

REQUIESCANT IN PACE. AMEN? - RIFLESSIONI SUL RISPETTO DEI MORTI COME LIMITE ALLA RICERCA DELLA PATERNITÀ, A PARTIRE DA UNA RECENTE PRONUNCIA DEL CONSEIL CONSTITUTIONNEL

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I diversi interessi ricompresi nella formula del rispetto dovuto ai morti. – 3. La rigidità della soluzione francese: genesi e vicende dell'*amendement Montand*. – 4. La soluzione italiana: le indicazioni della giurisprudenza nel silenzio del legislatore.

1. Introduzione

Con la *décision n° 2011-173 QPC*, il *Conseil constitutionnel* ha ritenuto conforme à la Constitution il cd. *amendement Montand*, cioè la disposizione del *Code civil* che, nell'ambito delle azioni volte all'affermazione o alla contestazione del legame di filiazione, fa divieto di sottoporre alla prova genetica la persona deceduta che, da viva, non vi abbia espressamente acconsentito¹.

Dei due profili di incostituzionalità prospettati, quello relativo alla disparità di trattamento fra uomini e donne – la legge avvantaggerebbe gli uomini poiché è la paternità che generalmente si prova attraverso la prova genetica, laddove per la maternità vale la prova della gestazione – viene (giustamente) liquidato dal giudice costituzionale rilevando che, dal momento che la disposizione non distingue fra uomini e donne, «la circonstance que les dispositions contestées, relatives à la preuve de la filiation par l'identification au moyen des empreintes génétiques, trouvent principalement à s'appliquer lorsque la filiation paternelle est en cause ne saurait être regardée comme une différence de traitement contraire au principe d'égalité devant la loi».

Più interessante è invece la censura di incostituzionalità che riguarda la violazione del «*respect de la vie privée*» e del diritto di condurre «*une vie familiale normale*». In questo caso il *Conseil* afferma che la limitazione in esame è stata imposta dal legislatore al fine di garantire «*le respect dû aux mortes*» e che non è compito del giudice costituzionale sostituirsi ad esso nel valutare in questa materia il grado di tutela

¹ L'*alinéa* 5 dell'art. 16-11 del *Code civil*, recita: «*En matière civile, [l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques] ne peut être recherchée qu'en exécution d'une mesure d'instruction ordonnée par le juge saisi d'une action tendant soit à l'établissement ou la contestation d'un lien de filiation, soit à l'obtention ou la suppression de subsides. Le consentement de l'intéressé doit être préalablement et expressément recueilli. Sauf accord exprès de la personne manifesté de son vivant, aucune identification par empreintes génétiques ne peut être réalisée après sa mort*». Sulla genesi di questa disposizione v. *infra*, § 3.

accordato al corpo umano. In altre parole, nel bilanciamento fra il diritto alla ricerca della paternità², da una parte, e il rispetto dovuto ai morti, dall'altra, il *Conseil* ritiene di non dover censurare la prevalenza pressoché assoluta accordata a quest'ultimo dal legislatore.

In linea con la nota concisione delle sue pronunce, il giudice costituzionale francese non spende alcuna parola per definire quale sia esattamente il bene giuridico sotteso al rispetto dovuto ai morti, pur ritenendo giustificata una sua tutela giuridica tanto elevata da poter frequentemente determinare la completa vanificazione del ben più concreto diritto all'identità e allo *status* di figlio con le conseguenze, anche patrimoniali, di non poco momento che ne derivano. La pronuncia offre allora l'occasione per cercare di fare un po' di chiarezza su una formula, quella del rispetto dovuto ai morti, dietro cui si sommano e si confondono – nel rapporto con il diritto alla ricerca della paternità – interessi di natura e rilievo assai differenti, che vanno dalla dimensione oggettiva della dignità del corpo umano a quella soggettiva del rispetto della volontà del defunto, dall'impersonalità delle esigenze di certezza giuridica alla tutela di sentimenti di affetto chiaramente riconducibili in capo a ben determinati soggetti, quali sono i familiari del defunto.

Prendendo come riferimento la legislazione e la giurisprudenza francese e italiana, nelle pagine che seguono si cercherà di individuare quali interessi possano astrattamente considerarsi ricompresi nella formula del «rispetto dovuto ai morti», quale sia il loro rilievo costituzionale, a quali soggetti vadano ricondotti e quali peculiarità si pongano quando vengano declinati nelle questioni riguardanti la filiazione (§ 2). Successivamente, si condurrà una breve analisi sui diversi modelli di bilanciamento fra ricerca della paternità e rispetto dovuto ai morti seguiti nell'ordinamento francese (§ 3) e in quello italiano (§ 4), mettendo in luce pregi e criticità dei diversi approcci, anche alla luce di un giudizio di compatibilità con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

2. I diversi interessi ricompresi nella formula del rispetto dovuto ai morti

Dietro la formula del «*respect dû aux mortes*» o, secondo una terminologia più familiare al giurista italiano, della «pietà dei defunti», possono astrattamente trovare tutela, come accennato, interessi assai differenti fra loro.

Un primo bene giuridico che può ritenersi tutelato è quello della dignità della persona umana³, che, non venendo meno con la morte della persona, impone di trattare il cadavere umano in maniera conforme a tale canone di dignità, non consentendo che la morte determini la piena reificazione della persona umana⁴.

² Più precisamente, il bilanciamento deve compiersi fra il rispetto dovuto ai morti e il diritto all'accertamento della filiazione, comprensivo tanto dell'accertamento della paternità, quanto di quello della maternità. Per semplicità, poiché come già accennato il problema dei test genetici *post mortem* rileva soprattutto quando è in dubbio la paternità, in questo contributo, sin dal titolo, si utilizza la formula della «ricerca della paternità» di cui all'art. 30, c. 4, Cost., con l'avvertenza che le riflessioni svolte sono riferibili, *mutatis mutandis*, anche all'ipotesi della ricerca della maternità.

³ Cfr. A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, II ed., Milano, 1982 (vol. IV del *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. CICU e F. MESSINEO e continuato da L. MENGONI), 188: «Il rispetto collettivo per il cadavere umano corrisponde alla traccia d'umanità ch'è in questo stesso, e vuole conservata la sua dignità».

⁴ Sulle peculiarità del cadavere inteso come *res v. F. MANTOVANI, I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Padova, 1974, 342: «[Il cadavere] è la proiezione ultraesistenziale della persona umana e, perciò, conserva una sua connaturata "dignità umana", che lo rende incomparabilmente diverso da tutte le altre cose». Sottolinea particolarmente il profilo della

Più che a un vero e proprio diritto riconducibile a un determinato soggetto, si sarebbe di fronte in questo caso a un valore costituzionale, che obbliga l'ordinamento a tutelare il corpo dei defunti da indebite manomissioni o aggressioni: ne discende che la tutela che l'ordinamento predispone ha carattere oggettivo e indisponibile, imponendosi anche nei confronti di una diversa manifestazione di volontà espressa dai prossimi congiunti del defunto, o, al limite, dalla persona stessa quando ancora in vita⁵. Lo stesso diffuso sentimento della *pietas* verso i morti, infatti, e la connessa indignazione del corpo sociale in caso di atti irrispettosi del cadavere umano, sono soltanto indici rivelatori del bene giuridico tutelato – la dignità umana, appunto –, ma non sono essi stessi oggetto di tutela⁶. Il riferimento costituzionale della pietà per i defunti, intesa in questo primo significato, sarebbe naturalmente l'art. 2 della Costituzione.

Una concezione di questo genere del rispetto dovuto ai morti trova la sua espressione più compiuta, nel nostro ordinamento, nella relazione della cd. Commissione Pagliaro per la riforma del codice penale, che proponeva di ricondurre i reati contro la pietà dei defunti fra quelli contro la persona, ben individuando nella dignità della persona umana il bene giuridico tutelato: «Essendo il cadavere la proiezione ultraesistenziale della persona umana, il bene personalistico della dignità della persona defunta appare costituire l'oggetto primario e costante della tutela contro gli atti irrispettosi delle spoglie umane e dei sepolcri, mentre il pur rilevante bene collettivo del suddetto sentimento [di pietà dei defunti] si presenta come bene secondario ed eventuale»⁷.

Alla stessa logica si ispira la legge italiana sui trapianti nel disciplinare le modalità del prelievo di organi dalla persona deceduta, dalla quale emerge la volontà del legislatore di salvaguardare, per quanto possibile, il corpo fisico del defunto, cui spetta, in linea di continuità con la persona viva, quella dignità che la Costituzione riconosce a ogni essere umano. Ai sensi dell'art. 4, c. 4 della legge 1 aprile 1999, n. 91, infatti, «il prelievo è effettuato in modo tale da evitare mutilazioni o dissezioni non necessarie» e «dopo il prelievo il cadavere è ricomposto con la massima cura»⁸. La legge, consentendo il prelievo degli organi, chiaramente considera prevalenti le esigenze solidaristiche di tutela della salute sulla dignità e inviolabilità del cadavere; tuttavia, una volta affermata questa prevalenza, non trascura del tutto il profilo della dignità della salma, impedendo, attraverso la disposizione citata, che tale prevalenza possa sfociare in una libera manipolabilità

continuità della dignità del corpo umano prima e dopo la morte, ritenendo che debba superarsi l'alternativa fra corpo umano e cadavere, fra persona e cosa, F.D. BUSNELLI, *Per uno statuto del corpo inanimato*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, M.C. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, Milano, 2011 (vol. II del *Trattato di biodiritto*, diretto da P. ZATTI e S. RODOTÀ), t. II, 2138 ss.

⁵ Cfr. A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, cit., 188, che rimarca come l'interesse privato alla destinazione del proprio cadavere «non può svolgersi ed attuarsi in usi e destinazioni, impresse al cadavere, che non siano conformi al pubblico interesse – d'ordine così spirituale, come igienico –. Solo nella sfera corrispondente a tale limite, l'interesse privato, la volontà privata possono trovare attuazione».

⁶ Nei delitti contro la pietà dei defunti (artt. 407 – 413 c.p.), al contrario, il bene giuridico tutelato è individuato in un bene di «natura sentimentale», una «posizione affettiva» di cui è titolare la comunità che viene offesa nel suo sentimento verso gli estinti (così A. ROSSI VANNINI, *Pietà dei defunti (delitti contro)*, in *Dig. disc. pen.*, IX, Torino, 1995, 570 s.), nel sentimento morale collettivo della pietà per i defunti (cfr. G. FIANDACA, *Pietà dei defunti (delitti contro la)*, in *Enc. giur.*, XXIII, Roma, 1990, 1, che riprende la definizione di E. FLORIAN, *Delitti contro il sentimento religioso e la pietà dei defunti*, Milano, 1935).

⁷ La Commissione presieduta dal Prof. Pagliaro venne nominata con D.M. Giustizia 8 febbraio 1998, con il compito di presentare al Governo uno schema di disegno di legge-delega per l'emanazione di un nuovo codice penale. Il testo della relazione, presentata il 25 ottobre 1991, può leggersi sul sito del Ministero della Giustizia, www.giustizia.it, alla voce «Strumenti», «Pubblicazioni, voci, strumenti».

⁸ La formulazione è identica a quella dell'art. 7 della precedente legge sui trapianti (l. 2 dicembre 1975, n. 644); su queste disposizioni a tutela della dignità del cadavere nel prelievo v. F. MANTOVANI, *I trapianti*, cit., 497 ss.

del cadavere. La dignità del corpo umano inanimato è dunque un bene giuridico meritevole di protezione e le prevalenti ragioni di tutela della salute devono trovare realizzazione arrecandogli il minor pregiudizio possibile.

Nello stesso senso può leggersi, nell'ordinamento francese, l'art. 16-1-1 del *Code civil*, introdotto dalla *loi n° 2008-1350*, dal quale la continuità della dignità umana prima e dopo la morte emerge in maniera chiarissima: «*Le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort. Les restes des personnes décédées, y compris les cendres de celles dont le corps a donné lieu à crémation, doivent être traités avec respect, dignité et décence*».

Proprio perché questo significato del rispetto per i morti presuppone la continuità, in termini di dignità, fra la persona viva e il suo corpo inanimato, esulano da tale protezione quei campioni biologici che, distaccati dal corpo umano, perdono il legame di identità con la persona stessa: ne consegue che il mero richiamo alla dignità della persona umana non potrebbe risultare sufficiente per giustificare il divieto di indagini genetiche sulla paternità quando queste non vengano eseguite direttamente sul corpo del defunto, violandone il sepolcro, bensì su un campione biologico dello stesso altrimenti disponibile. Se un'ingiustificata manomissione del cadavere umano può considerarsi lesiva della dignità umana, altrettanto non può dirsi di un'indagine genetica condotta su un campione biologico conservato in una biobanca⁹: ciò che principalmente sembra violare la dignità del cadavere è quindi essenzialmente il trattamento e la manipolazione del cadavere, e, in particolare, la sua esumazione¹⁰.

Accanto a questo profilo oggettivo del rispetto per i morti, possono tuttavia individuarsi anche specifiche posizioni soggettive in capo a ben determinati soggetti. Se infatti chiunque può riconoscere in un corpo umano inanimato il segno universale della dignità umana, il discorso cambia nei confronti di coloro per i quali quel corpo inanimato non è un corpo qualsiasi, bensì ciò che rimane di una persona con cui in vita sono stati legati da profondi vincoli affettivi. Così, il maltrattamento di un cadavere non provoca soltanto una diffusa riprovazione sociale per lo spregio della dignità umana, ma determina altresì la violazione di un più circostanziato sentimento di affetto dei prossimi congiunti del defunto¹¹, sentimento che assurge, esso sì, a bene giuridico meritevole di autonoma tutela, trovando il proprio riferimento costituzionale nell'art. 29 della Costituzione. Da qui prende origine il «diritto sul cadavere», diritto di fonte consuetudinaria che spetta ai prossimi congiunti e che comprende «la facoltà di determinare il modo e la forma della sua normale destinazione», e che ha comunque carattere sussidiario poiché «ha per presupposto negativo che non risulti la volontà del defunto riguardo a tale destinazione»¹².

⁹ Per un inquadramento generale del tema v. G. NOVELLI, I. PIETRANGELI, *I campioni biologici*, e M. MACIOTTI, *Le biobanche: disciplina e diritti della persona*, entrambi in S. CANESTRARI *et al.* (a cura di), *Il governo del corpo*, cit., t. I, rispettivamente 1027 ss. e 1195 ss.

¹⁰ Pertanto, il solo richiamo alla dignità umana non sembra idoneo a precludere indagini che, pur se eseguite sul corpo del defunto, non ne richiedono l'esumazione straordinaria, ad esempio qualora siano condotte prima dell'inumazione, oppure in occasione dell'ordinaria esumazione che, ai sensi dell'art. 82, c. 1 del regolamento di polizia mortuaria (D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285), avviene dopo dieci anni dall'inumazione.

¹¹ Ciò che F. MANTOVANI, *I trapianti*, cit., 342, individua come «l'interesse dei familiari all'inviolabilità del cadavere dell'estinto per il suo valore morale ed affettivo di simulacro del defunto ed oggetto della loro pietà».

¹² A. DE CUPIS, *Cadavere (diritto sul)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, II, Torino, 1988, 190; sul fondamento di tale diritto «nel sentimento di pietà che i congiunti sono ritenuti avere verso il defunto» e sul suo carattere di «mezzo di protezione di un interesse di

Una precisa esemplificazione di come la pietà dei defunti possa ottenere tutela nella specifica accezione del sentimento di affetto che i congiunti provano nei confronti del defunto, sentimento che si condensa nei resti della persona cara scomparsa, si trova in una pronuncia del giudice civile italiano, assai curiosa nella sua tragicità¹³. È stata infatti condannata al risarcimento del «danno morale soggettivo o *pretium doloris* e del danno permanente alla sfera personologica e relazionale» una società di *handling* aeroportuale che, al momento del rientro in Italia di quattro urne contenenti le ceneri delle vittime italiane di un disastro aereo occorso in Venezuela, le aveva disperse e confuse, sicché ai parenti non era rimasto altro da fare che raccogliere le ceneri mescolate delle quattro vittime e dividerle in parti uguali, di modo che ciascuna famiglia disponesse di un'urna contenente un certo quantitativo di ceneri, riconducibili però a quattro persone diverse. Al di là della correttezza della qualificazione delle voci di danno, ciò che qui evidentemente non interessa, emerge chiaramente da questa pronuncia come il giudice abbia ritenuto meritevole di tutela il diritto dei prossimi congiunti di piangere il defunto di fronte a ciò che resta della sua persona fisica, al punto da ritenere suscettibile di risarcimento la menomazione di questo diritto¹⁴.

Nell'ordinamento francese, questa sentenza trova il suo omologo in una pronuncia del *Tribunal de grande instance* di Lille, che ha condannato l'amministrazione comunale di Roubaix al risarcimento danni nei confronti della famiglia di un defunto, le cui spoglie mortali erano state per errore esumate e deposte nell'ossario comunale malgrado non fosse ancora spirato il termine della concessione¹⁵. L'aver confuso in maniera ormai irreversibile i resti del defunto con quelli di altri soggetti ha determinato la condanna dell'amministrazione a corrispondere alla famiglia una somma di denaro a titolo di «*prejudice moral*» (tanto più grave in considerazione del fatto che la famiglia è di religione musulmana, la quale vieta l'esumazione), nonché un ulteriore risarcimento per aver fatto sparire i resti del defunto, i quali formano «*l'objet d'un droit de propriété familiale et demeure[nt] un objet de respect dont le caractère sacré est rappelé par l'article 16-1 du code civil*».

La tutela della pietà dei defunti, intesa in questo senso, porta dunque a chiedersi se sia da riconoscere in capo ai prossimi congiunti un potere di opporsi all'esumazione del corpo del parente defunto e all'effettuazione del test genetico, motivato in ragione della sofferenza personale che questa pratica arrecherebbe loro.

La pietà dei defunti si presta ancora a essere intesa in un terzo fondamentale significato, quando il bene giuridico tutelato sia individuato nel rispetto *post mortem* della volontà espressa in vita di non vedere violato il proprio corpo o, comunque, di non dare accesso ad altri alle proprie informazioni genetiche.

Sul punto giova distinguere due casi differenti.

indole spirituale, morale, dei congiunti superstiti» cfr. ID, *I diritti della personalità*, cit., 197, che specifica come il diritto dei congiunti sull'altrui cadavere «non costituisce la continuazione del diritto sul proprio cadavere», bensì si tratta di due diritti distinti.

¹³ Trib. Busto Arsizio, 31 gennaio 2005, la cui massima può leggersi in *Resp. civ. prev.*, 2007, 1431, con nota di G. GUSSONI.

¹⁴ Si legge infatti nella pronuncia citata: «Tale pratica sarà per l'innanzi esercitata dagli odierni attori al cospetto di simulacri contenenti i resti indistinti dei propri genitori mescolati con le ceneri di altri due soggetti. Tale permanente minorazione e forzata alterazione di una attività che costituisce sicura e radicata espressione della personalità deve, pertanto, trovare adeguata compensazione attraverso la enunciata lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., in riferimento all'art. 2 Cost.».

¹⁵ *Tribunal de grande instance Lille*, 10 novembre 2004, n° 03/02059, in *Recueil Dalloz*, 2005, 930, con nota di X. LABBÉE, *La valeur des choses sacrées ou le prix des restes mortels*.

In una prima ipotesi può accadere che un soggetto, convenuto in giudizio per l'accertamento della paternità, rifiuti la prova genetica e successivamente venga a mancare prima della conclusione del giudizio stesso. Posto che gli articoli 13 e 32 della Costituzione garantiscono il diritto di rifiutare una prova, come il test genetico, che richiede una (seppur minima) intrusione nella sfera corporale personale¹⁶, occorre domandarsi se tale protezione dell'autodeterminazione individuale si estenda temporalmente anche oltre la morte. A questo può servire il richiamo alla pietà dei defunti, che non consentirebbe di rendere il corpo del defunto liberamente disponibile per le indagini genetiche, in spregio alla sua volontà.

In una seconda ipotesi può invece accadere che un soggetto, al di fuori di un giudizio, abbia espresso la volontà di non essere sottoposto *post mortem* al test del Dna: la pietà dei defunti rileva allora in questo caso come tutela del diritto sul proprio cadavere, vale a dire il diritto di scegliere la destinazione del proprio corpo dopo la morte¹⁷. Tale diritto trova espressione – oltre che nella possibilità di decidere sulla destinazione del proprio cadavere in maniera più ampia di quanto non sia consentito fare ai prossimi congiunti – in particolare nella legge sui trapianti che, seppur improntata a una crescente valorizzazione delle istanze solidaristiche, riconosce tuttavia il diritto di rifiutare che il proprio corpo sia sottoposto al prelievo di organi e tessuti¹⁸. Ciò che risulta problematico, nei casi in esame più ancora che in quello dei trapianti d'organi, è che, con tutta evidenza, sono rarissimi i casi in cui la persona formula un vero e proprio «testamento biologico» (inteso qui in un significato ben diverso, e forse tecnicamente più corretto, di quello in cui viene generalmente usato) esprimendo la volontà che il proprio corpo sia o non sia sottoposto ad analisi genetiche: il problema dei test genetici *post mortem* risiede esattamente nel fatto che, nella grande maggioranza dei casi, il soggetto non ha espresso, e non è più in grado di esprimere, il proprio consenso/dissenso, né il giudice è in grado di ricostruire in maniera univoca la sua volontà. Si aprono allora diverse alternative possibili. In primo luogo occorre stabilire se il consenso all'esecuzione della prova genetica possa essere espresso o negato dai prossimi congiunti, ai quali sarebbe riconosciuto tale potere non già a tutela di un proprio sentimento di affetto verso il defunto, come sopra prospettato, bensì quali interpreti della volontà e degli interessi dello stesso. In caso di risposta negativa (la volontà del defunto non può essere manifestata dai prossimi congiunti), occorrerebbe sciogliere l'alternativa fra il ritenere le indagini

¹⁶ È noto, tuttavia, che la consolidata giurisprudenza di legittimità riconosce, quale rimedio per il mancato esperimento della prova genetica, l'applicabilità dell'art. 116 c.p.c., che consente al giudice di trarre argomenti di prova dal rifiuto ingiustificato delle parti di consentire le ispezioni ordinate e, in generale, dal contegno delle parti stesse nel processo; cfr., in particolare Cass. civ., 24 febbraio 1997, n. 1661, in *Fam. e dir.*, 1997, 105, con nota di V. CARBONE, *Prove genetiche: rifiuto equivale ad ammissione?*. Più recentemente v. soprattutto Cass. civ., 3 aprile 2003, n. 5116, in *Famiglia*, 2004, 196, con nota di E. CARBONE, *La prova scientifica negli accertamenti di filiazione*, che giudica manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale concernente la possibilità di trarre argomenti di prova dal rifiuto del preteso padre di sottoporsi a prelievo ematico per espletare l'esame del Dna, in quanto la possibilità per il soggetto di rifiutare la prova esclude la violazione della libertà personale, mentre il trarre argomenti di prova dal comportamento della parte costituisce applicazione del principio della libera valutazione della prova (nello stesso senso, recentemente, Cass. civ., sez. I, 9 aprile 2009, n. 8733). Sugli strumenti per ovviare al rifiuto del preteso padre di sottoporsi al test del Dna v. anche Corte Edu, *Mikulić v. Croazia*, 7 febbraio 2002.

¹⁷ Cfr. A. DE CUPIS, *Cadavere (diritto sul)*, cit. *supra*, nota 12, e F. MANTOVANI, *I trapianti*, cit., 342, che parla dell'«interesse individuale della persona, vivente, alla inviolabilità del proprio futuro cadavere, in quanto proiezione ultraesistenziale di se stessa».

¹⁸ Cfr. art. 4 della legge 1 aprile 1999, n. 91; ritiene costituzionalmente illegittima la subordinazione dei trapianti all'autorizzazione del defunto o comunque alla mancanza di una sua disposizione contraria G. GEMMA, *Questioni in tema di trapianti: profili di illegittimità costituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970, 1000 ss., in particolare negando che il diritto sul cadavere benefici di una tutela costituzionale (1026 ss.). Nell'affrontare la questione delle indagini genetiche *post mortem*, valorizza particolarmente l'evoluzione della disciplina sui trapianti, A. RENDA, *Ipotesi sul prelievo di Dna da defunto nei giudizi di stato*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 820 ss. e 835 ss.

genetiche sempre possibili oppure sempre vietate, salva pur sempre l'ipotesi di un (improbabile) consenso o dissenso espresso in vita.

Le due ipotesi prospettate, pur se pongono problemi diversi in ordine alla ricostruzione dell'effettiva volontà del defunto¹⁹, sono tuttavia da ricondurre entrambe al diritto all'autodeterminazione individuale, che trova fondamento negli articoli 13 e 32 della Costituzione: ciò che infatti si pretende dall'ordinamento è la garanzia che nessuno possa approfittare della vulnerabilità del corpo inanimato per utilizzarlo per finalità cui il soggetto, da vivo, si è opposto. Verrebbe così tutelato l'interesse ad addormentarsi in pace, nella certezza che, esalato l'ultimo respiro, del proprio corpo altri non potranno disporre liberamente in contrasto con la propria volontà. Si tratta di un profilo ben distinto da quello che si è inteso fondare sull'art. 2 della Costituzione: la lesione del rispetto dovuto ai morti si avrebbe in questo caso non in ragione del trattamento cui viene sottoposto il corpo del defunto, bensì a causa del mancato rispetto della sua volontà. Ne consegue che il richiamo a questa accezione del rispetto per i morti è in grado di vietare l'indagine genetica non solo ogni qual volta sia compiuta sul corpo fisico del defunto, indipendentemente dalla necessità di estrarne il corpo o meno, ma anche quando sia eseguita altrimenti, ad esempio, come già segnalato, su un campione biologico: ciò che infatti deve essere tutelato, in questo caso, è la volontà di non sottoporsi a una certa indagine genetica, indipendentemente dalle modalità, più o meno invasive, con cui questa viene compiuta.

Dietro la formula della «pietà per i defunti», infine, potrebbe celarsi la preoccupazione – da ricondurre essenzialmente al bene giuridico della certezza giuridica – di far sì che la morte del presunto padre ponga un limite alla contestabilità *sine die* del legame di filiazione²⁰. Una simile lettura della pietà dei defunti, tuttavia, non può essere accolta.

La certezza giuridica, infatti, già gode di autonoma tutela attraverso il sistema dei termini decadenziali previsti per la proposizione delle azioni di disconoscimento della paternità e di dichiarazione giudiziale della stessa, termini che la riforma del diritto di famiglia del 1975, in omaggio al *favor veritatis*, ha sensibilmente ampliato, in particolare rendendo imprescrittibile per il figlio l'azione di dichiarazione giudiziale della paternità (art. 270, c. 1 c.c.)²¹. Le ragioni della certezza giuridica sono dunque già considerate dal legislatore nel dettare i limiti temporali di proponibilità delle azioni, mentre il vietare l'effettuazione della prova genetica sul corpo dei defunti introdurrebbe non già una preclusione all'azione, ma una preclusione alle prove utilizzabili, che nel nostro ordinamento smentirebbe di fatto la disposizione del codice civile secondo cui «la prova della paternità e della maternità può essere data con ogni mezzo» (art. 269, c. 2). Non ne beneficerebbe, in questo caso, la certezza dei rapporti giuridici, poiché lo *status* di figlio rimarrebbe ancora contestabile in positivo e in negativo, sebbene con un numero minore di mezzi di prova; ne sarebbe invece

¹⁹ Cfr. *infra*, note 51 e 52.

²⁰ Può trarre in inganno in questo senso, ad esempio, la sentenza *Jäggi*, cit. *infra*, dove, nel bilanciamento degli interessi contrapposti la Corte introduce il bene giuridico della «*legal certainty*».

²¹ Per un quadro sintetico sulla preferenza accordata al *favor veritatis* nella riforma del diritto di famiglia v. U. ROMA, *Le prove genetiche della paternità*, in S. CANESTRARI *et al.* (a cura di), *Il governo del corpo*, cit., t. I, 449 ss. È da notare, che un movimento inverso si è invece recentemente verificato nell'ordinamento francese, dove l'*ordonnance 4 juillet 2005*, ha modificato il termine di prescrizione delle azioni concernenti la filiazione portandolo da 30 a 10 anni (art. 321 *Code civil*): criticamente sul punto, A. BATTEUR, *La filiation après de l'ordonnance du 4 juillet 2005 et de la loi du 23 juin 2006*, in *La semaine juridique notariale et immobilière*, 29 giugno 2007, n° 26, § 12 ss.

pregiudicato il diritto alla ricerca della paternità del figlio, cui verrebbe negato l'accesso alla più incontestabile delle prove, sulla base di un elemento per molti versi casuale, vale a dire l'esistenza in vita o meno del presunto genitore nel momento della proposizione dell'azione²².

Alla luce di queste premesse, è ora possibile procedere ad esaminare quale bilanciamento sia stato compiuto – dalla legge nell'ordinamento francese, dalla giurisprudenza in quello italiano – fra il diritto alla ricerca della paternità e il rispetto dovuto ai morti, in particolare mettendo in luce quale delle diverse accezioni di questa formula siano state privilegiate, e valutare la compatibilità di tale bilanciamento con la giurisprudenza della Corte Edu in materia²³.

3. La rigidità della soluzione francese: geni e vicende dell'*amendement Montand*

La disposizione sottoposta al controllo del *Conseil constitutionnel* è nella sua genesi così strettamente legata a uno specifico episodio di esumazione di un cadavere illustre, da averne assunto il nome²⁴.

Il punto di partenza deve essere individuato nella *loi n° 94-653 relative au respect du corps human*, che introduce, quale requisito per l'effettuazione di un test genetico nelle azioni concernenti lo *status filiationis*, il consenso espresso e preventivo del diretto interessato, senza tuttavia nulla disporre per il caso in cui la persona sia deceduta.

Dopo un primo pronunciamento della *Cour d'appel* di Aix-en-Provence che ritiene inapplicabile nei confronti dei defunti il requisito del consenso²⁵, la questione emerge in relazione al noto attore e cantante

²² Il problema si pone, nel nostro ordinamento, con riferimento all'art. 276 c.c., che limita la legittimazione passiva nell'azione per la dichiarazione giudiziale della paternità al solo presunto genitore o, in mancanza, ai suoi eredi, rendendo così impossibile l'affermazione dello *status* di figlio naturale quando, morto il padre, non vi siano eredi oppure siano anch'essi scomparsi. La questione è stata sollevata due volte di fronte alla Corte costituzionale, che l'ha tuttavia giudicata manifestamente inammissibile poiché «la richiesta di pronuncia additiva non è costituzionalmente obbligata, ma rientra nella discrezionalità del legislatore ordinario, dal momento che lo stesso, allo scopo di realizzare la pretesa del ricorrente, potrebbe indicare quale legittimato passivo della domanda di dichiarazione giudiziale di paternità o maternità naturale, in caso di premorienza del genitore e dei suoi eredi, un curatore speciale, ovvero individuare i legittimati negli eredi degli eredi del preteso genitore» (ordd. nn. 379 del 2008 e 80 del 2009). Si tratta di due decisioni di inammissibilità per discrezionalità legislativa (o di inammissibilità con accertamento di incostituzionalità), laddove la questione potrebbe forse dare luogo a una sentenza additiva di principio.

²³ Ai fini di un più approfondito esame della questione, che non è possibile svolgere in questa sede, occorrerebbe inoltre meglio definire i contorni dell'altro termine del bilanciamento, cioè il diritto alla ricerca della paternità. Esso presenta essenzialmente due aspetti, in quanto ricomprende tanto la pretesa identitaria a conoscere le proprie origini biologiche (aspetto su cui insiste la giurisprudenza della Corte di Strasburgo cit. *infra*), quanto la pretesa all'affermazione dello *status* di figlio e dei diritti che ne derivano nei confronti del genitore, sia di carattere personale (il diritto ad essere educati, che ovviamente non rileva nei casi esaminati in questo scritto), sia di carattere patrimoniale (ben più rilevanti in questi casi). Sulla distinzione fra diritto a conoscere le proprie origini e diritto allo *status* v. A. RENDA, *L'accertamento della maternità. Profili sistematici e prospettive evolutive*, Torino, 2008, 279 ss., nonché E. LAMARQUE, *Le norme e i limiti per la ricerca della paternità. Contributo allo studio dell'art. 30, quarto comma, della Costituzione*, Padova, 1998, 20 s., che ritiene non coperta dall'art. 30 Cost. «l'aspirazione a conoscere le proprie origini genetiche», che rimane «diritto» di incerta qualificazione e privo di diretta tutela nelle norme costituzionali. Nella giurisprudenza costituzionale v. la sent. n. 50 del 2006, dove, con riferimento alle azioni di dichiarazione giudiziale della paternità o della maternità, la Corte parla di «azioni volte alla tutela di diritti fondamentali, attinenti allo *status* ed alla identità biologica» (punto 4 del *Considerato*). Pur se i due profili presentano una sensibile reciproca indipendenza, giova sottolineare che nell'ordinamento italiano essi necessariamente vanno di pari passo, poiché non è dato altro strumento giuridico per soddisfare il proprio interesse alla conoscenza delle proprie origini che quello di agire in giudizio per l'affermazione dello *status* di figlio naturale. Fanno eccezione, con problematiche del tutto peculiari, le ipotesi dell'adozione (v. sul punto la sentenza n. 425 del 2005 della Corte costituzionale) e della procreazione medicalmente assistita eterologa, sulle quali v., recentemente, A. NICOLUSSI, *Fecondazione eterologa e diritto di conoscere le proprie origini. Per un'analisi giuridica di una possibilità tecnica*, in questa *Rivista*, 2012, fasc. 1, 9 ss.

²⁴ Per una sintetica ricostruzione della genesi dell'*amendement Montand* v. J.-R. BINET, *La loi relative à la bioéthique – Commentaire de la loi du 6 août 2004 : 1^{re} partie*, in *Droit de la famille*, 2004, n° 10, étude 22, § 19 ss.

Yves Montand. Mentre quest'ultimo era ancora in vita, nei suoi confronti era stata proposta un'azione per il riconoscimento della paternità da parte della madre della presunta figlia, in nome della stessa; nell'ambito di questa prima azione, dichiarata irricevibile per tardività, Montand si era rifiutato di sottoporsi alla prova genetica. Alcuni anni più tardi, morto l'attore, la presunta figlia aveva esercitato nuovamente l'azione, questa volta in nome proprio e, basandosi sul precedente rifiuto di sottoporsi al test del Dna, il giudice di primo grado aveva affermato la paternità di Montand.

In grado di appello, tuttavia, il giudice aveva dapprima ordinato di eseguire la prova ematica confrontando le caratteristiche della ricorrente con quelle dei parenti di Montand, quindi, ritenendo tale prova non sufficientemente affidabile, aveva ordinato l'esumazione del corpo per l'esecuzione del test del Dna (che aveva peraltro definitivamente negato il legame di paternità)²⁶. A fondamento della propria decisione la *Cour d'appel* di Parigi rileva che, con riferimento al defunto, «*son consentement propre ne peut bien évidemment plus être recherché*», mentre «*ses ayants droit ont fait connaître qu'ils ne s'opposaient pas à une analyse génétique après exhumation de leur auteur si elle était estimée nécessaire*». In altre parole, il rifiuto precedentemente opposto in vita da Montand non viene tenuto in nessuna considerazione, mentre risulta decisivo il consenso espresso dai suoi prossimi congiunti.

È proprio in reazione a questo episodio che, nel suo rapporto del 1999 sulla revisione delle leggi relative alla bioetica, il Consiglio di Stato suggerisce di modificare la disciplina codicistica vietando l'esecuzione di indagini genetiche *post mortem* nei confronti di chi, in vita, le abbia espressamente rifiutate, soluzione perfettamente modellata sul caso Montand. Nel corso del dibattito parlamentare che porta all'approvazione della *loi n° 2004-800 relative à la bioéthique*, tuttavia, la regola proposta viene completamente rovesciata, trasformandosi in un divieto di procedere alla prova genetica postuma, a meno che l'interessato non abbia espressamente accordato da vivo il suo consenso a tale misura. Questa soluzione merita alcune considerazioni critiche.

In primo luogo, occorre prestare attenzione alla questione del consenso espresso in vita dall'interessato. Con tutta evidenza si tratta di un'ipotesi assolutamente improbabile, ai limiti dell'ipocrisia²⁷, che non scalfisce in nulla l'assolutezza del divieto di indagini *post mortem*, ma, al contrario, lo rafforza. Infatti, malgrado il *Conseil constitutionnel* abbia affermato che «*le législateur a entendu faire obstacle aux exhumations afin d'assurer le respect dû aux morts*», ciò che porterebbe a individuare la *ratio* della norma in esame alla tutela oggettiva della dignità umana iscritta nel corpo del defunto, vietando una pratica, l'esumazione, ritenuta lesiva della stessa, proprio il richiamo al consenso dell'interessato obbliga invece a leggere la disposizione come finalizzata alla tutela della volontà dell'interessato²⁸. Ne risulta, di conseguenza, secondo quanto affermato al paragrafo precedente, che debbono ritenersi precluse anche

²⁵ *Cour d'Appel Aix-en Provence*, 8 febbraio 1996, in *Droit de la famille*, 1996, n° 2, con nota di P. MURAT.

²⁶ *Cour d'Appel Paris*, 6 novembre 1997, in *Dalloz jurisprudence*, 1998, 122, con nota di P. MALAURIE.

²⁷ Così J. HAUSER, *Expertise génétique post mortem: les morts sont tous de braves types!*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2011, 744.

²⁸ Cfr. J. HAUSER, *Expertise génétique post mortem*, cit., 744: «*L'hypothèse évoquée est incohérente et présuppose en plus que l'autorisation d'une expertise post mortem qui intéresse l'enfant serait entièrement disponible entre les mains de l'auteur prétendu, ruinant ainsi l'argument objectif du respect dû aux morts (sauf s'ils consentent à l'irrespect?). On a bien compris qu'il s'agit plus nettement du "respect" dû aux vivants*».

quelle indagini genetiche *post mortem* realizzabili senza necessità di esumare il corpo, in particolare quando sia disponibile un campione biologico del defunto: in questo senso, infatti, si è orientata la giurisprudenza della *Cour de cassation*²⁹.

In secondo luogo, è chiaro che la volontà del defunto beneficia di una tutela assoluta, non essendo ravvisabile alcuna forma di bilanciamento con il diritto altrui alla ricerca della paternità³⁰. La soluzione si presenta quindi estremamente rigida, non residuando al giudice alcun potere di apprezzamento degli interessi in gioco nel caso concreto: la stessa possibilità di derivare dal rifiuto del presunto padre la conferma del legame di paternità, affermata dalla *Cour de Cassation*³¹, appare difficilmente praticabile, poiché nella specie non si è in presenza di alcun rifiuto espresso, che qualsiasi persona ragionevole si guarderà bene dal formulare, essendo del tutto superfluo.

Alla luce di queste considerazioni, emerge chiaramente il netto contrasto fra la normativa francese e la giurisprudenza della Corte Edu, che, sul punto, richiede agli Stati membri di garantire «*a fair balance*» fra «*the right to an identity*» ricondotto alla nozione di vita privata di cui all'art. 8 Cedu, da una parte, e «*the right of third parties to the inviolability of the deceased's body, the right to respect for the dead, and the public interest in preserving legal certainty*» dall'altra³². Nel verificare il rispetto di questo bilanciamento (e nel caso francese, come si è detto, già non si può parlare di un bilanciamento in senso proprio) la Corte, in considerazione dell'importanza del diritto all'identità, espressamente afferma di dover procedere a uno stretto scrutinio che nei fatti risulta decisamente favorevole al diritto alla ricerca della paternità, e forse «sbilanciato» in questo senso.

Nel caso *Jäggi*, che costituisce il precedente più netto e rilevante in materia, la Corte ha condannato la Svizzera per aver negato al ricorrente, con decisione del Tribunale Federale, l'esumazione del corpo del presunto padre ai fini dell'effettuazione del test genetico. Diversi elementi del caso concreto portano a ritenere l'orientamento decisamente sbilanciato in senso favorevole all'esumazione dei corpi e tale da porre seri problemi di conformità a Convenzione anche a discipline assai meno restrittive di quella francese³³.

²⁹ Cass. civ., 1^{re} civ., 2 aprile 2008, n° 06-10.256. Come nota V. BONNET, *Expertises post mortem : la vérité ensevelie*, in *Recueil Dalloz*, 2008, 2121, «*la Cour de cassation donne la plus large portée à la loi du 6 août 2004*», rivelando che «*le fondement véritable du nouvel article 16-11, alinéa 2, réside, non pas dans le respect dû aux morts, mais dans la pure volonté du défunt de ne pas permettre qu'on lui impute une filiation dont il n'a pas voulu, puisque le refus de l'expertise génétique aboutit pratiquement au rejet de l'action en recherche de paternité*».

³⁰ Questa tutela assoluta del «*respect dû aux morts*» è stata fortemente criticata, per i suoi effetti pregiudizievoli nei confronti del diritto alla ricerca della paternità, dalla dottrina francese, che ha spesso riconosciuto come più equilibrata la soluzione inizialmente proposta dal *Conseil d'État*: cfr., ad esempio, A. BATTEUR, *La filiation*, cit., § 14, e S. MIRABAIL, *l'Établissement de la filiation à l'épreuve de la mort*, in *Droit de la famille*, 2010, n° 4, étude 6, § 9. Diversamente, per un giudizio positivo della norma in esame v. J.-R. BINET, *La loi relative à la bioéthique*, cit., § 25. Si noti, peraltro, che, nella sua rigidità, la disposizione in esame può non solo limitare il diritto alla ricerca della paternità, ma anche prestarsi ad abusi a danno del defunto stesso, che non necessariamente ha sempre dei segreti da nascondere. Come nota J. HAUSER, *Pas de vie privée post mortem, encore que...*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2004, 714, se nel caso *Montand* non si fosse effettuato il test genetico, la presunta figlia avrebbe ottenuto l'attribuzione di un legame di filiazione in realtà inesistente; se ciò può essere tollerato, come rischio accettato dallo stesso diretto interessato, quando egli abbia preventivamente negato il proprio consenso alla prova genetica e abbia quindi consapevolmente inteso privarsi della prova più idonea a dimostrare l'assenza del legame di filiazione (come nel caso *Montand*), il discorso cambia quando il defunto non abbia espresso in vita alcuna volontà sul punto, per cui la mancata esecuzione del test genetico può risultare contrastante con il suo presunto interesse a non vedersi attribuita una paternità inesistente.

³¹ Cfr. *Cour de cassation*, 1^{re} civ., 7 giugno 2006, n. 291, e 11 luglio 2006, n. 385.

³² Corte Edu, *Jäggi v. Switzerland*, 13 luglio 2006, §§ 38 e 39, e, per l'affermazione di un «*particularly rigorous scrutiny*», § 37.

³³ Più equilibrata appare invece la *dissenting opinion* formulata dal giudice Hedigan e accolta dal giudice Gyulumyan, favorevole a riconoscere un più ampio margine di apprezzamento agli Stati membri e ai loro giudici, alla luce del carattere sussidiario della tutela

Nel caso di specie, infatti, il soggetto deceduto si era da vivo sempre rifiutato di effettuare il test di paternità, elemento che la Corte non tiene in alcuna considerazione, limitandosi a rilevare invece che la famiglia, pur oppostasi all'esumazione del corpo, non ha tuttavia allegato ragioni di carattere religioso o filosofico (§ 41). Inoltre, il ricorrente faceva valere solamente un interesse a conoscere le proprie origini, a prescindere da qualsiasi rivendicazione successoria, ormai preclusa, ma la Corte non sembra considerare questo come un elemento di debolezza della pretesa del ricorrente, piuttosto il contrario: viene infatti sottolineato che «*an individual's interest in discovering his parentage does not disappear with age, quite the reverse*», nonché viene enfatizzata la tenacia del ricorrente nel perseguire il proprio interesse nel corso degli anni (§ 40). Infine, il rispetto del corpo del defunto sembra godere presso la Corte di una considerazione pressoché nulla. Il giudice di Strasburgo si limita, infatti, a rilevare che la richiesta di un test genetico *post mortem* non può integrare una violazione del diritto del defunto al rispetto della vita privata³⁴ – ciò che è evidente, come è evidente che il problema di tutta la questione non è se il morto soffra o meno per l'effettuazione della prova genetica –, aggiungendo che, poiché la concessione del sepolcro è comunque temporanea, «*the right to rest in peace therefore enjoys only temporary protection*» (§ 41).

Successivamente, la Corte di Strasburgo ha affrontato la questione in due altre pronunce, che non attenuano le affermazioni nettamente favorevoli al diritto alla ricerca della paternità contenute nella sentenza *Jäggi*.

Nella decisione di irricevibilità *Menéndez Garcia* la Corte esclude la violazione dell'art. 8 in un caso in la prova genetica *post mortem* era stata negata in conseguenza della carenza di legittimazione attiva della ricorrente, che agiva per affermare che il proprio defunto padre era figlio naturale di un altro soggetto, anch'esso defunto, di cui reclamava pertanto lo *status* di nipote³⁵. In questa situazione è agevole per la Corte rilevare che l'interesse alla conoscenza dell'identità varia a seconda del grado di prossimità dell'ascendente e deve in questo caso cedere di fronte alle esigenze della certezza giuridica e ai diritti della famiglia del presunto nonno.

Nella sentenza *Pascaud*, invece, il giudice di Strasburgo conferma e ribadisce il proprio orientamento, decisamente favorevole alla ricerca della paternità³⁶. Si tratta di un caso assai complesso, in cui viene effettuato un controllo piuttosto disinvolto e difficilmente prevedibile sull'equità del bilanciamento fra i diritti coinvolti, che trova il suo culmine quando la Corte afferma, in sostanza, che la violazione dell'art. 8 Cedu consiste nell'impossibilità per il ricorrente di veder affermato il proprio *status* di figlio, nonostante sia in

offerta dalla Corte di Strasburgo: «*This is the crux of my disagreement with the majority: I do not feel that as judges of this Court we have good grounds to find that the Swiss Federal Court got the balance so clearly wrong when they weighed the conflicting interests as to justify a finding of a violation*». L'incompatibilità dell'*amendement Montand* con i principi affermati dalla Corte di Strasburgo nella sentenza *Jäggi* è stata subito rilevata dalla dottrina francese: cfr. J.-P. MARGUÉNAUD, *L'ADN se ramasse à la pelle...*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2006, 727, e J. HAUSER, *Réfléchir avant de voter des lois?*, *ibidem*, 2007, 99.

³⁴ In questo la Corte riprende la propria decisione di inammissibilità *Estate of Kresten Filtenborg Mortensen v. Denmark*, 8 gennaio 2003, dove si intendeva far valere in nome del defunto la violazione dell'art. 8 della Convenzione, per averne esumato il corpo al fine di condurre un test genetico: «*In the present case the individual in question, namely KFM, was deceased when the alleged violation took place and hence when his estate, on his behalf, lodged the complaint with the Court alleging an interference with his right, or rather his corpse's right, to respect for private life. In such circumstances, the Court is not prepared to conclude that there was interference with KFM's right to respect for private life within the meaning of Article 8 § 1 of the Convention*».

³⁵ *Menéndez Garcia v. Spain*, 9 maggio 2007, decisione di inammissibilità.

³⁶ *Pascaud v. France*, 16 giugno 2011.

possesso di una schiacciante prova genetica. Con il che la Corte sembra formulare una censura piuttosto indistinta a tutto il sistema procedurale per l'affermazione della paternità, dai termini di preclusione dell'azione, all'impossibilità di effettuare test genetici *post mortem*, alla necessità del consenso, globalmente visti come un ostacolo all'affermazione della verità biologica³⁷.

Da quanto detto, dovrebbe risultare chiaro che la sottoposizione al *Conseil constitutionnel* di una *question prioritaire de constitutionnalité* poteva costituire l'occasione per sanzionare una disposizione che, nella sua rigidità, si manifesta lesiva del diritto a conoscere le proprie origini, e insieme superare un evidente contrasto della normativa interna con la giurisprudenza della Corte Edu, anche tenendo presente che il legislatore francese ha evitato di ritornare sulla questione in occasione dell'approvazione della revisione della *loi sur la bioéthique* del luglio 2011³⁸.

La decisione del *Conseil*, pertanto, si presta ad essere letta sotto due profili.

Sul piano interno si conferma e si consolida l'atteggiamento di *self restraint* (o, se si vuole, di grande rispetto per la discrezionalità del legislatore) nelle questioni concernenti la famiglia e la filiazione, che già il giudice costituzionale aveva espresso nella decisione sull'adozione da parte del convivente, non coniugato, con il padre o la madre del minore, e in quella sul matrimonio fra persone dello stesso sesso³⁹.

Nei rapporti fra ordinamenti, il *Conseil constitutionnel* conferma il regime di separazione fra *exception d'inconstitutionnalité* e *exception d'inconventionnalité*, rifiutando di assumere, anche solo tacitamente, il ruolo di garante della conformità dell'ordinamento francese alla giurisprudenza della Corte Edu⁴⁰. Da questo punto di vista sarà interessante osservare il seguito della vicenda dell'*amendement Montand* e soprattutto vedere quale organo si farà carico di comporre le divergenze, se un legislatore certamente più solerte di quello italiano nelle materie bioetiche⁴¹, o il giudice ordinario, dichiarando la non

³⁷ V. sul punto le critiche della dottrina francese, che sottolineano come la Corte abbia in sostanza effettuato un giudizio in via equitativa: cfr. J. HAUSER, *Le droit à l'expertise biologique et la Convention EDH: la vérité biologique à tout moment?*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2011, 526 e F. CHÉNÉDÉ, in *AJ famille*, 2011, 429: «La CEDH [...], à la différence des juges internes, ne se sent nullement tenue par les règles de droit. Le contrôle dit de proportionnalité masque mal, en effet, la réalité qui se dissimule derrière lui: une simple appréciation des faits - un jugement d'équité? - dénuée de toute "contrainte juridique" pour reprendre les termes de la Cour».

³⁸ La *loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique*, con la quale è stata introdotta la disposizione in esame, prevedeva infatti (art. 40) di essere sottoposta a un nuovo complessivo esame da parte del Parlamento entro il termine massimo di cinque anni dalla sua entrata in vigore, ciò che è avvenuto, in ritardo, con la *loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique*, che, appunto, non ha modificato l'*amendement Montand*.

³⁹ V., rispettivamente, la *décision n° 2010-39 QPC* (6 ottobre 2010) e la *décision n° 2010-92 QPC* (28 gennaio 2011); lo stesso atteggiamento caratterizza anche la *décision n° 2011-155 QPC* (29 luglio 2011), in materia di pensione di reversibilità e coppie non coniugate. Sottolinea come il diritto di famiglia abbia superato relativamente indenne il controllo del giudice costituzionale, a dispetto di previsioni che invece prospettavano una rivoluzione in questa materia ad opera della QPC, M. LAMARCHE, *Expertises génétiques post mortem: le Conseil constitutionnel refuse de donner le coup de grace à l'article 16-11, alinéa 2, du Code civil*, in *Droit de la famille*, 2011, n° 11, 89, che rileva come in questo modo venga a ridursi «à bien peu de chose l'intérêt des QPC en droit des personnes et de la famille».

⁴⁰ Pur se l'art. 55 della Costituzione francese sancisce la superiorità gerarchica dei trattati internazionali sulla legge ordinaria, il *Conseil constitutionnel*, sin dalla *décision n° 74-54 DC* (15 gennaio 1975, cd. *IVG I*), rifiuta di esaminare la conformità della legge ai trattati internazionali, nel giudizio di legittimità costituzionale. Di questo tipo di controllo si sono invece fatte carico le giurisdizioni ordinaria e amministrativa a partire dalle decisioni *Jacques Vabre* della *Cour de cassation* (*Ch. mixte*, 24 maggio 1975) e *Nicolo del Conseil d'État* (*Ass. plén.*, 20 ottobre 1989). Sul punto v. l'intervento del giudice del *Conseil constitutionnel* O. DUTHELLET DE LAMOTHE, *Contrôle de conventionnalité et contrôle de constitutionnalité en France*, aprile 2009, disponibile sul sito del *Conseil*, www.conseil-constitutionnel.fr («Documentation», «Contributions et discours»), che al riguardo parla espressamente di un sindacato di costituzionalità diffuso paragonabile a quello americano. Sul rapporto fra Qpc e controllo di convenzionalità v., fra i contributi più recenti, D. SZYMCZAK, *Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'Homme: vers la fin de «l'exception française»?*, maggio 2011, disponibile in www.institutvilley.com.

⁴¹ Cfr. *supra*, nota 38.

conformità a Convenzione di una disposizione giudicata conforme a Costituzione⁴², oppure la stessa Corte di Strasburgo, rivedendo la propria giurisprudenza.

4. La soluzione italiana: le indicazioni della giurisprudenza nel silenzio del legislatore

Nell'ordinamento italiano, la questione in esame non è stata espressamente affrontata dal legislatore, che non è intervenuto, in attuazione dell'art. 30, c. 4 della Costituzione, a specificare se, e in quale misura, il rispetto per i morti possa costituire un limite alla ricerca della paternità⁴³. È toccato così al giudice ordinario procedere, nella concretezza dei pochi casi in cui il problema si è presentato, al bilanciamento dei diversi interessi coinvolti.

La Corte di cassazione ha affrontato la questione dei test genetici *post mortem* in maniera diretta soltanto una volta e in tempi assai recenti⁴⁴, censurando una pronuncia del giudice d'appello che non aveva dato ingresso alla prova ematologica/genetica sul corpo del presunto padre defunto – prova peraltro non richiesta dall'attore –, asserendo che tale indagine, oltre a essere assai dispendiosa e difficoltosa, non avrebbe portato a risultati di elevato grado di attendibilità, atteso il lungo tempo trascorso dal decesso del presunto genitore. Al di là dell'affermazione della possibilità tecnica di effettuare tale tipo di indagini e della loro utilità, sottovalutata dal giudice d'appello, sul problema del rispetto dei morti come limite alla ricerca della paternità la suprema Corte si limita a fare riferimento al precedente della Corte di Strasburgo, il citato caso *Jaggi*, per affermare la possibilità giuridica di tali indagini, ma non scioglie il problema più delicato, vale a dire quello del rilievo del consenso dei prossimi congiunti.

In precedenza, la Corte di cassazione aveva affrontato il tema del consenso dei congiunti solamente con riferimento all'esecuzione della prova genetica su un campione biologico, giustamente escludendo che in questo caso possa sussistere un potere di veto dei familiari: secondo la suprema Corte quando gli accertamenti tecnici non riguardano «una spoglia umana inanimata, ma un reperto biologico» «non è configurabile un diritto dei congiunti analogo a quello che agli stessi spetta sul cadavere»⁴⁵. L'osservazione è pienamente condivisibile: come sopra accennato, l'esclusione di un test genetico su un campione biologico può ragionevolmente fondarsi soltanto sul rispetto della volontà del diretto interessato, mentre appaiono inconferenti i richiami alla dignità umana o al rispetto dei sentimenti dei prossimi congiunti, dal momento che

⁴² Cfr. *supra*, nota 40.

⁴³ Sul quarto comma dell'art. 30 della Costituzione e sull'evoluzione della sua interpretazione v. E. LAMARQUE, *Le norme*, cit., 17 ss., e ID., *Art. 30*, in A. CELOTTO, R. BIFULCO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, 636 s.

⁴⁴ Cass. civ., 16 aprile 2008, n. 10007, con nota critica (nei confronti della sentenza e del suo estensore in particolare) di F. GAZZONI, *Una sentenza con "motivazione suicida" da inumare (figlio naturale dichiarato, cadavere esumato e testamento revocato)*, in *Dir. fam. pers.*, 2008, 1835 ss. Precedentemente la suprema Corte si era limitata a rilevare la possibilità tecnica di effettuare il test genetico *post mortem* (Cass. civ., 27 gennaio 1997, n. 807) e a non censurare l'operato dei giudici d'appello che avevano disposto e ritenuto attendibile tale prova (Cass. civ., 3 settembre 2004, n. 17825 e Cass. civ., 8 novembre 2006, n. 23800).

⁴⁵ Cass. civ., 5 agosto 2008, n. 21128; F. GAZZONI, *L'erba voglio non cresce nemmeno nel giardino del giudice: dichiarazione giudiziale di paternità, ordini del giudice e provvedimenti abnormi*, in *Dir. fam. pers.*, 2009, 1781 s., ritiene che da questo passaggio della pronuncia debba ricavarsi, argomentando *a contrario*, la necessità del consenso dei familiari quando l'indagine sia condotta sul cadavere. Per vero, la Corte di cassazione sembra limitarsi a rilevare che, poiché il diritto dei congiunti sul cadavere è fondato sul sentimento di pietà che li lega al defunto, il suo richiamo in relazione a un campione biologico è del tutto fuori luogo, posto che quest'ultimo è palesemente inidoneo a suscitare tale sentimento; la suprema Corte non afferma invece, né nega, che nel diritto dei familiari sul cadavere sia compreso il potere di vietare le indagini genetiche *post mortem*, semplicemente non affrontando la questione.

un reperto biologico né porta iscritto in sé il segno universale della dignità umana, né è idoneo a suscitare nei prossimi congiunti il ricordo della persona cara.

Il punto è stato affrontato raramente anche dalla giurisprudenza di merito. In un caso la questione è stata posta alla Corte costituzionale, che ha tuttavia reso una pronuncia di manifesta inammissibilità: il giudice *a quo* aveva infatti formulato la *quaestio* in maniera perplessa (o ancipite), prospettando l'illegittimità costituzionale dell'art. 269, c. 2 c.c., sia qualora interpretato nel senso di consentire sempre questo tipo di indagini, sia qualora interpretato nel senso di vietarle sempre⁴⁶. In altri due casi, a quanto consta, la giurisprudenza di merito ha invece affermato la prevalenza del diritto alla ricerca della paternità sul diritto dei prossimi congiunti al rispetto della salma, ritenendo di poter procedere all'esumazione del corpo e all'esecuzione del test genetico anche in assenza del consenso dei prossimi congiunti o in presenza di un loro specifico diniego⁴⁷.

Nel complesso, pertanto, la giurisprudenza italiana esprime una posizione per certi versi opposta a quella francese, ritenendo sempre possibili i test genetici *post mortem*, anche prescindendo dal consenso dei prossimi congiunti. In assenza di un'espressa indicazione legislativa in senso contrario, tale giudizio di prevalenza appare condivisibile, anche alla luce dell'evoluzione della disciplina sui trapianti, oltre che conforme alle indicazioni della giurisprudenza della Corte di Strasburgo⁴⁸. Se si considera che le indagini genetiche devono comunque essere condotte nel massimo rispetto possibile per la salma su cui si eseguono, sembra potersi affermare che né l'aggressione prodotta alla dignità del corpo del defunto attraverso l'esumazione, né la sofferenza patita dai prossimi congiunti sono di una gravità tale da meritare una tutela giuridica così elevata da poter determinare la vanificazione della ricerca della paternità, tanto nel suo aspetto di diritto all'identità, quanto nel suo aspetto di diritto allo *status*. Inoltre, con specifico riferimento alla questione del consenso dei prossimi congiunti, il giudice non può rimanere insensibile al rischio di abusi che può generarsi dal riconoscere in capo ai prossimi congiunti un sostanziale diritto di veto sulla prova genetica. I soggetti di cui si dovrebbe proteggere il sentimento di *pietas*, infatti, sono generalmente altresì

⁴⁶ Corte cost., ord. n. 39 del 1998, con nota di M. ROBLES, *Le prove ematologiche sul defunto: tra verità storica e processo*, in *Giur. it.*, 1998, 1313 ss.

⁴⁷ Cfr. Trib. Brindisi, ord. 18 agosto 1999, in *Rass. dir. civ.*, 2001, 220 ss., con nota di A. ROCCO, *Prove ematologiche sul defunto tra tutela della pietas e tutela dell'identità biologica*, e App. Catania, ord. 21 luglio 2009 (giudice del rinvio operato da Cass. civ., 16 aprile 2008, n. 10007, cit. *supra*), in *Dir. fam. pers.*, 2009, 1775 ss., con nota critica di F. GAZZONI, *L'erba voglio*, cit. Nel primo caso, di fronte all'opposizione dei congiunti all'esumazione del corpo del presunto padre il giudice rileva il contrasto fra «la tutela della *pietas* e, soprattutto, [il] diritto dei parenti del defunto al rispetto della salma e il diritto all'identità biologica» e ritiene che «nel contrasto fra le due posizioni di diritto soggettivo sopra evidenziate sia preminente quella di tutela della identità biologica che, alla pari della tutela della salma, ha anche valenze di carattere pubblicistico». Nel secondo caso, si nega la necessità del consenso dei congiunti affermando che «al cadavere non può essere riservato il diritto all'integrità fisica, che per garantire interessi di rango superiore, quali la ricostruzione dei fatti nelle indagini penali, la ricerca scientifica e l'accertamento della identità personale, può essere violato, pur nel rispetto delle regole che presiedono alla *pietas* riservata ai defunti».

⁴⁸ In senso favorevole alla possibilità di procedere all'esumazione del corpo e al test genetico anche in assenza del consenso dei prossimi congiunti v., ampiamente, A. RENDA, *Ipotesi*, cit., 815 ss. e 835 ss., che nota come, se il potere oppositivo dei familiari è stato dalla legge escluso nei confronti del prelievo di organi, a maggior ragione lo si deve escludere rispetto a una pratica assai meno invasiva quale è il prelievo del Dna (838). Diversamente, secondo F. GAZZONI, *L'erba voglio*, cit., 1783 s., «la soluzione più equilibrata del conflitto è quella di ammettere la necessità del consenso dei familiari, nel contempo però applicando l'art. 116, comma 2 c.p.c., parallelamente a quanto avviene quando il preteso padre è in vita, sempre che, ovviamente, i familiari stessi siano parte convenuta in giudizio»; in caso contrario permane il loro potere di interdizione, ma viene meno l'applicabilità dell'art. 116, c. 2 c.p.c. (cfr. anche ID., *Una sentenza "con motivazione suicida"*, cit., 1849 s.). Sul punto cfr. anche S. PAGLIANTINI, *Principi costituzionali e sistema della filiazione*, in M. SESTA, V. CUFFARO (a cura di), *Persona, famiglia e successioni nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 541, che ritiene che un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 269, c. 2 c.c., richieda il consenso dei prossimi congiunti quando sia richiesta la perizia ematica sul cadavere.

titolari di ben meno eterei e assai più materiali interessi di natura patrimoniale, poiché nella grande maggioranza dei casi i prossimi congiunti del defunto sono anche gli eredi dello stesso; dietro a un rifiuto all'esumazione del corpo, argomentato facendo appello alla pietà per i defunti, potrebbe pertanto facilmente celarsi la volontà di non consentire l'accertamento del legame di filiazione per non veder compromessi i propri diritti successori⁴⁹. Risulterebbe inoltre non scontata, in questo caso, l'applicazione dell'art. 116 c.p.c., che consente al giudice di desumere argomenti di prova dal contegno delle parti nel processo e che in questo tipo di azioni ha portato a una sostanziale equiparazione fra rifiuto del presunto padre di sottoporsi alla prova genetica e ammissione di paternità⁵⁰.

Nei casi che si presenteranno successivamente, è tuttavia auspicabile che la giurisprudenza introduca alcuni temperamenti alla regola della generalizzata praticabilità di questo tipo di indagini, anche distanziandosi dall'orientamento forse eccessivamente permissivo della Corte di Strasburgo.

In primo luogo, a tutela del diritto all'autodeterminazione il test di paternità dovrebbe essere escluso quando il soggetto, in vita, lo abbia espressamente rifiutato⁵¹, pur se al giudice non deve essere preclusa la possibilità di valutare tale rifiuto come argomento di prova⁵². Quando il rifiuto sia stato espresso in sede processuale dal presunto genitore, poi deceduto prima della conclusione del giudizio, ciò può avvenire ai sensi dell'art. 116, c. 2 c.p.c. Quando invece il soggetto, al di fuori di un giudizio, abbia espresso la volontà che il proprio cadavere non sia sottoposto a indagini genetiche, ciò evidentemente non configura un comportamento processuale rilevante ai sensi dell'art. 116, c. 2 c.p.c., ma l'esigenza di poterne trarre argomento di prova si impone in virtù della necessaria coerenza dell'ordinamento che, diversamente, si troverebbe ad accordare una tutela differente al medesimo rifiuto, a seconda del momento in cui viene espresso, con conseguente irragionevole disparità di trattamento del diritto alla ricerca della paternità, che

⁴⁹ Sottolinea questo aspetto A. PALAZZO, *La filiazione*, Milano, 2007 (vol. LVI del *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. CICU e F. MESSINEO e continuato da L. MENGONI e P. SCHLESINGER), 473 s., che esclude la necessità del consenso dei prossimi congiunti evidenziando come i parenti siano i naturali competitori del reclamante lo *status* quali soggetti passivi dell'azione di accertamento ex art. 276 c.c., e potrebbero in questo modo precludere il mezzo principale di prova ai fini dell'accertamento della paternità: «tale posizione di potere del convenuto non è compatibile con le regole principali del processo civile di cognizione in tema di esercizio dei diritti ad esso collegati».

⁵⁰ Cfr. *supra*, nota 16. Sul punto v. però Cass. civ., 9 giugno 2005, n. 12166, che ritiene corretta la motivazione della sentenza della Corte d'appello, affermativa della paternità, che trae argomenti di prova, ex art. 116 c.p.c., tra l'altro, dalla «singolare vicenda della scomparsa della salma del C. avvenuta in pendenza della presente causa, allorché era stata già disposta consulenza tecnica volta a conseguire le prove genetiche sul Dna, che, a tacer d'altro, conferma che fosse forte il sospetto sulla sussistenza della filiazione», evento addebitato all'unica figlia legittima del defunto, che aveva (quantomeno) consentito all'esumazione della salma e al versamento dei resti nell'ossario comune, rendendo impossibile qualsiasi indagine sugli stessi.

⁵¹ Cfr. F.D. BUSNELLI, *Per uno statuto del corpo inanimato*, cit., 2147, che richiama A. RENDA, *Ipotesi*, cit., 824 s. Quest'ultimo, peraltro, distinguendo fra la volontà di non sottoporsi da vivo al prelievo del Dna (tutelata direttamente dagli artt. 13 e 32 Cost.) e la volontà che la propria salma non sia sottoposta al prelievo del Dna (espressione del diritto di disporre del proprio cadavere, diritto privo di un immediato fondamento costituzionale), giunge coerentemente ad affermare che «il rifiuto opposto dal convenuto al prelievo del Dna nel corso del processo non esclude che tale prelievo possa essere legittimamente effettuato dalla sua salma se egli muoia durante il processo, poiché la manifestazione di volontà contraria al prelievo da vivente costituisce atto di esercizio di un potere di consentire diverso dal potere di disporre del proprio cadavere» (832).

⁵² Vi sono tuttavia casi in cui anche la contraria volontà del defunto dovrebbe poter essere superata, in particolare quando il presunto figlio agisca non già al fine di affermare uno *status*, bensì al fine di ottenere delle informazioni, indispensabili, ad esempio, per tutelare adeguatamente la propria salute. Sul punto sembrano emergere i limiti della riunione nella medesima azione di affermazione della paternità del profilo relativo alla mera conoscenza delle proprie origini biologiche e di quello dell'affermazione dello *status* di figlio (cfr. *supra*, nota 23).

penalizzerebbe il soggetto che agisce successivamente alla morte del presunto padre rispetto a quello che agisce quando ancora il presunto genitore è in vita⁵³.

In secondo luogo, a tutela della dignità umana, l'esumazione della salma a fini probatori dovrebbe essere esclusa quando la stessa prova possa essere utilmente eseguita su un campione biologico altrimenti disponibile, sempre facendo salva l'ipotesi in cui il soggetto abbia espressamente escluso questo tipo di indagini.

Infine, a tutela tanto della dignità della salma, quanto della *pietas* dei prossimi congiunti, sarebbe forse opportuna da parte del giudice una cautela superiore nell'ammettere il ricorso alla prova genetica, quando questa debba essere effettuata attraverso l'esumazione del cadavere.

Come noto, alla prova genetica nelle azioni concernenti lo *status filiationis* è ormai possibile accedere in maniera pressoché immediata, a seguito delle sentenze nn. 50 e 266 del 2006 della Corte costituzionale⁵⁴. Tuttavia, se la prova genetica eseguita su una persona viva si presenta assai poco intrusiva e di facile esecuzione, può essere rifiutata dal diretto interessato e, secondo le parole della Corte costituzionale, «consente ormai di pervenire alla decisione di merito, in termini di pressoché assoluta certezza, in tempi estremamente concentrati»⁵⁵, lo stesso non può dirsi quando la prova genetica richieda l'esumazione di una salma, una pratica assai più gravosa e, come si è detto, astrattamente idonea a incidere negativamente sulla dignità umana da riconoscere al corpo del defunto, così come sui sentimenti di *pietas* dei suoi prossimi congiunti. In questo caso è allora doveroso un più approfondito esame sulla necessità della prova, che deve essere esclusa in assenza di altri elementi indiziari in grado di dimostrare il carattere non temerario o vessatorio della richiesta. Nel giudizio di ammissibilità della prova genetica *post mortem*, il giudice avrebbe quindi la possibilità di prendere in considerazione l'eventuale opposizione dei prossimi congiunti, richiedendo un grado tanto maggiore di non infondatezza della richiesta di disporre la consulenza tecnica genetica quanto più appaiano motivate le ragioni dei familiari contrarie all'esumazione o al prelievo del Dna, ad esempio perché basate su specifiche convinzioni religiose⁵⁶. In questo modo sarebbe possibile non lasciare del tutto privo di tutela, attraverso un concreto bilanciamento di interessi in sede di decisione sull'ammissibilità della prova richiesta, il sentimento di *pietas* dei prossimi congiunti che, seppur cedevole di fronte al diritto alla ricerca della paternità, non risulta tuttavia del tutto sprovvisto di fondamento costituzionale.

⁵³ Un'ipotesi assai problematica potrebbe verificarsi quando il presunto padre abbia in sede processuale rifiutato l'indagine genetica e, *post mortem*, il test del Dna venga richiesto nei suoi confronti nel corso di un'altra azione promossa da un diverso soggetto che rivendichi anch'egli il legame di filiazione. Si porrebbe in questo caso il problema di stabilire se il rifiuto espresso debba considerarsi riferito alla prova genetica in sé, oppure a quella specifica richiesta formulata da un preciso soggetto e, come tale, non riferibile ad altri casi.

⁵⁴ La prima ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, nelle azioni per la dichiarazione giudiziale della paternità e della maternità, del preventivo giudizio di delibazione dell'ammissibilità dell'azione (la cd. «fase vestibolare», ex art. 274 c.c.), finalizzato alla verifica di «specifiche circostanze» tali da far apparire giustificata l'azione stessa, sia escludendone il carattere temerario e ricattatorio verso il convenuto, sia verificando che l'affermazione di un veridico rapporto di filiazione risponda all'interesse del minore. La seconda ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 235, c. 1, n. 3), nella parte in cui, nelle azioni di disconoscimento della paternità, consente al marito di dimostrare l'incompatibilità genetica con il figlio, soltanto dopo aver provato l'adulterio della moglie nel periodo del concepimento. Sull'accesso alla prova ematica e genetica nelle azioni di disconoscimento della paternità e di dichiarazione giudiziale di paternità dopo le menzionate sentenze della Corte costituzionale v. U. ROMA, *Le prove genetiche*, cit., 457 ss. e 453 ss.

⁵⁵ Sent. n. 50 del 2006, punto 4 del *Considerato*.

⁵⁶ Una particolare attenzione per le motivazioni di carattere religioso o filosofico emerge anche nella sentenza *Jäggi*, § 41.