondo le linee di indirizzo tracciate dalla Costituzione e dalle fonti sovranazionali (le Convenzioni di New York e di Strasburgo, la Carta di Nizza, richiamate nella *Relazione illustrativa* della Commissione Bianca allo schema di decreto legislativo delegato) e dominata da due fondamentali valori ordinanti: la primazia dell'interesse del figlio (si rammenti la proclamazione del diritto del minore alla *propria* famiglia ad opera della legge n. 149 del 2001) e l'uguaglianza di trattamento di tutti i figli: P. SCHLESINGER, *Il d.lgs. 154/2013 completa la riforma della filiazione*, in *Fam. e Dir.*, 5/2014, 443.

²⁴ O. CLARIZIA, *Innovazioni e problemi aperti all'indomani del decreto legislativo attuativo della riforma della filiazione*, in *Riv. dir. civ.*, 3/2014, 600.

Dal tenore della nuova disposizione se ne trae che tutti i mezzi di prova, e quindi anche la prova genetica, hanno pari valore giuridico²⁵. L'affermazione del principio di libertà della prova reca in sé l'intolleranza verso surrettizie limitazioni, siano esse disposte mediante la fissazione di una gerarchia assiologica di mezzi di prova idonei a dimostrare la paternità, siano esse individuate mediante l'imposizione al giudice, di una sorta di ordine cronologico nella loro ammissione ed assunzione.

3. Il limite dei test ematologici e l'impossibilità di esperire l'azione da parte del padre biologico. Il ritorno al favor legitimitatis.

La rilevanza assunta dalle prove ematologiche nel giudizio di disconoscimento della paternità, dopo alterne vicende, si è assestata ormai stabilmente intorno alla nuova disposizione normativa. E tuttavia, ragionando sulla preminenza accordata alla verità biologica, rimane aperta la questione circa la possibilità per il padre naturale di chiedere l'accertamento del rapporto biologico, e quindi il disconoscimento della paternità presunta. La nuova disposizione e la giurisprudenza hanno infatti escluso la legittimazione attiva dello stesso, in quanto portatore di un mero interesse di fatto²⁶. Sì ragionando, al padre biologico sarebbe preclusa altresì l'azione di riconoscimento del figlio legittimo, nato da una donna coniugata²⁷.

²⁵ Sì ragionando, una diversa interpretazione dello stesso principio si risolverebbe in un sostanziale impedimento all'esercizio del diritto di azione, in relazione alla tutela di diritti fondamentali attinenti allo *status*: Cass. 23 febbraio 2016, n. 3479, in *Mass. Giust. civ.* 2016.

²⁶ Cfr. Cass., 8 febbraio 2012, n. 1784, in *Foro it.*, 2012, I, 1033.

²⁷ Invero, la norma prevede sì la possibilità di nominare da parte del PM un curatore speciale abilitato all'esercizio dell'azione; tuttavia tale possibilità non può essere considerata equivalente rispetto alla circostanza in cui sia lo stesso padre naturale ad esperire l'azione, stante l'interesse di cui è direttamente portatore.

La lacuna normativa risulta evidente non appena si consideri che, da un lato, al figlio naturale viene accordata la possibilità di essere riconosciuto dal genitore biologico, in virtù della prova scientifica del DNA, e dall'altro invece, al figlio legittimo, nato in costanza di matrimonio da una donna coniugata, viene negata l'occasione di essere riconosciuto dal padre biologico, nonostante la certezza scientifica data dal medesimo test, prima che venga disconosciuto dai soggetti legittimati all'azione. Tanto emerge dal combinato disposto degli artt. 253 e 231 cod. civ., posto che il legislatore del 2012 nulla ha previsto per quanto riguarda l'inammissibilità del riconoscimento legato alla presunzione di paternità. A ciò si aggiunga che è ragionevole ritenere che il padre naturale non possa neppure contestare la paternità del figlio nato da madre coniugata attraverso l'azione di contestazione dello stato di figlio ai sensi dell'art. 248 c.c., in quanto la paternità può venire meno solo con il vittorioso esperimento dell'azione di disconoscimento e quindi soltanto da parte di quei soggetti legittimati e alle condizioni che le relative norme prevedono²⁸. Da ciò emerge che si continua a dar prevalenza all'interesse del figlio alla conservazione dello stato²⁹ e non già all'interesse all'accertamento della verità della filiazione. In qualche modo si è finito per far rientrare dalla finestra porta ciò che si era fatto uscire dalla porta. Si è ritornati a dare rilevanza al *favor legitimitatis*, senza considerare rilevante la certezza del rapporto di filiazione basato sull'identità cromosomica, comprovato inconfutabilmente dai test genetici. Di conseguenza, la ricerca della verità biologica, e ancor più la garanzia di conoscere le proprie origini e l'effettivo patrimonio genetico, sono risultate ingiustificatamente compresse dalla disposizione che ha impedito di agire all'interessato consapevole del legame biologico, sul presupposto di attribuire ancora una volta rilevanza alla presunzione di paternità.

²⁸ Cfr. Cass. 18 settembre 1986 n. 5661 in *Giust. civ.*, 1986, I, 2068.

²⁹ Sul punto: M. DOSSETTI, *Lo stato di figlio*, cit., 1283 ss.



Sicché ne è risultato compromesso persino il principio dell'uguaglianza dello *status* di figlio, obiettivo primario della riforma. Ed infatti, se da un lato non può dirsi che al figlio è riconosciuto un diritto incondizionato a mantenere uno stato che non corrisponde alla verità biologica³⁰, dall'altro il riconoscimento del diritto del padre naturale a contestare la presunta paternità altrui consegue ragionevolmente alla tutela dell'identità familiare complessivamente intesa. Sì ragionando, l'interesse del genitore biologico ad effettuare il riconoscimento potrebbe certamente prevalere sull'interesse del presunto padre a non disconoscere il figlio legittimo. Del resto l'evoluzione del contesto sociale e delle esigenze sempre mutevoli sentite dalle «nuove famiglie» spingono in tal senso. I nuovi modelli di famiglia pretendono infatti di dare rilevanza alle applicazioni in campo giuridico delle innovazioni del progresso scientifico, giacché queste ultime esprimono, al di là di ogni presunzione, la certezza del rapporto biologico e possono dare concretezza ai più alti principi costituzionali come quello della genitorialità responsabile, dell'uguaglianza e della parificazione giuridica e soprattutto dell'unicità dello *status* di figlio nel rispetto della realtà biologica e naturale.

In tale direzione, occorre precisare che privilegiare il *favor veritatis* e di conseguenza la conformità dello *status* alla realtà biologica della procreazione, non vuole attribuire alla verità un principio preminente o un bene giuridico in sé. Esso mira, al contrario, a realizzare il principio costituzionale di responsabilità nella procreazione, in attuazione del disposto di cui all'art. 30 Cost., secondo cui è dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori dal matrimonio³¹.

³⁰ Specie quando esso si sia formato senza che colui che risulti padre sia consapevole della propria estraneità al concepimento: M. SESTA, *L'accertamento dello stato di figlio dopo il decreto legislativo 154/2013*, in *Fam. e Dir.*, 5/2014, 459.

³¹ E. ZANETTI VITALI, *Il ruolo del giurista nell'accertamento del rapporto biologico di filiazione*, in *Dir. Fam.*, 3/2011, 1360.

4. *Il bilanciamento degli interessi come possibile soluzione per assicurare il diritto all'identità familiare e l'uguaglianza dello status di figlio.*

Al fine di attribuire una rilevanza sostanziale alla verità biologica sarebbe forse auspicabile un'ulteriore riforma volta ad attuare concretamente i principi che possano attribuire al padre naturale il riconoscimento e la certezza del diritto di essere padre, seppur attraverso il filtro del giudice, ispirato all'interesse del figlio³². Pur con le dovute cautele, si potrebbe attribuire anche al padre naturale la legittimazione ad invocare l'azione di disconoscimento di paternità, riconoscendogli un interesse di diritto, per consentirgli successivamente di esperire il riconoscimento. L'auspicabile previsione avrebbe il merito di soddisfare una serie di interessi meritevoli di tutela anche nei confronti del figlio, quali la concreta corrispondenza della propria identità cromosomica, sulla base della certezza biologica data dai test genetici, oltretutto la tutela del nome, di cui, per l'effetto dell'accertamento del rapporto di filiazione, il figlio potrebbe avvalersi³³. Si concretizzerebbe, insomma, l'interesse del figlio naturale a sentirsi e ad essere uguale in modo sostanziale a qualunque figlio legittimo che possa vantare compatibilità genetica e affinità relazionale con il proprio padre.

A ben vedere non si introdurrebbe nell'ordinamento niente di nuovo, in quanto la posizione del figlio riveste già un ruolo decisivo nell'ambito della ricerca della verità, prevista dalle convenzioni internazionali, prima fra tutte l'art. 8 CEDU³⁴. Possono, al riguardo, essere richiamate altresì le

³² V. CARBONE, *Il D.lgs. 154/2013*, cit., 450.

³³ L. BALESTRA, *La dichiarazione giudiziale di paternità e maternità alla luce della riforma della filiazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 4/2014, 1227.

³⁴ Ed infatti anche la Corte europea dei diritti dell'uomo ha affermato la prevalenza della realtà biologica su quella legale derivante da presunzioni, in relazione alla tutela del diritto alla vita privata e familiare a partire dalla celebre sentenza *Kroon c. Paesi Bassi* del



n. 1/2019

disposizioni di cui all'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e l'art. 6 della Convenzione Europea firmata a Strasburgo il 25 gennaio 1996 in ordine all'esercizio dei diritti dei minori³⁵. Per questa via, la disciplina processuale, che legittimerebbe il padre naturale ad esperire il disconoscimento di paternità, potrebbe modellarsi facendo rinvio alla nuova azione del riconoscimento. Innanzitutto potrebbe mutarsi, dalla normativa comunitaria, la rilevanza assunta dall'ascolto del minore³⁶, oggetto di attenzione dalla parte anche della più recente giurisprudenza di legittimità, proprio in ordine alla rilevanza assunta dalla verità biologica nell'azione di riconoscimento³⁷. In tal modo,

27 ottobre 1994: «*In the Court's opinion, "respect" for "family life" requires that biological and social reality prevail over legal presumption which ... flies in the face of both established fact and the wishes of those concerned without actually benefiting anyone*».

³⁵ È bene chiarire che il principio sancito dall'art. 3 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo e ora anche dall'art. 24, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, richiede che in tutti gli atti relativi ai minori, compiuti da autorità pubbliche o istituzioni private, l'interesse superiore del minore sia considerato preminente: O. LOPES PEGNA, *Riforma della filiazione e Diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int.*, 2/2014, 402.

³⁶ Principio sancito dalla Convenzione di New York del 1989 sui diritti del fanciullo, all'art. 12, dalla Convenzione di Strasburgo sull'esercizio dei diritti del fanciullo del 1996 all'art. 6 e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea all'art. 24. In particolare è stato rilevato che l'audizione del minore nelle procedure giudiziarie che li riguardano e in ordine al loro affidamento ai genitori è divenuta comunque obbligatoria, per cui deve procedersi, salvo che possa arrecare danno al minore stesso, cfr. O. CLARIZIA, *Innovazioni e problemi*, cit., 609.

³⁷ La Suprema Corte ha infatti sostenuto che l'ascolto del minore è particolarmente rilevante tanto da essere il portato della priorità dell'interesse del minore stesso al riconoscimento della paternità naturale, come complesso dei diritti che a lui derivano dal riconoscimento e in particolare del diritto all'identità personale nella sua precisa ed integrale dimensione psico-fisica: Cass. 7 ottobre 2014 n. 21101, in *Foro.it* 2014, 11, I, 3077; Cass. 30 luglio 2014 n. 17277, in *Dir. e Giust.* 31 luglio 2014. Recente giurisprudenza di legittimità si è pronunciata sul punto riconoscendo proprio nel giudizio

l'interessato sarebbe ammesso ad azionare le sue pretese in sede di merito e citare in giudizio direttamente il preteso figlio naturale (se maggiore di età) o chi esercita già la responsabilità genitoriale sul minore. Con riferimento alla consulenza medica d'ufficio, posto l'elevato livello di affidabilità della medesima e l'alta considerazione che la stessa giurisprudenza le ha attribuito anche nel bilanciamento di eventuali interessi in conflitto³⁸, potrebbe prevedersi la sua ammissione da parte del giudice previa valutazione in ordine a tutti i mezzi di prova idonei a far apparire possibile la paternità.

di disconoscimento di paternità la necessità della audizione del minore alla stregua di una primaria fonte di prova per fondare il convincimento del giudice. Si tratta della sentenza Cass. 7 marzo 2017, n. 7765, in *www.cortedicassazione.it* ove, richiamandosi il costante orientamento giurisprudenziale, è stato ribadito che l'accertamento in concreto dell'interesse del minore rappresenta un passaggio necessario per il suo sviluppo complessivamente inteso, tanto da considerare la sua audizione non già un mero adempimento formale ma un presupposto di validità dell'intero procedimento.

³⁸ Il bilanciamento di eventuali interessi in conflitto è stato infatti risolto dalla giurisprudenza di legittimità, che in più occasioni ha precisato che il prelievo di campioni ematici non integra di per sé violazione del diritto alla riservatezza, dal momento che l'uso dei dati genetici nell'ambito del giudizio è rivolto essenzialmente a fini di giustizia e inoltre il sanitario, chiamato a compiere l'accertamento, è tenuto al segreto professionale ed al rispetto della disciplina in materia di protezione dei dati personali (Cass. 21 maggio 2014, n.11223, in *Dir. e Giust.* 10 settembre 2014). A conferma della rilevanza attribuita ai test genetici, recente giurisprudenza di legittimità ha poi sostenuto che il decesso del preteso padre non rappresenta un ostacolo all'ammissione delle prove genetiche in quanto l'esperimento delle stesse può essere reso possibile previa esumazione della salma e a prescindere dal consenso dei congiunti del defunto. V. sul punto L. BALESTRA, *La dichiarazione giudiziale di paternità*, cit., 1232. Nello stesso senso di ampliare l'ambito di rilevanza della prova genetica, discutibile giurisprudenza di merito ha infine sostenuto l'utilizzabilità delle risultanze tecniche pur se provenienti dagli stretti parenti del presunto padre naturale, deceduto al tempo dell'instaurazione del giudizio. Tale orientamento è stato tuttavia criticato per il timore che la comparazione trasversale del materiale genetico possa condurre a risultati non infallibili, oppure a svelare realtà biologiche sconosciute, di altri soggetti, estranei al giudizio di accertamento della paternità. V. E. ZANETTI VITALI, *Il ruolo del giurista*, cit., 1368.

Occorre, ad ogni modo, rifuggire da qualsiasi automatismo nella valutazione dell'interesse del minore rispetto alla prevalenza della verità biologica. Di guisa che il solo fondamento biologico della filiazione non potrebbe essere considerato sufficiente a giustificare l'attribuzione dello *status*, qualora la pur spontanea assunzione di responsabilità da parte del genitore naturale non appaia idonea a realizzare l'interesse del figlio³⁹. Ed infatti, a seguito del vittorioso esperimento dell'azione di disconoscimento di paternità, il riconoscimento del padre naturale non avrebbe luogo in via automatica dopo l'espletamento della prova genetica, ma sarebbe autorizzato dal giudice, così come avviene per il riconoscimento giudiziale, a seguito di una attenta valutazione dell'interesse del figlio e del suo eventuale consenso, date le possibili conseguenze dal punto di vista giuridico e psicologico e delle implicazioni che la verità biologica potrebbe ingenerare sullo sviluppo psico-fisico dell'interessato⁴⁰.

In definitiva, anche l'attuale disciplina codicistica limita l'accertamento della verità biologica, nell'ottica ancora di far prevalere l'interesse alla stabilità dei rapporti familiari. Forse una possibile soluzione sarebbe quella di riconoscere, accanto alla tutela della libertà del figlio di agire o meno per l'accertamento della verità, un'analogo tutela nei confronti del padre biologico⁴¹. Ciò può essere perseguito innanzitutto attraverso il ridimensionamento del *favor legitimitatis* in favore

³⁹ E. ZANETTI VITALI, *op. cit. ivi*, 1361.

⁴⁰ Cfr. Cass. 10 maggio 2001, n. 6470, in *Fam. e dir.* 2001, 562. Cass. 22 ottobre 2002, n. 14894, in *Dir. e Gius.*, 2002, 41 - 44. Cass. 8 agosto 2003, n. 11949, in *Gius. civ. Mass.* 7-8 2003. Segnatamente v. Cass. 30 maggio 2013, n. 13638, in *www.neldiritto.it*, ove, facendo applicazione del principio costituzionale di cui all'art. 30 Cost., la Suprema Corte ha riconosciuto la necessità di operare una valutazione generale della situazione del minore al fine di ricercare la soluzione più idonea per conseguire l'interesse del figlio.

⁴¹ Del resto, così come la legge fa sempre salva la libertà del figlio di valutare se agire o meno per l'accertamento della verità, è anche vero che da parte del genitore sussiste analogo interesse all'identità familiare: M. SESTA, *L'accertamento dello stato di figlio*, cit., 464.

dell'interesse del figlio alla certezza della propria identità cromosomica e a garanzia del principio all'uguaglianza dello *status*. Ed in secondo luogo attribuendo al padre naturale un interesse di diritto alla propria identità di padre e più in generale all'identità familiare per garantire la responsabilità genitoriale, sulla base della verità biologica, solo quando la bilancia degli interessi lo consenta⁴².

⁴² Un espresso riconoscimento attribuito al *favor veritatis* nell'ottica del coesenziale bilanciamento di interessi in gioco emerge chiaramente dalla recente Cass. 3 aprile 2017, n. 8617, in www.questionididirittodifamiglia.it.