

e proprie norme giuridiche, non scritte, risultanti da una pratica generale e costante, protratta per un congruo periodo di tempo ed attuata con la convinzione di obbedire ad una regola giuridica.

Gli usi «interpretativi», detti anche «negoziali», consistono, invece, nel modo costante e uniforme con cui determinati affari vengono compiuti o eseguiti dalle parti contraenti, in rispondenza alle condizioni del mercato in cui il negozio si conclude, o alle esigenze tecniche peculiari del commercio di date merci.

Gli usi «interpretativi», peraltro, a differenza degli usi «normativi», non sono considerati precetti giuridici, avendo la funzione di interpretare o di integrare la volontà dei contraenti che vi abbiano fatto tacito riferimento, sia non esponendo la loro intenzione, sia esponendola ambiguamente (in tale senso cfr., ad esempio, già le remote Cass. 7 aprile 1964, n. 764, *id.*, 1964, I, 1661, nonché 17 giugno 1964, n. 1533, *id.*, Rep. 1964, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 230, e 19 gennaio 1965, n. 109, *id.*, Rep. 1965, voce *cit.*, n. 168).

Solo gli usi «normativi», o «giuridici», pertanto, costituiscono fonte sussidiaria di diritto nelle materie non regolate dalla legge e con funzioni integrative del contenuto delle norme scritte (Cass. 21 novembre 1983, n. 6948, *id.*, Rep. 1983, voce *Consuetudine e uso*, n. 3, nonché 17 ottobre 1968, n. 3342, *id.*, Rep. 1968, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 119).

Pacifico quanto precede è palese che allorché l'art. 1498, 2° comma, c.c. fa salvi «gli usi diversi» lo stesso richiama non — come afferma il giudice *a quo* — gli usi negoziali, tra le parti, ma solo eventuali usi «normativi» o «giuridici» (che per alcuni «affari» derogano alla (sola) previsione contenuta nello stesso art. 1498, 2° comma, c.c.) (cfr. Cass. 22 maggio 1980, n. 3396, *id.*, 1980, I, 2149).

Deve escludersi — contemporaneamente — che per effetto della prassi, instauratasi tra l'acquirente e il venditore, prassi in forza della quale l'acquirente provvedeva al pagamento del corrispettivo dovuto a titolo di prezzo nel luogo del proprio domicilio, a mani di un rappresentante del venditore, le parti avessero «contrattualmente» fissato in Roma, luogo del domicilio dell'acquirente, il luogo di adempimento dell'obbligazione di pagamento del prezzo (a norma dell'art. 1498, 1° comma, c.c.).

Come in molteplici occasioni affermato dalla costante giurisprudenza di questa corte — che merita in questa sede di essere confermata — infatti, deve ribadirsi che nelle cause concernenti il pagamento del prezzo di una compravendita, poiché ai sensi dell'art. 1498, 3° comma, c.c. il pagamento, ove non debba aver luogo al momento della consegna, deve essere effettuato al domicilio che il venditore ha al momento in cui il relativo credito diviene esigibile, a tale luogo occorre avere riguardo per la determinazione del *forum destinatae solutionis* anche se sia prevista per il debitore la possibilità di eseguire il pagamento nel suo stesso domicilio o nel luogo del suo domicilio nelle mani di un agente o rappresentante del venditore, ove tale modalità di pagamento non sia convenzionalmente prevista a carattere esclusivo e con la contestuale rinuncia del venditore al *forum* previsto dall'art. 1498, 3° comma (e 1182) c.c. (tra le tantissime, in tale senso, Cass. 24 febbraio 1988, n. 1978, *cit.*, nonché, sempre nel senso che non integra deroga al principio generale del *forum solutionis* ex art. 1182, 3° comma, e 1498, 3° comma, c.c. il versamento in contanti del prezzo effettuato nel domicilio dell'acquirente ad un incaricato del venditore, trattandosi di circostanza contingente, di per sé inidonea ad evidenziare una clausola contrattuale diretta a superare il predetto principio, Cass. 5 giugno 1984, n. 3404, *id.*, Rep. 1984, voce *Competenza civile*, n. 60, e 28 aprile 1981, n. 2569, *id.*, Rep. 1981, voce *cit.*, n. 107).

Perché — pertanto — sia escluso, al fine di determinare la competenza per territorio ex art. 20 c.p.c., il foro costituito dal domicilio del creditore quale luogo dell'adempimento a norma dell'art. 1182 c.c., non è sufficiente — come invoca la difesa del resistente — l'esistenza di un patto che preveda la possibilità, per il debitore, di adempiere in altro luogo — ad esempio, nella specie, nel luogo della propria residenza — ma è indispensabile, altresì, che tale luogo di adempimento sia previsto in modo esclusivo (cfr., del resto, esattamente in tal senso, Cass. 9 febbraio 1995, n. 1472, *id.*, Rep. 1995, voce *cit.*, n. 77, nonché 19 maggio 1990, n. 4536, *id.*, Rep. 1990, voce *cit.*, n. 63).

IL FORO ITALIANO — 1999.

Premesso quanto sopra si osserva che la disciplina dell'art. 1182, 3° comma, c.c., per cui l'obbligazione di denaro va adempiuta nel domicilio che il creditore ha al tempo della scadenza, si applica anche alla ipotesi della cessione del credito, solo che sussistano i due presupposti della conoscenza dello spostamento del luogo di pagamento e della mancanza di aggravio per il debitore (così, in termini, Cass. 18 febbraio 1972, n. 467, *id.*, Rep. 1972, voce *Obbligazioni in genere*, n. 29, e, in precedenza, 19 luglio 1957, n. 3026, *id.*, Rep. 1957, voce *Competenza civile*, n. 248).

Deriva, da quanto premesso, una volta pacifico in causa, da un lato, che nelle fatture inviate al debitore si dava notizia della cessione del credito, dall'altro, che l'originario creditore aveva sede in città diversa da Roma (in particolare S. Stefano Ticino, provincia di Milano) (per cui lo spostamento del luogo di adempimento dell'obbligazione non costituiva un aggravio per il debitore), che deve dichiararsi, come anticipato, la competenza del Tribunale di Modena, luogo in cui ha la propria sede la creditrice C.R.C. s.p.a.

Irrilevante, al fine di pervenire ad una diversa definizione della lite — da ultimo — è il principio enunciato da questa corte con la propria sentenza 10 febbraio 1995, n. 1499, *id.*, Rep. 1995, voce *Cessione dei crediti*, n. 10 (richiamata negli scritti difensivi di parte resistente).

In quell'occasione — in particolare — questa corte ebbe ad affermare che in tema di cessione dei crediti il debitore ceduto può opporre al creditore cessionario le eccezioni opponibili all'originario creditore, compresa quella relativa alla clausola riguardante il foro esclusivo pattuito tra le parti.

Poiché — come osservato sopra — nel caso concreto la Bellucci e la società Ultrocchi carni non avevano affatto previsto come esclusiva forma di adempimento delle obbligazioni del primo nei confronti della seconda il pagamento a mani di un rappresentante del venditore in Roma, con conseguente espressa rinuncia del creditore al foro del suo domicilio, è evidente la non applicabilità alla presente fattispecie del richiamato principio di diritto.

4. - In accoglimento del ricorso, in conclusione, deve dichiararsi la competenza del presidente del Tribunale di Modena ad emettere l'ingiunzione opposta.

CORTE DI CASSAZIONE; sezione I civile; sentenza 16 marzo 1999, n. 2315; Pres. ROCCHI, Est. GRAZIADEI, P.M. PALMIERI (concl. conf.); Pizzetti (Avv. GARINI, BIAGETTI) c. Anselmi (Avv. SPAZIANI TESTA, GUARNERI). *Cassa App. Brescia 14 giugno 1995 e decide nel merito.*

Filiazione — Consenso del marito alla fecondazione artificiale della moglie — Successiva azione di disconoscimento di paternità — Inammissibilità (Cost., art. 2, 30, 31; cod. civ., art. 235).

Il marito, dopo aver validamente prestato il proprio consenso alla fecondazione assistita della moglie con seme di donatore ignoto, non ha azione per il disconoscimento della paternità del bambino concepito per effetto di tale inseminazione. (1)

(1) La sentenza può leggersi in *Foro it.*, 1999, I, 1834, con nota di E. SCODITTI. Se ne riproduce la massima per pubblicare la nota di F. DI CIOMMO.

* * *

Fecondazione eterologa, disconoscimento di paternità e tutela del minore.

I. - *Epifania e complessità della questione.* Il problema affrontato dalla sentenza in rassegna — limiti al disconoscimento di paternità in caso di fecondazione eterologa — non è affatto nuovo, eppure crea

interrogativi che sembrano ancora lungi dal trovare una soluzione definitiva (1). La questione si ripropone già da alcuni decenni, tanto in ambito parlamentare (2), quanto nelle aule dei tribunali (3) e nei connessi accademici (4).

Il dibattito si presenta complesso, in quanto coinvolge profili di natura religiosa, etica, politica, nonché di ordine pubblico. La legislazione italiana è, da tempo, in notevole ritardo nel campo della regolazione giuridica della bioetica. Desta preoccupazione, anche in relazione ad altri ordinamenti (5), l'assenza nel nostro sistema civile di regole certe in materia di tutela dell'embrione, maternità assistita, tutela dell'integrità genetica, medicina predittiva, diagnosi e terapia prenatale, consenso informato del malato al trattamento terapeutico e alla sperimentazione, accanimento terapeutico nei confronti di malati terminali (6). Merita, d'altro canto, (ma una rondine non fa primavera) di essere segnalata la recente disciplina sulla donazione di organi *post mortem*; nonché il progetto di legge, approvato dalla camera a fine maggio — e tuttora in discussione in senato —, che, nel tentativo di disciplinare la fecondazione assistita, vieta (seppure con modalità singolari) la fecondazione eterologa (7).

La preoccupazione è aggravata dalla diffusa consapevolezza in ordine alla crescente difficoltà con cui, in mancanza di un intervento legislativo, il sistema in futuro potrà rispondere — avvalendosi di meri adattamenti interpretativi — a tutte le domande che le nuove biotecnologie pongono (8). Esempio concreto di tale difficoltà è proprio la sentenza in rassegna. Essa — va subito detto — rappresenta per la giurisprudenza

italiana un *leading case*, in quanto afferma, per la prima volta, che il marito, il quale abbia prestato un valido consenso preventivo alla fecondazione eterologa della moglie (*id est*, impianto di seme di donatore anonimo), non può esercitare azione di disconoscimento di paternità (9). La difficoltà cui va incontro l'interprete si palesa nel difficile percorso argomentativo che la Suprema corte ha dovuto tracciare nel tentativo di giustificare una decisione che, in linea di principio, pare ineccepibile e che ha invece consentito, alla prima dottrina che l'ha commentata, di formulare, secondo valutazioni di stretto diritto, più di un rilievo critico (10).

II. - *L'art. 235 c.c. e i dubbi ermeneutici*. Dal punto di vista positivo e sistematico, la questione principale verte sulla corretta interpretazione e applicazione dell'art. 235 c.c. e dunque sulla possibilità, per il marito che vanti uno dei requisiti di cui alla norma in parola (nel caso di specie, *impotentia generandi*), di esperire, ai sensi di tale disposizione, azione di disconoscimento nei confronti del figlio nato in costanza di matrimonio, ma in seguito ad inseminazione eterologa. La riflessione e il dibattito dottrinale coinvolgono, altresì, problematiche quali l'indisponibilità degli status familiari, la responsabilità di chi agisce *contra factum proprium*, il diritto di avere una famiglia, il rapporto tra *favor veritatis* e *favor legitimitatis*, l'applicazione analogica delle norme di legge e il potere-dovere dei giudici di colmare le eventuali lacune dell'ordinamento. Occorre, però, partire dall'analisi dell'art. 235 e dal corretto inquadramento dell'azione di disconoscimento per cogliere il senso delle prime e più importanti determinazioni assunte dalla corte nella pronuncia in epigrafe.

Tradizionalmente, il fondamento del disconoscimento è stato individuato nella violazione del dovere di fedeltà coniugale, sì che l'azione — secondo parte della dottrina — deve escludersi qualora la gravidanza della moglie dipenda da violenza carnale o da fecondazione eterologa praticata con il consenso del marito (11). Tale dottrina concorda con la Cassazione, laddove essa sostiene che l'art. 235 non potrebbe estendersi ad una tecnica che, all'epoca a cui risale il codice civile, era sconosciuta. Ciò anche in virtù della considerazione per cui, non avendo la riforma del 1975 sostanzialmente inciso sulla regolamentazione della materia, e sull'art. 235 in particolare, essa avrebbe lasciato il disconoscimento proponibile solo nel caso di adulterio della moglie, laddove «l'inseminazione artificiale (al contrario esprime) un progetto di maternità basato proprio sul rifiuto di ricorrere all'infedeltà coniugale per procreare». Per cui si conclude nel senso che «l'inseminazione, globalmente intesa, non rientra in via immediata e diretta nelle previsioni dell'art. 235 c.c.» (12).

Questa soluzione appare tutt'altro che pacifica e non è condivisa da altra dottrina almeno in virtù di due considerazioni di carattere ermeneutico — una sistematica, l'altra storica — tra loro complementari.

(9) *Contra*, Trib. Roma 19 aprile 1956, cit.; Trib. Cremona 17 febbraio 1994, *Foro it.*, 1994, I, 1576 (per ulteriori riferimenti, v. E. BRUNETTI, *id.*, 1997, I, 1678), nonché App. Brescia 10 maggio 1995, *id.*, Rep. 1997, voce *Filiazione*, n. 36, e, con data 14 giugno 1995, *id.*, Rep. 1996, voce cit., nn. 36, 37, e *Giur. it.*, 1997, I, 2, 48, con nota di G. CATTANI; *Famiglia e dir.*, 1996, 34, con nota di M. DOGLIOTTI; *Nuova giur. civ.*, 1997, II, 167, con nota di G. FERRANDO.

(10) Per i primi commenti alla sentenza in rassegna, v., in senso critico, A. FINOCCHIARO, *La Cassazione non può svolgere una supplenza nelle funzioni riservate al legislatore*, in *Guida al dir.*, 1999, fasc. 12, 54; nonché SCODITTI, *op. cit.*; mentre in senso sostanzialmente adesivo, P. SCHLESINGER, *Inseminazione eterologa: la Cassazione esclude il disconoscimento di paternità*, in *Corriere giur.*, 1999, 401.

(11) Così C.M. BIANCA, *La famiglia. Le successioni*, in *Diritto civile*, Milano, 1989, II, 284, 300. V. anche TRABUCCHI, *op. cit.*; *Id.*, *Istituzioni di diritto civile*, 35ª ed., Padova, 1994, 287. Cfr. A.E. GRANELLI, *L'azione di disconoscimento di paternità*, Milano, 1966. *Contra*, la dottrina in proposito citata da BRUNETTI, *op. cit.*, cui adde, P. PERLINGIERI-F. PROSPERI, in *Manuale di diritto civile* a cura di P. PERLINGIERI, Napoli, 1997, 828, per cui tale ricostruzione concettuale appariva corretta prima della riforma del 1975, poiché l'azione di disconoscimento spettava soltanto al marito, mentre oggi la spettanza dell'azione anche alla moglie prova che il disconoscimento non deve essere più inteso come sanzione della infedeltà coniugale.

(12) V. la dottrina in proposito indicata da BRUNETTI, *op. cit.*, 2079, cui adde, SCHLESINGER, *op. cit.*; G. BISCANTINI, *La filiazione legittima*, in *Il diritto di famiglia*, III. *Filiazione e adozione* trattato diretto da G. BONILINI e G. CATTANEO, Torino, 1997, 56; S. PICCININI, *Fecondazione artificiale eterologa e disconoscimento della paternità*, in *Giust. civ.*, 1995, II, 343; G. FERRANDO, *Il «caso Cremona»: autonomia e responsabilità nella procreazione*, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, 996; *Id.*, *Procreazione artificiale, consenso del marito e disconoscimento di paternità*, in *Nuova giur. civ.*, 1994, I, 545; M. DOGLIOTTI, *Inseminazione eterologa e azione di disconoscimento: una sentenza da dimenticare*, in *Famiglia e dir.*, 1994, 182; P. D'ADDINO SERRAVALLE, *L'individuazione della madre e del padre con riferimento all'inseminazione artificiale eterologa*, in *Rass. dir. civ.*, 1987, 604; L. RUBINO, *Rilevanza giuridica degli accordi in tema di fecondazione artificiale*, in *Dir. famiglia*, 1987, 1337; E. LA ROSA, *Inseminazione artificiale e presunzione di legittimità*, in *Legalità e giustizia*, 1984, 802.

(1) Sulle proposte di legge aventi ad oggetto la regolamentazione della materia, v., *ex multis*, G.M. ARMONE, *Procreazione assistita e trattamento degli embrioni umani. Prospettive di regolamentazione*, in *Riv. critica dir. privato*, 1995, 331; F.D. BUSNELLI, *Opzioni e principi per una disciplina normativa delle biotecnologie avanzate*, *id.*, 1991, 283; P. PALMERI, *Quale legge in materia di inseminazione artificiale?*, *id.*, 1989, 673; F. DALL'ONGARO, *La fecondazione artificiale ed il lavoro della commissione Santosuosso*, in *Dir. famiglia*, 1987, 1055; G. FERRANDO, *L'inseminazione eterologa nella coppia coniugata: spunti per una riflessione sulle proposte di legge*, *ibid.*, 1149; G. ASCONE - L. ROSSI CARLEO, *La procreazione artificiale: prospettive di una regolamentazione legislativa nel nostro paese*, Napoli, 1986, 39; P. ZATTI, *Artificio e «natura» nella procreazione (note a margine dei progetti legislativi)*, in *Riv. critica dir. privato*, 1986, 671.

(2) In occasione della riforma del diritto di famiglia del 1975, il governo intendeva presentare un emendamento tendente ad ammettere l'azione di riconoscimento «se il figlio è nato per effetto di inseminazione artificiale eterologa della moglie non consentita dal marito», ma il progetto fu abbandonato per il timore che, così facendo, si legalizzasse, seppure indirettamente e tacitamente, l'indesiderata pratica. V. A. e M. FINOCCHIARO, *Riforma del diritto di famiglia*, Milano, 1975, II, 67.

(3) Delle poche pronunce italiane in materia (per le quali v. *infra*), la prima è Trib. Roma 19 aprile 1956, *Foro it.*, 1956, I, 1212, e, con data 30 aprile 1956, *Giust. civ.*, 1956, I, 1612, con nota di V. SGROI; *Dir. e giur.*, 1956, 493, con nota di V. CARBONE; *Giur. it.*, 1957, I, 2, 218, con nota di A. TRABUCCHI.

(4) *Ex ceteris*, v. P. RESCIGNO, *Il danno da procreazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, 614; G. GONELLA, *Dell'illegittimità dell'inseminazione artificiale nel matrimonio*, in *Riv. dir. matrim.*, 1953, 191; S. LENER, *Matrimonio, fedeltà coniugale e inseminazione artificiale*, in *Civiltà cattolica*, 1959, III, 59; S. RICCIO, *Fecondazione artificiale e adulterio*, in *Arch. pen.*, 1950, I, 18; U. MAJELLO, *Inseminazione artificiale e adozione*, in *Studi senesi*, 1964, 115.

(5) Per alcuni brevi spunti comparativi, v. E. SCODITTI, *«Consensus facit filios»*, I giudici, la Costituzione e l'inseminazione eterologa, in *Foro it.*, 1999, I, 1835, cui adde un'osservazione riguardante la Confederazione elvetica, dove, fin dal 1º gennaio 1978, l'art. 256 c.c. dichiara improponibile l'azione di disconoscimento da parte del marito che abbia manifestato preventivamente il suo consenso all'inseminazione eterologa della moglie. Attenzione merita, altresì, l'ordinamento tedesco, nel quale, al contrario, la l. n. 745 del 1990, detta *Embryonenschutzgesetz*, non disciplina affatto il consenso all'inseminazione eterologa.

(6) V. C.M. MAZZONI, *Diritti della personalità*, in *Istituzioni di diritto privato* a cura di M. BESSONE, 3ª ed., Torino, 1996, 108.

(7) La legge sul «prelievo di organi e tessuti da soggetto del quale sia stata accertata la morte» è la n. 91 del 1º aprile 1999, *Le leggi*, 1999, I, 1119, in vigore dal 16 aprile. Il progetto di legge (n. 214/C, n. 4048/S) sulla procreazione medicalmente assistita — presentato da M.C. Secca alla camera, ivi approvato il 26 maggio 1999, assegnato in data 2 giugno alla commissione igiene e sanità del senato in sede referente — rappresenta il testo unificato delle più recenti proposte di legge in materia.

(8) Così, *ex multis*, P. ZATTI-V. COLUSSI, *Lineamenti di diritto privato*, 6ª ed., Milano, 1997, 871; nonché C.M. BIANCA, *Stato delle persone*, in *Procreazione artificiale e interventi nella genetica umana*, Atti del convegno di Verona, Padova, 1987. Parzialmente difforme l'opinione di S. ROBOTÀ, *Modelli culturali e orizzonti della bioetica*, in *Questioni di bioetica*, Bari-Roma, 1993, 422, a detta del quale l'incrizia del legislatore lascia spazio alla «supplenza dei giudici» che può «garantire una maggiore aderenza alla situazione concreta, evitando di irrigidire la regola e consentendo così una sua continua adattabilità». Cfr. A. GARAPON, *I custodi dei diritti*, Milano, 1997, 140.

La prima: il fondamento dell'art. 235 non va individuato nell'adulterio, bensì nella semplice assenza di un rapporto biologico tra figlio e marito, in quanto l'intero diritto di famiglia è incentrato sul criterio del *favor veritatis*, prevalente rispetto al *favor legitimitatis* (13), motivo per cui gli *status* sono ontologicamente indisponibili (14). La seconda: il legislatore del 1975, nel decidere di non inserire, tra le ipotesi previste dall'articolo citato, l'inseminazione eterologa, ha attuato una scelta politica volta a non incoraggiare il fenomeno, ma — e gli atti dei lavori preparatori lo confermerebbero — era ben consapevole dell'afferenza della problematica al campo di applicazione della norma in parola (15).

Nell'economia del prospettato dibattito, un ruolo importante va riconosciuto alla pronuncia (26 settembre 1998, n. 347) con cui, di recente, la Corte costituzionale ha affrontato il problema dell'applicazione dell'art. 235, 1° comma, n. 2, al caso di fecondazione eterologa con marito consenziente, fornendo gli spunti dai quali è partita la Cassazione per affermare il principio riassunto in massima (16). Nel caso ora citato, il Tribunale di Napoli rimettente chiedeva al giudice delle leggi di esprimersi sulla legittimità dell'art. 235 — «nella parte in cui non preclude l'azione per il disconoscimento di paternità al padre legittimo, che abbia prestato il consenso all'inseminazione eterologa della moglie» — in relazione agli art. 2, 3, 29, 30 e 31 Cost. (17). Secondo il giudice *a quo*, «è interesse del minore non vedersi privato del nome, dell'identità personale e della stessa possibilità di avere un padre, [e inoltre] risponde a fondamentali principi costituzionali che ogni figlio abbia diritto ad essere mantenuto, istruito ed educato dai propri genitori, tali dovendosi considerare quelli che hanno preso la decisione della sua procreazione; mentre nessun rapporto di paternità potrebbe essere instaurato con il padre biologico».

La Consulta ha reputato la questione inammissibile, in quanto l'art. 235, 1° comma, n. 2, «riguarda esclusivamente la generazione che segue ad un rapporto adulterino, ammettendo il disconoscimento di paternità in tassative ipotesi, quando le circostanze indicate dal legislatore facciano presumere che la gravidanza sia riconducibile, in violazione del dovere reciproco di fedeltà, ad un rapporto sessuale con persona diversa dal coniuge». Inoltre, la corte ritiene che, in caso di fecondazione eterologa, il marito non possa operare il disconoscimento ai sensi dell'art. 235, in quanto «la possibilità che ipotesi nuove, non previste al tempo dell'approvazione di una norma, siano disciplinate dalla stessa non è da escludersi in generale. Ma tale possibilità implica un'omogeneità di elementi essenziali e un'identità di *ratio*; nella cui carenza l'estensione della portata normativa della legge si risolverebbe in un arbitrio».

È evidente come la Cassazione, nella sentenza in epigrafe, abbia speso in pieno le argomentazioni della Consulta ed abbia accolto l'invito (rivolto ai giudici di merito e legittimità) a «ricercare nel complesso sistema normativo l'interpretazione idonea ad assicurare la protezione» dei diritti del neonato in relazione alla sua formazione (previsti in particolare agli art. 30 e 31 Cost.), e, ancor prima, «dei suoi diritti (tutelati

dall'art. 2 Cost.) nei confronti di chi si sia liberamente impegnato ad accoglierlo assumendone la relativa responsabilità» (18).

III. - *Responsabilità e «favor veritatis»*. Chi sostiene la possibilità del disconoscimento — oltre che su un'interpretazione dell'art. 235 diversa da quella fornita dalla citata sentenza della Corte costituzionale — fonda le sue convinzioni su altri argomenti. Si dice, in particolare, che la possibilità di considerare legittimo il figlio, avuto dai coniugi con l'intervento di un donatore anonimo che abbia fornito il liquido seminale, si scontra con la verità che deve caratterizzare lo stato di filiazione, quale espressione del principio di responsabilità per il fatto della procreazione (19). Per cui, il consenso del marito alla fecondazione eterologa della moglie non impedirebbe allo stesso di disconoscere il nato, in quanto in tale ipotesi il marito non è genitore biologico, poiché il seme è del donatore (20), mentre quest'ultimo assumerebbe una responsabilità della quale potrebbe essere chiamato a rispondere. Inoltre si sostiene che, a ritenere il contrario, si finisce per ammettere che lo *status* di figlio legittimo, invece che dipendere dal fatto della procreazione, dipenda direttamente da un atto negoziale, per definizione strumento di autonomia privata (21).

Tali argomenti si prestano a più di un rilievo critico. Nel caso di fecondazione eterologa, infatti, pare evidente che il donante non possa essere ritenuto responsabile di alcunché, visto che egli mette a disposizione i gameti non per soddisfare propri scopi egoistici, bensì per assecondare un desiderio di paternità e maternità altrui (22). Va, inoltre, considerato che la *datio seminis* non è da sola sufficiente, né necessaria (vista la sua fungibilità), per dar corso alla procreazione. Al contrario, il principio della responsabilità per procreazione potrebbe a buon ragione operare contro il marito che ha fornito il suo «necessario» consenso, in quanto *protestatio contra factum proprium non valet* (23), ovvero in quanto l'accordo tra i coniugi sarebbe riconducibile al novero di quelli previsti dall'art. 144 c.c., e come tale giuridicamente vincolante (24).

(18) Per ROMBOLI, *op. cit.*, la pronuncia 347/98 «ha in realtà il contenuto di una sentenza interpretativa di rigetto, attraverso la quale la corte giunge in pratica al risultato cui tendeva il giudice *a quo*». *Contra*, A. FINOCCHIARO, *op. ult. cit.*; nonché D'AVACK, *op. cit.* Cfr. MOROSINI, *op. cit.*, 23-27; CIANI, *op. cit.*, 42; SCODITTI, *op. cit.*, cui si rinvia anche per ulteriori richiami.

(19) Così PERLINGIERI-PROSPERI, *op. cit.*, 823 s., nonché G. AUTORINO STANZIONE, *Diritto di famiglia*, Torino, 1997, 264.

(20) Trib. Rimini 24 marzo 1995, *Foro it.*, Rep. 1996, voce *Filiazione*, n. 35; *Dir. famiglia*, 1996, 569, con note di UDA e TOSTI; *Famiglia e dir.*, 1996, 39, con nota di M. DOGLIOTTI, ha sostenuto che «il consenso del marito all'inseminazione eterologa [...] costituisce elemento integrante la fattispecie di reato di alterazione di stato». Cfr. A. GORASSINI, *Procreazione* (dir. civ.), voce dell'*Enciclopedia del diritto*, Milano, 1987, XXXVI, 944. Al riguardo si è osservato che, a rigor di logica, ammesso tale principio bisognerebbe punire anche la madre che, consapevole dell'adulterio, abbia dichiarato all'anagrafe il figlio come legittimo, nonché il marito che scientemente abbia accettato tale situazione (così DOGLIOTTI, *op. ult. cit.*, 46).

(21) Ma sul principio (o forse dogma) dell'indisponibilità degli *status* familiari, una rimeditazione si impone, in virtù della possibilità, riconosciuta dall'ordinamento ai genitori biologici, anche coniugati, di non risultare, se lo vogliono, nell'atto di nascita. V. il richiamo, contenuto nel testo, alla l. 15 maggio 1997 n. 127 che ha modificato l'art. 70 ord. stato civ. Cfr. SCHLESINGER, *op. cit.*, 402; M. SESTA, *Le azioni di disconoscimento*, in *Trattato di diritto privato* diretto da RESCIGNO, 2ª ed., Torino, 1997, IV, 72; G. ALFA, «*Status*» e *capacità*, Roma-Bari, 1993, 56; A. CORASANITI, *Stato delle persone*, voce dell'*Enciclopedia del diritto*, Milano, 1990, XLIII, 948; Id., *Lezioni di diritto di famiglia*, Padova, 1997, 72; P. VERCELLONE, *Procreazione artificiale*, voce del *Digesto civ.*, Torino, 1997, XV, 313. Sull'indisponibilità degli *status* per mero consenso, v. Trib. Monza 27 ottobre 1989, *Foro it.*, 1990, I, 298, con nota di G. PONZANELLI; *Nuova giur. civ.*, 1990, I, 355, con nota di A. LIACI; *Giur. merito*, 1990, 240, con nota di M.G. MAGLIO; *Giur. it.*, 1990, I, 2, 296, con nota di G. PALMERI; *Giust. civ.*, 1990, I, 478, con nota di F.M. CERVELLI; *Dir. famiglia*, 1990, 173, con nota di M. VENTURA.

(22) In dottrina, ritengono improponibile l'affermazione della paternità del donatore, LA ROSA, *Inseminazione artificiale e presunzione di legittimità*, cit., 811; VERCELLONE, *La filiazione*, cit., 321; D'AVACK, *op. cit.*; A. TRABUCCHI, *Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, I, 495; Id., *La procreazione e il concetto giuridico di paternità e maternità*, id., 1982, I, 597; Id., *Inseminazione artificiale* (dir. civ.), voce del *Novissimo digesto*, Torino, 1962, VII, 732. *Contra*, N. COVIELLO, *Il nome della persona*, in *Dir. famiglia*, 1986, 278; T. AULETTA, *Fecondazione artificiale: problemi e prospettive*, in *Quadrimestre*, 1986, I; GORASSINI, *Procreazione* (dir. civ.), cit., nota 104; Id., *Procreazione artificiale eterologa e rapporti parentali primari*, cit., 1258.

(23) Così, *ex ceteris*, MOROSINI, *op. cit.*, 29, e TRABUCCHI, nota a Trib. Roma 19 aprile 1956, cit. Cfr. G. FERRANDO, *Prove genetiche, verità biologica e principio di responsabilità nell'accertamento della filiazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1996, 725.

(24) Tale raffinato tentativo di soluzione del problema si deve a RU-

(13) Sul punto, cfr. TRABUCCHI, nota a Trib. Roma 30 aprile 1956, cit., il quale rileva come l'art. 233 c.c. (nella formulazione *ante* riforma, n.d.a.) dichiara legittimo anche il figlio concepito prima (ma nato in costanza) del matrimonio, e ciò in quanto *tanta est vis matrimonii*.

(14) Agli autori in tal senso citati da SCODITTI, *op. cit.*, 836, *adde*, G. MILAN, *Aspetti giuridici della procreazione assistita*, Padova, 1997, 52; A. DE CUPIS, in *Commentario al diritto italiano della famiglia* diretto da CIAN, OPPO, TRABUCCHI, Padova, 1992, IV, sub art. 235, 29; P. VERCELLONE, *La filiazione*, in *Trattato Vassalli*, Torino, 1987, III, 2, 321; A. GORASSINI, *Procreazione artificiale eterologa e rapporti parentali primari*, in *Dir. famiglia*, 1987, 1239; V. LOIACONO, *Inseminazione artificiale* (dir. civ.), voce dell'*Enciclopedia del diritto*, Milano, 1971, XXI, 761; SGROI, *op. cit.*, 1612. *Contra*, Cass. 8 settembre 1995, n. 9463, *Foro it.*, Rep. 1996, voce *Filiazione*, n. 33, *in extenso*, *Giust. civ.*, 1996, I, 407.

(15) V. A. FINOCCHIARO, *op. cit.*; F. SANTOSUOSSO, *Fecondazione artificiale umana*, voce dell'*Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1989, XIV; Id., *La fecondazione artificiale umana*, Milano, 1985, 73; Id., *La fecondazione artificiale della donna*, Milano, 1961; nonché A. e M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, Milano, 1984, II, 1491. V. anche la nota 2.

(16) La sentenza è riportata in *Foro it.*, 1998, I, 3042, con osservazioni di R. ROMBOLI; *Giust. civ.*, 1998, I, 2409, con nota di M.R. MORELLI; *Guida al dir.*, 1998, fasc. 39, 30, con nota di A. FINOCCHIARO; *Corriere giur.*, 1998, 1294, con nota di V. CARBONE; *Vita not.*, 1998, 1481, con nota di M. FINOCCHIARO; id., 1999, 35, con nota di G. CASANO; *Dir. famiglia*, 1999, 12, con note di L. D'AVACK, P. MOROSINI, G. CIANI.

(17) L'ordinanza del Tribunale di Napoli del 2 aprile 1997 è riportata in *Foro it.*, 1997, I, 2677, con nota di E. BRUNETTI; per ulteriori riferimenti, v. la nota di richiami, id., 1998, I, 3042, cui *adde*, E. PALMERI, in *Danno e resp.*, 1998, 73. In seguito a tale ordinanza, la Cassazione, con ord. 18 settembre 1997, *Foro it.*, Rep. 1998, voce *Filiazione*, n. 42, e *Danno e resp.*, 1998, 77, ha rinviato a nuovo ruolo la causa conclusa con la sentenza in epigrafe «in attesa dell'esito del giudizio incidentale instaurato dinanzi alla Corte costituzionale».

In realtà, a chi scrive sembra più corretto ritenere che il principio in parola — il quale, pur trovando nell'art. 30 Cost. solenne affermazione, ha sempre conosciuto diverse eccezioni — sia stato definitivamente superato con l'entrata in vigore della l. 15 maggio 1997 n. 127 (recante misure urgenti per lo snellimento dell'attività amministrativa e dei procedimenti di decisione e di controllo) che nel modificare l'art. 70 ord. stato civ., relativo alle persone tenute a dichiarare la nascita del figlio, ha espressamente stabilito che deve essere sempre rispettata «l'eventuale volontà della madre di non essere nominata». Tale regola, già operante in virtù dell'art. 73, 2° comma, ord. stato civ., per quanto riguarda la nascita di figlio naturale, è stata così estesa alla filiazione legittima. Per questa ragione, e per il radicale stravolgimento che la materia ha subito negli ultimi vent'anni, sarebbe forse corretto rimediare l'intera problematica dei rapporti tra procreazione e dichiarazione all'anagrafe della maternità, nonché le questioni afferenti alla natura e all'efficacia dell'atto di nascita (25).

Più fondato appare l'argomento che fa leva sul *favor veritatis*, in quanto tale principio risulta di sicura vigenza nel nostro ordinamento civile (26). Prova ne siano le due recenti sentenze con cui la Corte costituzionale ha ritenuto illegittimo l'art. 244 c.c. nella parte in cui non dispone — in riferimento, rispettivamente, ai nn. 2 e 3 dell'art. 235 — che il termine annuale per proporre l'azione di riconoscimento decorra dal giorno in cui il marito sia venuto a conoscenza dell'adulterio della moglie (27), ovvero della sua *impotentia coeundi vel generandi* (28). Nella sentenza 170/99, la Consulta — in parziale difformità da quanto affermato nella pronuncia 347/98, precedentemente citata — sostiene che nella considerazione del *favor veritatis* non si debba ravvisare una ragione di conflitto con il *favor minoris*, poiché anzi la verità biologica della procreazione si deve tutelare come interesse preminente del minore, in quanto bisogna garantire al figlio il diritto alla propria identità e precisamente all'affermazione di un rapporto di filiazione veridico (29). E ciò, malgrado «il perseguimento del valore verità determina il sacrificio della posizione familiare, affettiva e socio-economica acquistata [...] dal figlio».

Che il *favor veritatis* costituisca un sicuro principio ed un importante criterio ermeneutico del nostro diritto di famiglia risulta, tra l'altro, evidente se si considera che il riconoscimento di figlio naturale può essere impugnato, per difetto di veridicità, senza limiti di tempo anche dal suo autore ed anche dopo la legittimazione (30). E tale possibilità — secondo il giudice delle leggi — dipende da una scelta consapevole del legislatore che ha voluto agevolare, comunque, la «caducazione di uno status costituito contro verità» (31). Va segnalato, però, che tale

argomento non è condiviso da chi ritiene che si debba distinguere tra l'esercizio dell'azione da parte del riconosciuto o di un terzo, e quello da parte dell'autore del riconoscimento, in quanto quest'ultimo dovrebbe provare, oltre al difetto di veridicità, la sua buona fede all'atto del riconoscimento, in mancanza della quale verrebbe sanzionato, per il fatto illecito perpetrato, con l'improponibilità dell'azione di disconoscimento (32). Va, altresì, rilevato che ai sensi dell'art. 238 c.c. in presenza del duplice supporto probatorio — atto di nascita più conforme possesso di stato — l'apparenza prevale sulla realtà, e ciò in deroga del principio in parola (33). La stessa Consulta, peraltro, cade in apparente contraddizione quando dichiara che l'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità è subordinata alla valutazione dell'interesse del figlio (34).

A ben vedere, nella fattispecie in rassegna, non sembra potersi ritenere operante il principio del *favor veritatis*. Ciò in quanto, se — e non è dato ritenere altrimenti — in esso si identifica la preferenza accordata dall'ordinamento alla verità naturale nei rapporti familiari, mancando, in costanza di fecondazione eterologa, qualsiasi rapporto naturale tra donante e madre, non può che concludersi per l'inesistenza di una *veritas* da salvaguardare e preferire. Pare evidente, infatti, che la donazione in laboratorio del seme non possa in nessun caso, sotto il profilo naturalistico, essere considerata *actio* causale della fecondazione. A meno che non si voglia sottolineare come dietro gli artifici scientifici si nasconda comunque una traccia di rapporto biologico tra donante e figlio. Tale scelta potrebbe anche ritenersi del tutto lecita, e tuttavia sempre di scelta razionale si tratterebbe e non più di verità incontestabile. Infatti, l'unica verità davvero incontestabile *in subiecta materia* è che, nella fecondazione eterologa, le biotecnologie, la scienza e l'opera dei medici svolgono un ruolo non solo caratterizzante, ma anche predominante, rispetto a quello svolto tanto da chi dona il seme quanto dal marito che presta il consenso (35).

IV. - *Le biotecnologie tra diritto e natura*. La materia, come appare evidente da quanto fin qui detto, si presenta oltremodo complessa. Le difficoltà che il diritto incontra a gestire la mutevole realtà, soprattutto a fronte degli scenari recentemente prospettati in campo scientifico, risultano ancor più gravi in merito ai problemi che sorgono quando sia la funzione riproduttiva della madre — invece che quella del padre — ad essere integrata (36). Tale integrazione può avvalersi dell'intervento di una o più donne. La casistica è al riguardo estremamente variegata, potendo, nell'ipotesi più semplice, una coppia (coniugata o no) decidere di trasferire l'embrione, da loro concepito *in vitro*, in un'altra donna (coniugata o no), comunemente definita madre portante, con l'intesa che questa, al termine della gestazione, restituirà il figlio (37). Inoltre,

BINO, *op. cit.*, 1337. Cfr. P. ZATTI, *Persone e famiglia*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. RESCIGNO, Torino, 1996, III, 82; nonché F. SANTORO PASSARELLI, *Commentario al diritto italiano della famiglia*, Padova, 1992, II, *sub art.* 144 c.c., 524.

(25) Secondo BIANCA, *cit.*, 258, «l'atto di nascita, in quanto risultanza ufficiale della posizione di figlio, integra quella titolarità formale cui si riconduce la nozione di stato di figlio». Nel senso di una funzione probatoria dell'atto di nascita, v. A. VIOLANTE, *I rapporti di filiazione e le azioni di Stato*, Napoli, 1984, 5. Per la tesi dell'efficacia costitutiva dello stesso, v. A. CICU, *La filiazione*, Torino, 1951, 5. Cfr. D. BARBERO, *Il sistema del diritto privato*, 1989, 597; A. IANNELLI, *Stato della persona e atti dello stato civile*, Camerino-Napoli, 1984, 158; L. FERRI, *Degli atti dello stato civile*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1973.

(26) Ciò a temperamento del principio cristallizzato nella formula solenne usata dai giureconsulti romani — e tradotta nell'art. 169 del codice del 1865, nonché nell'art. 231 del codice vigente — per cui *pater is est quem iustae nuptiae demonstrant*.

(27) Corte cost. 6 maggio 1985, n. 134, *Foro it.*, 1985, I, 1905, e 2532, con nota di A. AMATUCCI; *Corriere giur.*, 1985, 738, con nota di V. CARBONE; *Giust. civ.*, 1985, I, 2142, con nota di A. FINOCCHIARO; *Giur. it.*, 1985, I, 1153, con nota di A. DE CUPIS; *Dir. famiglia*, 1985, 397, con nota di V. ADAMI. *Contra*, Corte cost. 1° aprile 1982, n. 64, *Foro it.*, 1982, I, 2127, con nota di A. JANNARELLI; *Nuove leggi civ.*, 1982, 1252, con nota di C. EBENE COBELLI.

(28) Corte cost. 14 maggio 1999, n. 170, *Guida al dir.*, 1999, fasc. 21, 88.

(29) Così anche Corte cost. 22 aprile 1997, n. 112, *Foro it.*, Rep. 1997, voce *Filiazione*, n. 42, e, *in extenso*, *Giur. costit.*, 1997, 1073, con nota di D. VINCENZI AMATO.

(30) In senso contrario, è stato sostenuto che il legislatore, più che qualificare la ricerca della verità biologica come valore in sé, pare piuttosto servirsi della stessa in funzione di una regola di condotta: chi ha tenuto comportamenti tali da portare alla nascita di un figlio deve assumersene ogni responsabilità. Così FERRANDO, *Il «caso Cremona»*, *cit.*, 1004. Sull'attuale vigenza del principio del *favor veritatis* nel nostro ordinamento, in senso critico si esprime DOGLIOTTI, *op. ult. cit.*, 36. Cfr. F.M. CIRILLO, *La fecondazione artificiale eterologa ed il rapporto di paternità, nella filiazione legittima e in quella naturale*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, II, 661.

(31) Corte cost. 18 aprile 1991, n. 158, *Foro it.*, Rep. 1991, voce *Filiazione*, nn. 39-41, e, *in extenso*, *Giur. costit.*, 1991, 1373, e 2422, con nota di E. CATERINI. V. anche Cass. 24 maggio 1991, n. 5886,

Foro it., 1992, I, 449. Cfr. U. MAJELLO, *Filiazione naturale e legittimazione*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1982, *sub art.* 263, 135.

(32) V. F.D. BUSNELLI, *La disciplina dei vizi del volere nella confessione e nel riconoscimento dei figli naturali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1959, 1263.

(33) Così, *ex multis*, TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, *cit.*, 289, nota 2, e F. GALGANO, *Diritto privato*, 6° ed., Padova, 1990, 792.

(34) Corte cost. 20 luglio 1990, n. 341, *Foro it.*, 1992, I, 25, con nota di P. FORMICA; *Giust. civ.*, 1990, I, 2485, con nota di B. SASSANI; *Giur. it.*, 1991, I, 1, 625, con nota di L. TRIA; *Vita not.*, 1990, 430, con nota di A. FINOCCHIARO; *Dir. famiglia*, 1990, 1084, con nota di M.T. AMBROSINI, e, da ultimo, *Rass. dir. civ.*, 1992, 834, con nota di G. SCIANCALOPRE. Conf. Corte cost. 27 novembre 1991, n. 429, *Foro it.*, 1992, I, 2908.

(35) SCHLESINGER, *op. cit.*, 403, rileva come in caso di fecondazione eterologa non sia applicabile l'art. 231 c.c., in quanto quest'ultimo si fonda su una presunzione che qui non ha motivo di essere poiché «il figlio [...] non si presume affatto come legittimo (anzi, si sa perfettamente che, biologicamente, non lo è!) [...]». Il figlio è legittimo in forza di una fattispecie [...] fondata sul consenso paterno definitivamente prestato».

(36) Per P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1984, 373, malgrado i problemi giuridici che pone, la fecondazione assistita è un valido strumento per il pieno sviluppo della persona e della coppia.

(37) Il contratto con il quale una donna si obbliga (con o senza corrispettivo) a lasciarsi impiantare un embrione, a portare a termine la gravidanza e a rinunciare ai suoi diritti di madre (c.d. maternità surrogata), è stato ritenuto nullo dalla giurisprudenza italiana che ha rilevato la mancanza di possibilità e liceità dell'oggetto e l'illiceità della causa (v. Trib. Monza 27 ottobre 1989, *cit.*; 17 ottobre 1989, *Foro it.*, Rep. 1992, voce *Filiazione*, n. 33, e, *in extenso*, *Giur. it.*, 1992, I, 2, 72, con nota di M. DOGLIOTTI; *Dir. famiglia*, 1991, 194, con nota di M.C. LANDOLFI). Concorde appare la dottrina: v. PERLINGIERI-PROSPERI, *op. cit.*; BIANCA, *cit.*, 300; nonché, anche per ulteriori richiami, G. PONZANELLI, *Ancora sul caso Baby M.: l'illegittimità dei contratti di «sostituzione di maternità»*, in *Foro it.*, 1989, IV, 293; R. CLARIZIA, *Inseminazione artificiale, contratto di sostituzione di maternità, interesse del minore*, *ibid.*, 299. Per F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 1998, VII, 410, tali patti sarebbero contrari all'ordine pubblico e, se onerosi,

la coppia che desidera avere un figlio, al fine di superare difficoltà procreative, può, oltre a ricorrere all'ovulo fornito dalla stessa donna disposta a curare la gestazione e il parto (c.d. madre portante o surrogata), addirittura utilizzare l'ovulo donato da una terza donna (c.d. madre genetica); in tal modo tre distinte donne contribuiscono alla nascita dell'unico figlio (tecnicamente si parla di *embryo transfer*).

Come è stato osservato, l'interrogativo suscitato dal fenomeno descritto non è tanto quello di dare prevalenza alla certezza formale del rapporto di filiazione rispetto alla verità naturale, quanto quello di determinare quale debba essere il criterio attributivo della maternità, reso ormai incerto dalla «parcellizzazione della funzione procreativa della donna» (38). Un problema attributivo ancor più lacerante si pone — come dimostrato da quanto detto sul finire del precedente paragrafo — nella fecondazione eterologa per quanto riguarda la paternità, poiché anche qui manca la prevalenza del fattore naturale (39), e inoltre sussiste l'impossibilità di rintracciare il donatore del seme (40).

Alla luce di tali considerazioni, pare evidente come il tentativo di armonizzare il *favor veritatis* con la realtà che il progresso biotecnologico ha reso quanto mai multiforme possa risultare non solo un'impresa vana, ma alla fin fine anche un'operazione giuridica inutile e tecnicamente errata. Non è, dunque, la verità biologica quella che l'ordinamento deve tutelare nel caso di fecondazione eterologa. Per definizione, tale tecnica di procreazione si basa sulla separazione della situazione biologica — che perde qualunque significato ed oltretutto, posto l'anonimato del donatore, pare a posteriori indecifrabile — da quella legale che resta l'unica rilevante ai fini dello *status* del nascituro (41). Ciò induce a sostenere che si debba concludere in modo perentorio per la prevalenza del rapporto di diritto su quello naturale (42).

A sostenere detta prevalenza, si è indotti anche in virtù di considerazioni ulteriori, dalle quali si palesano le difficoltà che incontra chi deve gestire, attraverso l'antiquato impianto codicistico, una materia che si presenta in continua evoluzione. L'art. 269, 3° comma, c.c., ad esempio, indica nel parto il criterio determinativo della maternità. Tale regola è espressione di un tempo nel quale era impensabile non collegare al parto «naturale» l'appartenenza del materiale genetico trasmesso al figlio. Tuttavia, oggi, la possibilità di congelare e conservare il liquido seminale o l'embrione consente che il figlio di genitori uniti in matrimonio nasca oltre il periodo di presunzione di legittimità, o addirittura, che la fecondazione del figlio e/o il suo impianto nell'utero materno avvenga ben oltre il decesso del padre e, dunque, dopo lo scioglimento del matrimonio (43). In tali casi, il rapporto di filiazione non può essere posto in dubbio, dato che il padre è l'autore del concepimento, ma ciò impone un'interpretazione adeguatrice degli artt. 231-235 c.c. La stessa interpretazione adeguatrice del diritto di famiglia deve portare a concludere per l'attribuzione della paternità legale, non disconoscibile, a chi abbia prestato il consenso alla procreazione, in qualunque forma attuata, di un essere umano che altrimenti non sarebbe nato.

al buon costume, con applicabilità dell'art. 2035 c.c. Cfr. G. MILAN, *La madre su commissione. Problemi giuridici*, in *Giust. civ.*, 1985, II, 312; F.P. SISTO, *Mater non semper certa est: la gestazione per conto terzi fra (pieni di) scienza e (vuoti di) legislazione*, in *Dir. famiglia*, 1987, 1467; D. CLERICI, *Procreazione artificiale, pratica della surrogata e contratto di maternità: problemi giuridici*, *ibid.*, 1011. In proposito, si registra il diverso orientamento della prevalente giurisprudenza nordamericana, che fa leva sul diritto alla procreazione e sul principio della non ingerenza dello Stato. V., in proposito, anche per ulteriori riferimenti, G. GALIMO, *Biogenetica e dato giurisprudenziale nell'esperienza di «common law»*, in *Vita not.*, 1996, 536.

(38) Così PERLINGIERI-PROSPERI, *op. cit.*

(39) Cfr. V. CARBONE, *È preferibile un padre putativo a quello biologico?*, in *Famiglia e dir.*, 1998, 427.

(40) È stato efficacemente sostenuto, v. S. PATTI, *Verità e stato giuridico della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, 239, che l'anonimato del donatore opera come vera ipotesi «di cancellazione della verità biologica».

(41) Cfr. D. LENZEN, *Alla ricerca del padre*, Roma-Bari, 1994, 313, a detta del quale è cambiata la funzione del padre: oggi è più importante il rapporto umano di quello biologico.

(42) La fecondazione artificiale, come è stato puntualmente rilevato, separa ciò che il sistema tradizionale considerava come unito: la paternità genetica da quella giuridica, la maternità genetica da quella che si esprime nella gravidanza e nel parto. Così ZATTI-COLUSSI, *op. cit.*, 871. Sulla prevalenza del diritto vantato dalla madre uterina su quello della madre genetica, si segnalano contrasti in dottrina. Cfr. BISCONTINI, *La filiazione legittima*, cit.; VERCELLONE, *Procreazione artificiale*, cit., 322; M. COMPORI, *Ingegneria genetica e diritto: profili costituzionalistici e civilistici*, in *Iustitia*, 1985, 312.

(43) Così PERLINGIERI-PROSPERI, *op. cit.*, 826. Per un caso recente, v. Trib. Palermo, ord. 8 gennaio 1999 (*Foro it.*, 1999, I, 1653, con nota di L. NIVARRA, e *Dir. famiglia*, 1999, 226, con nota di A. MIRANDA e G. GALIMO), in cui si è ritenuto che «deve essere accolto il ricorso ex art. 700 c.p.c. presentato da una donna che intende procedere alla procreazione medicalmente assistita dopo il decesso del marito e il diniego del centro di produzione e pertanto deve essere ordinato al centro medesimo di procedere all'impianto degli embrioni».

V. - *Il diritto inviolabile di essere figlio*. Accertato che il rapporto filiale merita oggi di essere fondato su circostanze giuridiche più che su inafferrabili verità fattuali, al fine di suffragare le conclusioni cui si è giunti occorre fare brevemente cenno alla diversa problematica del riconoscimento.

Il riconoscimento è un atto personalissimo, puro (art. 257 c.c.) e irrevocabile (art. 256 c.c.). Parte della dottrina sostiene la natura negoziale del riconoscimento, in quanto espressione di autonomia privata (44). Altri, invece, ritengono che esso sia una dichiarazione di scienza (45); altri ancora che costituisca esercizio di un diritto potestativo del genitore (46). Tra coloro che escludono la negozialità del riconoscimento, è rimasta isolata la risalente tesi per cui lo stesso rappresenterebbe un atto di confessione (47). Tali questioni hanno una ricaduta diretta sull'efficacia del riconoscimento, ovvero della sentenza che dichiara la filiazione. Così, la dottrina è divisa tra chi ritiene che gli effetti operino *ex tunc*, perché tali atti accertano una condizione già esistente costituita dal fatto della procreazione, e chi invece sostiene l'efficacia *ex nunc*, perché convinto del valore costitutivo del riconoscimento.

Qui necessita, tuttavia, — e a tal fine si è introdotto il discorso sul riconoscimento — segnalare il cambiamento di prospettiva che si è avuto con la riforma. Mentre prima del 1975 il riconoscimento era inteso come l'atto, avente efficacia costitutiva, dal quale dipendeva il rapporto di filiazione, con l'entrata in vigore della l. 151/75 — ammesso il diritto all'accertamento giudiziale del rapporto di filiazione (48) e cancellata, dunque, la concezione per cui il rapporto giuridico di filiazione dipenderebbe dalla volontà del genitore — la prevalente dottrina ha qualificato il riconoscimento come negozio di accertamento. E, più precisamente, si ritiene che il riconoscimento abbia efficacia costitutiva riguardo alla certezza formale della filiazione, ma efficacia solo ricognitiva per quanto riguarda lo *status* sostanziale di figlio (49).

Rebus sic stantibus, il figlio è dunque oggi legittimato ad esperire azione giudiziale di accertamento della maternità e della paternità (c.d. azione di reclamo), e ciò indipendentemente dagli stretti limiti di cui al vecchio art. 269. Tale legittimazione è espressione del più generale diritto allo stato di figlio e cioè del diritto al pubblico accertamento e godimento della titolarità sostanziale del rapporto di filiazione. Così, anche se i genitori, avvalendosi della facoltà di non riconoscere, sono rimasti nell'ombra, il figlio — qualora li individui — potrà agire nei loro confronti al fine di tutelare i suoi interessi.

Posto il diritto del figlio a vedere riconosciuto il suo *status* e ad assicurarsi tutti i vantaggi che l'accertamento di maternità e paternità gli attribuiscono (50), pare incongruo ritenere che nel caso di fecondazione eterologa l'ordinamento, invece che tutelare la parte debole del rapporto, consenta di promuovere un'azione che renderà quello, per sempre, un «figlio di nessun padre», in barba ad ogni proposito garantista nei confronti del minore (51). In tal caso, infatti — come già detto — es-

(44) Cfr. BIANCA, cit., 264; nonché A. FINOCCHIARO, *Il riconoscimento e le azioni concernenti lo «status» di figlio naturale*, in *Vita not.*, 1997, 69. Per un'ampia rassegna delle diverse posizioni, v. A. e M. FINOCCHIARO, *op. ult. cit.*, II, 1653.

(45) V. C. FURNO, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1939, 174. Così anche ZATTI-COLUSSI, *op. cit.*, 876; M. COSTANZA, *Filiazione*, III, *Filiazione naturale*, voce dell'*Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1989, XIV.

(46) Così VERCELLONE, *La filiazione*, cit., 132. Per L. FERRI, *Lezioni sulla filiazione. Corso di diritto civile*, Bologna, 1989, 143, il riconoscimento costituisce esercizio di una potestà familiare attribuita al genitore per un interesse super-individuale.

(47) Così DUSI, *Della filiazione e dell'adozione*, 2ª ed., terminata da BRUGI, Napoli-Torino, 1924. Al quale si è obiettato che la paternità o la maternità non sono fatti sfavorevoli al dichiarante (v. A. CICU, *La filiazione*, in *Trattato di diritto civile* diretto da VASSALLI, 3ª rist., 2ª ed., Torino, 1969, 162).

(48) Critico verso l'ampliamento, a favore di madre e figlio, della legittimazione ad esperire l'azione di disconoscimento, G. TAMBURRINO, *Lineamenti del nuovo diritto di famiglia italiano*, Torino, 1976, 290. Favorevole la restante dottrina.

(49) V. U. MAJELLO, *La filiazione naturale*, in *Istituzioni di diritto privato* a cura di BESSONE, cit., 227.

(50) Lo *status* di figlio, naturale o legittimo che sia, attribuisce il diritto al mantenimento, all'istruzione, all'educazione, al nome, alla successione *mortis causa*, ecc.

(51) Sulla preminenza che, nell'interpretazione delle norme che regolano la filiazione, deve avere l'interesse del minore, v. Corte cost. 20 luglio 1990, n. 341, cit., nonché la risoluzione del 16 marzo 1989 del parlamento europeo in tema di fecondazione artificiale (sul punto, v. A. LORETI BERGHÉ, *La procreazione assistita di fronte alla legge: brevi cenni di diritto internazionale e comparato*, in *Giust. civ.*, 1993, II, 439). In dottrina, è particolarmente avvertita tale esigenza, *ex ceteris*, da G. COMO, *Interesse del minore e fecondazione artificiale*, in *Dir. famiglia*, 1995, 371; G. FERRANDO, *L'interesse del minore nella procreazione assistita*, in *Materiali storia cultura giur.*, 1994, 119; LANDOLFI, *op. cit.*; E. CATERINI, *Filiazione naturale e adozione nello «statuto dei diritti del minore»*, in *Giur. costit.*, 1991, 2422; R. CLARIZIA, *Procreazione artificiale e tutela del minore*, Milano, 1988; S. BOCCACCIO, *L'interesse del minore*, in *Nuova giur. civ.*, 1988, II, 162; *Id.*, *La Corte*

ser lo anonima la donazione del seme e non essendo possibile per il donatore seguire la vicenda, il nascituro non sarà mai in grado di riconoscere suo padre e nessun padre sarà in grado di riconoscerlo come figlio. A tal proposito, la corte rileva che «la nascita di un figlio senza padre può essere subita dall'ordinamento ove discenda da vicende di vita non controllabili e non più emendabili», ma, in una situazione come quella in rassegna, se l'ordine non reagisse si renderebbe complice della violazione del diritto inviolabile e costituzionalmente garantito ad avere i genitori ed una famiglia. Diritto che si presenta come imprescrittibile e indisponibile; la cui violazione è, tra l'altro, punita penalmente dall'art. 591 c.f. quando si sostanzia nell'abbandono del minore.

Dunque, anche a voler ritenere non sussistente la discrasia a suo tempo evidenziata (in riferimento alla fecondazione eterologa) tra verità biologica e verità *tout court*, il principio del *favor veritatis* — come pure mette in luce la corte — non potrebbe operare in modo da compromettere posizioni dotate di tutela prioritaria, tra le quali va annoverata senza dubbio quella del minore (52).

VI. - *Il risarcimento del danno: una soluzione inappagante.* Alla luce delle considerazioni svolte, non appaiono condivisibili le tesi che, in *subiecta materia*, ricollegano all'esperienza dell'azione di disconoscimento del presunto padre un obbligo pseudorisarcitorio. In particolare, non si può concordare con chi, facendo leva sulla non rinunciabilità dell'azione di disconoscimento, sottolinea il ruolo svolto — in caso di fecondazione eterologa — dal termine di decadenza previsto dall'art. 235, che rappresenterebbe una sorta di periodo di prova paragonabile all'affidamento preadottivo (53). Così come non convince l'opinione secondo la quale l'accordo tra marito e moglie configura un contratto a favore del nascituro sul piano del dovere di mantenimento, con obbligo di risarcire il danno contrattuale in caso di revoca del consenso (54). Né quella per cui il comportamento *contra factum proprium* del marito, non padre biologico, cagionerebbe un danno extracontrattuale (sia alla madre che al neonato) e sarebbe fonte di responsabilità aquiliana (55). Serii dubbi suscita, altresì, la tesi per cui l'ammissibilità del disconoscimento potrebbe lasciare immutata l'obbligazione di mantenimento a carico del marito non genitore biologico, in quanto il suo consenso all'inseminazione eterologa sarebbe valutabile soltanto come assunzione di un dovere di mantenimento, fondato non sullo *status* di figlio legittimo (che cade con il disconoscimento) ma, appunto, sulla dichiarazione negoziale di consenso, che pure non sarebbe qualificabile alla stregua di un contratto tra coniugi.

In realtà, ognuna di queste teorie poggia su un impianto normativo più solido di quello incerto, ed anzi lacunoso, sul quale si muove chi concorda con il principio affermato dalla sentenza in rassegna. Tali soluzioni, inoltre, si fondano sul rilievo per cui, se non sorge spontaneamente un attaccamento affettivo al bambino, una vera paternità non

può essere imposta per provvedimento dal giudice. Tuttavia, il limite delle tesi ora prospettate consiste nel fatto che esse si curano di garantire il minore esclusivamente dal punto di vista patrimoniale, laddove, al contrario, si è già rilevata la complessità dei diritti familiari che a quest'ultimo fanno capo, nonché l'importanza, nella formazione del giovane, della presenza del padre. In altre parole, l'ordinamento — per salvaguardare gli inviolabili diritti del minore — ha il dovere di mettere il padre di fronte a tutte le responsabilità che egli consapevolmente ha assunto nel momento in cui ha acconsentito alla creazione del vincolo legale con il nascituro (56).

Del resto, è stato osservato come una lettura più moderna dell'art. 30 Cost. induca ad identificare la filiazione, non tanto nel vincolo di derivazione biologica, quanto nella funzione di istruire, mantenere ed educare il figlio. In tal modo si raggiunge la «cifra costituzionale» o il «minimo comune denominatore» che appartiene a tutti i tipi di filiazione oggi realmente esistenti a prescindere se siano o meno regolati dal legislatore: filiazione legittima, naturale, adottiva e da procreazione assistita (57).

Per respingere l'ipotesi risarcitoria, si è anche detto che ipotizzare una responsabilità patrimoniale significherebbe sottoporre un'azione di stato a condizionamenti incompatibili con il suo carattere assolutamente libero (58). Inoltre, ammettendo che il marito possa, indipendentemente dal suo preventivo consenso, disconoscere il figlio nato in seguito ad inseminazione eterologa (dovendo, al più, risarcire un danno patrimoniale), laddove invece la donna gestante (ossia che partorisce senza avere contribuito al concepimento con i propri gameti) di tale franchigia non può usufruire, si crea una disegualianza ingiustificata e in odore di incostituzionalità (59). Per di più — al fine di evitare ulteriori censure di incostituzionalità per violazione dell'art. 3 —, una volta ammesso il possibile disconoscimento, si dovrebbe ammettere l'esperienza dell'azione da parte del presunto padre, nel caso di fecondazione eterologa, anche indipendentemente dalla sua *impotentia coeundi vel generandi*, ovvero dalla mancanza di coabitazione. Si pensi all'ipotesi in cui la coppia decida di ricorrere alla fecondazione eterologa per evitare la trasmissione ereditaria di una malattia del marito. In tal caso, l'uomo non potrà vantare alcuna delle condizioni elencate dall'art. 235 c.c. per l'esperienza dell'azione di disconoscimento e tuttavia non si vede in virtù di quale principio debba essere discriminato rispetto al presunto padre affetto da impotenza. In altre parole, o si riconosce ad entrambi il diritto di agire ai sensi dell'art. 235, o ad entrambi si nega tale possibilità.

In relazione alle considerazioni fin qui sviluppate, pare tutto sommato apprezzabile lo sforzo compiuto dalla Suprema corte nel tentativo di colmare la lacuna palesata in materia dal nostro sistema civile (60); e ciò anche se, nel valutare la delicata questione, essa si è fatta guidare più da valori e principi extragiuridici (61). Il ricorso a dati metagiuridici rappresenta, infatti, una necessità per l'interprete chiamato a risolvere conflitti tra interessi di primaria importanza (62). Solo una scelta coscienziosa, maturata nel contesto di una riflessione a trecentosessanta gradi, mette l'ordinamento al riparo da soluzioni pericolose (63).

costituzionale e l'interesse del minore»: un'occasione mancata, in *Giust. civ.*, 1987, I, 2188. Critici, invece, M. FINOCCHIARO, *Trasformato in norma a difesa dei minori: un istituto nato per la tutela del coniuge*, in *Guida al dir.*, 1997, fasc. 16, 27; M. DOGLIOTTI, *Inseminazione artificiale, diritti del minore e suggestioni paternalistiche*, in *Famiglia e dir.*, 1995, 300.

(52) Cass. 13 marzo 1987, n. 2654, *Foro it.*, Rep. 1987, voce *Filiazione*, n. 39, ha avuto modo di affermare che «l'esigenza di evitare turbamenti o conflittualità psicologiche pregiudizievoli dell'armonioso sviluppo della personalità [del bambino] deve prevalere sul fatto oggettivo della sua generazione». Sul punto si segnala, tuttavia, un atteggiamento schizoide della Consulta, la quale, da ultimo, nelle pronunce 170/99 e 112/97, cit., parzialmente contraddice tale principio.

(53) Così D. HENRICH, *Inseminazione eterologa e disconoscimento della paternità*, in *Studium iuris*, 1997, 349. Sulla validità del consenso ai fini dell'adozione del minore in caso di fecondazione artificiale eterologa, cfr. Trib. Rimini 24 marzo 1995, cit.; L. GRASSO-M. ROBERTI, *In tema di rapporti tra l'istituto dell'adozione e la procreazione artificiale*, in *Dir. famiglia*, 1987, 1263; F. CRISTIANI, *In tema di rapporti tra inseminazione artificiale e adozione*, *ibid.*, 1049.

(54) Per M. GORGONI, *Fecondazione artificiale eterologa e rapporti parentali*, in *Giust. civ.*, 1994, I, 1690, si prospetta tanto una responsabilità contrattuale che extracontrattuale. Diversamente, L. LENTI, *La procreazione artificiale. Genoma della persona e attribuzione della paternità*, Padova, 1993, 309, qualifica l'accordo tra marito e moglie come «contratto a favore di terzo» che attribuisce al nato un diritto proprio, immediatamente esercitabile. Cfr. V. FRANCESCHELLI, *Verso una paternità contrattuale: famiglia artificiale e diritto privato*, in *Dir. famiglia*, 1987, 1159.

(55) V. A. GUARNERI, *Consenso preventivo del marito all'inseminazione artificiale eterologa della moglie e successivo esperimento di azione di disconoscimento di paternità: un'ipotesi di responsabilità civile?*, in *Resp. civ.*, 1988, 9; FINOCCHIARO, *La Cassazione non può svolgere una supplenza nelle funzioni riservate al legislatore*, cit., 56. Per la tesi del risarcimento per abuso del diritto, v. PALMERINI, *op. cit.*, e la dottrina ivi richiamata. Cfr. P. RESCIGNO, *Postfezione a L'abuso del diritto*, Bologna, 1998, 288; V. CARBONE, *Giudici Usa: nata in provetta, figlia di nessuno*, in *Famiglia e dir.*, 1997, 405.

(56) Per alcune considerazioni di filosofia del diritto, sulla libertà individuale che trova limite e contenuto nelle relazioni intersoggettive, v. S. CORTA, *Il diritto nell'esistenza*, 2ª ed., Milano, 1991; B. ROMANO, *Il riconoscimento come relazione giuridica fondamentale*, Roma, 1983-84.

(57) Così V. CARBONE, in *Corriere giur.*, 1998, 1299, che in proposito richiama E. LAMARQUE, *Le norme e i limiti per la ricerca della paternità*, Padova, 1998, 74. Cfr. G. BALDINI, *Considerazioni su paternità biologica e sociale nell'ambito della procreazione artificiale eterologa*, in *Rass. dir. civ.*, 1996, 1.

(58) Così G. PONZANELLI, *La «forza» e la «purezza» degli «status»: disconoscimento di paternità ed inseminazione eterologa*, in *Famiglia e dir.*, 1994, 186.

(59) Cfr. M. SOLDANO, in *Giust. civ.*, 1994, I, 1697.

(60) Ciò, malgrado le perplessità suscitate da alcuni passaggi della pronuncia in rassegna: ad es. quelli in cui vengono richiamati la buona fede e il legittimo affidamento.

(61) Per considerazioni di respiro non solo giuridico, v. M. CALOGERO, *La procreazione artificiale*, Milano, 1990; A. KAUFMANN, *Riflessioni giuridiche e filosofiche su biotecnologia e bioetica alle soglie del terzo millennio*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, 205; R. SPARPAGLIONE-O. CANALI, *A proposito di ingegneria genetica: osservazioni giuridiche e psicologiche sull'inseminazione artificiale eterologa*, in *Dir. famiglia*, 1987, 1475, nonché E. SGRECCIA-M.L. DI PIETRO, *Manipolazioni genetiche e procreazione artificiale: orientamenti giuridici e considerazioni etiche*, *ibid.*, 1351. V. anche la nota 63.

(62) Per M. DOGLIOTTI, *op. ult. cit.*, 45, solo un'interpretazione rigorosamente formalistica («miopia e chiusa») del dato normativo aveva portato i giudici di Cremona e quelli di Brescia, nei precedenti due gradi di giudizio, ad accogliere la domanda di disconoscimento del marito. *Contra*, FINOCCHIARO, *op. ult. cit.*

(63) C'è chi, in attesa di una disciplina positiva del fenomeno dell'inseminazione artificiale, propone di adottare la «tutela della personalità in formazione del minore come criterio assiologicamente orientato e costituzionalmente legittimo» (così G. SCIANCALEPORA, in *Corriere giur.*, 1994, 631). E chi invoca, più in generale, principi e valori morali che,

Un'ultima precisazione merita di essere compiuta a mo' di chiosa. Tanto la sentenza 347/98 della Corte costituzionale, quanto quella in rassegna, non svolgono alcuna riflessione circa il caso in cui la fecondazione eterologa sia stata realizzata senza o contro il consenso del marito, ovvero in presenza di vizi della volontà che abbiano inficiato il consenso prestato. In proposito, autorevole dottrina ha proposto il recupero dell'art. 235, applicabile in virtù di un'interpretazione analogica (64). La soluzione prospettata merita di essere condivisa, in quanto, in tale situazione, un equo bilanciamento degli interessi in gioco induce a riconoscere che il diritto del minore ad avere i genitori non può prevalere sul diritto di ognuno a non vedersi attribuite paternità nei confronti delle quali si è, in tutto e per tutto, estranei. L'applicazione dell'art. 235, come detto, appare corretta — anche considerando che, nell'ottica di un'interpretazione evolutiva dell'articolo citato, per adulterio si deve intendere, non soltanto il tradimento fisico della moglie, bensì ogni sua condotta, indipendente dalla collaborazione del marito, che si sostanzia nella nascita di un figlio che questi non ha mai voluto, così determinando un evento che compromette la comunione spirituale e materiale di vita tra i coniugi (65) — e tuttavia palese ulteriormente, se mai ce ne fosse stato bisogno, l'esigenza di un immediato, e quanto mai auspicato, intervento del legislatore (66).

FRANCESCO DI CIOMMO

vista la delicatezza degli interessi coinvolti, il giudice non potrebbe trascurare (cfr. G.B. FERRO, *Disconoscimento di paternità e inseminazione eterologa: lacune dell'ordinamento e relativi problemi giuridici, etici e sociali*, in *Vita not.*, 1994, 1182; C. CATENI-E. TURILLAZZI, *Inseminazione artificiale eterologa con consenso del marito ed esperibilità dell'azione di disconoscimento: principi etici e giuridici*, in *Riv. it. medicina legale*, 1994, 772; G. FERRANDO (a cura di), *Procreazione artificiale tra etica e diritto*, Padova, 1989; M. MORI, *La fecondazione artificiale: questioni morali nell'esperienza giuridica*, Milano, 1988; G. ALFA, *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, in *Dir. famiglia*, 1987, 941).

(64) Così SCHLESINGER, cit.; cfr. L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Diritto e valori*, 1985, 26.

(65) Sembrano condividere tale assunto, *ex ceteris*, F.D. BUSNELLI, *Significato attuale del dovere di fedeltà coniugale*, in *L'eguaglianza morale e giuridica tra i coniugi*, Napoli, 1974, 277; M. MORETTI, *La fecondazione artificiale: problemi e prospettive in una analisi comparatistica*, in *Quadrimestre*, 1988, 414. Per l'equiparazione penalistica dell'inseminazione eterologa (effettuata senza il consenso del marito) all'adulterio (reato punito ai sensi dell'art. 559 c.p., e oggi abrogato), v. Pret. Padova 7 novembre 1958, *Foro it.*, Rep. 1958, voce *Adulterio*, n. 7, e *Giur. it.*, 1959, II, 84, con nota di L. CONTI; nonché Trib. Padova 16 febbraio 1959, *Foro it.*, 1959, II, 81, con nota di F. COLACE; *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1959, 243, con nota di G.D. PISAPIA. Cfr. RICCIO, *op. cit.*; LENER, *op. cit.*

(66) La dottrina, a più riprese, ha promosso l'intervento regolatore del legislatore. V., in tal senso, *ex multis*, M. GORGONI, *Nuove tecniche di procreazione assistita: verso una legislazione europea*, in *Dir. famiglia*, 1990, 680; D. VISINTIN, *Ancora qualche considerazione sulla necessità di una legge che regolamenti la fecondazione artificiale umana*, *id.*, 1987, 1503; G. MANERA, *Inseminazione artificiale e manipolazioni genetiche: urgente necessità di un'appropriate disciplina legislativa*, *ibid.*, 1283.

I

CORTE DI CASSAZIONE; sezioni unite civili; sentenza 12 marzo 1999, n. 122/SU; Pres. SENSALÉ, Est. CORONA, P.M. MOROZZO DELLA ROCCA (concl. conf.); Usl n. 37 di Napoli (Avv. MILITERNI) c. Soc. Casa di cura clinica mediterranea (Avv. SANDULLI). *Cassa senza rinvio App. Napoli 17 settembre 1994.*

Sanità pubblica — Convenzione per prestazioni specialistiche tra unità sanitaria locale e casa di cura — Controversia sulla validità — Giurisdizione amministrativa (L. 6 dicembre 1971 n. 1034, istituzione dei tribunali amministrativi regionali, art. 5; l. 23 dicembre 1978 n. 833, istituzione del servizio sanitario nazionale, art. 44).

È attribuita alla giurisdizione del giudice amministrativo la controversia relativa alla validità della convenzione per prestazioni specialistiche stipulata, ai sensi dell'art. 44 l. 833/78, tra una Usl e una casa di cura privata. (1)

II

CORTE DI CASSAZIONE; sezioni unite civili; sentenza 1° febbraio 1999, n. 15/SU; Pres. IANNOTTA, Est. GENGHINI, P.M. CARNEVALI (concl. conf.); Ausl Roma F (Avv. MAMMONE) c. Soc. Laboratorio di analisi Praecilia (Avv. ROMBOLA). *Regolamento preventivo di giurisdizione.*

Sanità pubblica — Convenzione per prestazioni specialistiche tra unità sanitaria locale e laboratorio di analisi — Natura — Controversia sulla revoca — Giurisdizione amministrativa (Cod. proc. civ., art. 41; l. 20 marzo 1865 n. 2248, all. E, sul contenzioso amministrativo, art. 4, 5; l. 6 dicembre 1971 n. 1034, art. 5; l. 23 dicembre 1978 n. 833, art. 1, 25, 43, 44; d.l. 26 novembre 1981 n. 678, blocco degli organici delle unità sanitarie locali, art. 3).

È attribuita alla giurisdizione del giudice amministrativo la controversia relativa alla legittimità della revoca della convenzione per prestazioni specialistiche stipulata tra una Usl ed un laboratorio di analisi, in quanto il rapporto che si instaura tra ente pubblico e struttura privata, ai sensi dell'art. 44 l. 833/78, va qualificato come concessione amministrativa di servizio pubblico. (2)

(1-2) Secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità, nel sistema di assistenza sanitaria di cui alla l. 23 dicembre 1978 n. 833, le convenzioni fra le Usl e le case di cura o le minori strutture private (ambulatori, centri di diagnostica strumentale, laboratori, gabinetti specialistici), stipulate ai sensi dell'art. 44 l. cit., hanno natura di contratti di diritto pubblico che danno vita a rapporti qualificabili come concessioni amministrative.

Pertanto, le controversie relative al contenuto ed alla validità della convenzione sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi del 1° comma dell'art. 5 l. 6 dicembre 1971 n. 1034.

In tal senso, v. Cass., sez. un., 19 marzo 1999, n. 163/SU, *Foro it.*, Mass., 244; 20 febbraio 1999, n. 88/SU, *ibid.*, 97, che ribadisce tale orientamento anche a seguito del passaggio dei rapporti tra istituzioni sanitarie private e servizio sanitario nazionale dal sistema della convenzione a quello dell'accreditamento; 27 aprile 1995, n. 4679, *id.*, Rep. 1995, voce *Sanità pubblica*, n. 326; 24 novembre 1994, n. 9970, *id.*, Rep. 1994, voce cit., n. 179; 30 maggio 1991, n. 6159, *id.*, Rep. 1991, voce cit., n. 179; 21 febbraio 1987, n. 1869, *id.*, Rep. 1987, voce cit., n. 183.

Per la giurisprudenza amministrativa, v. Tar Sicilia 28 giugno 1996, n. 964, *id.*, Rep. 1997, voce cit., n. 402.

Cfr., inoltre, Tar Sicilia, sez. II, 1° ottobre 1988, n. 575, *id.*, Rep. 1989, voce cit., n. 185, secondo cui la posizione giuridica degli enti convenzionati col servizio sanitario nazionale si qualifica come interesse legittimo, in quanto nel rapporto di convenzionamento l'amministrazione agisce in veste autoritativa nell'esercizio di poteri pubblici per vigilare la puntuale osservanza delle regole generali e particolari di funzionamento delle rispettive convenzioni; pertanto, le controversie attinenti ad atti con i quali l'Usl interviene autoritativamente in un rapporto convenzionale in corso appartengono alla giurisdizione del giudice amministrativo.

Spetta, inoltre, al giudice amministrativo la cognizione della controversia avente ad oggetto il corretto esercizio da parte della Usl del potere di autorizzare gli assistiti dal servizio sanitario nazionale all'accesso alle strutture sanitarie convenzionate esterne, secondo le prescrizioni dettate dall'art. 19 l. 833/78 e dall'art. 3 d.l. 26 novembre 1981 n. 678, convertito in l. 26 gennaio 1982 n. 12, trattandosi di materia concernente