

See discussions, stats, and author profiles for this publication at: <https://www.researchgate.net/publication/267982073>

La parificazione degLi status di filiazione Atti del Convegno di Assisi, 24-25 maggio 2013

Book · January 2013

CITATIONS

2

READS

1,600

2 authors, including:



[Roberto Cippitani](#)

Istituto Nacional de Estudios Superiores en Derecho Penal

146 PUBLICATIONS 168 CITATIONS

SEE PROFILE



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PERUGIA

Studi Tematici di Diritto e Processo a cura di Antonio Palazzo

LA PARIFICAZIONE DEGLI *STATUS* DI FILIAZIONE

Atti del Convegno di Assisi, 24-25 maggio 2013

a cura di

ROBERTO CIPPITANI e STEFANIA STEFANELLI



ISEG

Roma-Perugia-México



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PERUGIA

Studi Tematici di Diritto e Processo a cura di Antonio Palazzo

5

LA PARIFICAZIONE DEGLI *STATUS* DI FILIAZIONE

Atti del Convegno di Assisi, 24-25 maggio 2013

a cura di

ROBERTO CIPPITANI e STEFANIA STEFANELLI



2013

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© Copyright 2013 by

Istituto per gli Studi Economici e Giuridici - "Giacchino Scaduto"

Università degli Studi di Perugia - Dipartimento di Medicina Sperimentale

Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey – Campus de Ciudad de México

Roma – Perugia – México

ISBN 978-88-95448-43-5



Questo libro fa parte delle attività del progetto “IR&RI - Individual Rights and Regional Integration”, finanziato dalla EACEA-Unione Europea, nell’ambito del Programa Jean Monnet - Lifelong Learning Programme, progetto n. 528610



in collaborazione con il Dottorato “Società della conoscenza e disciplina del mercato comune. Profili interdisciplinari del processo d’integrazione europea ed internazionale”

A norma della legge sul diritto d’autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms, registrazioni o altro.

Il volume è stato impresso in Italia, per conto dell’Istituto per gli Studi Economici e Giuridici “Giacchino Scaduto” s.r.l. – Spin-off dell’Università degli Studi di Perugia, Via Margutta, 1/A - Roma: P.I. 08967801005

Tutti i diritti di proprietà letteraria sono riservati

INDICE

PARTE PRIMA IL SISTEMA DELLA FILIAZIONE DOPO LA RIFORMA

<i>I vuoti normativi tra codice, leggi speciali e legge 219/2012</i>		
ANTONIO PALAZZO	»	9
<i>La navigazione della legge 219/2012 tra scogli e nuovi orizzonti</i>		
ANNAMARIA BERNARDINI DE PACE	»	35
<i>Status e modelli procreativi nel sistema attuale</i>		
STEFANIA STEFANELLI	»	51
<i>Attività medica e diritto a procreare</i>		
SANDRO GERLI	»	105
<i>Problemi applicativi e spunti propositivi</i>		
GRAZIELLA ALGIERI	»	109

PARTE SECONDA LO STATUS DI FILIAZIONE NELLA PROSPETTIVA EUROPEA

<i>Riforma dello status e fonti comunitarie</i>		
ROBERTO CIPPITANI	»	119
<i>Status di minore e status individuali nell'Unione Europea</i>		
VALENTINA COLCELLI	»	153
<i>The status of the child nell'ordinamento giuridico inglese. Brevi raffronti comparatistici</i>		
GIUSEPPE GIAIMO	»	181

PARTE TERZA
STATUS E FILIAZIONE INCESTUOSA

<i>Incesto e malattie ereditarie: è possibile individuale e gestirle?</i> FAUSTO SANTEUSANIO	» 197
<i>“Ex nefario coitu natus”: breve retrospettiva sulla condizione giuridica del figlio incestuoso</i> FERDINANDO TREGGIARI	» 205
<i>Riconoscimento dell'incesto e induzione al reato</i> GIUSEPPE PALAZZOLO	» 219

PARTE QUARTA
STATUS DI FILIAZIONE E DIRITTO SUCCESSORIO

<i>Status di filiazione e diritti successori nella riforma</i> MASSIMO PARADISO	» 239
<i>Diritti successori e commutazione</i> ROBERTO DANTE COGLIANDRO	» 261

PARTE QUINTA
RESPONSABILITÀ GENITORIALE E TUTELE

<i>Ascolto, capacità e legittimazione del minore</i> FRANCESCO SCAGLIONE	» 271
<i>Il ruolo processuale del minore</i> GIANCARLO SAVI	» 295
<i>La tutela del minore nello spettacolo</i> DANIELE CORVI	» 327
<i>Il riparto di competenze dopo la riforma</i> FRANCESCA TIZI	» 343
<i>Profili applicativi e prassi dei Tribunali locali</i> ALDO CRISCUOLO	» 363

PARTE PRIMA

IL SISTEMA DELLA FILIAZIONE DOPO LA RIFORMA

ANTONIO PALAZZO*

I VUOTI NORMATIVI TRA CODICE, LEGGI SPECIALI E LEGGE 219

SOMMARIO: 1. Una riforma di fine legislatura. — 2. Il riconoscimento e la costituzione dello *status* di figlio. — 3. Sull' azione di disconoscimento e sulle azioni di contestazione e di reclamo dello stato di figlio. — 4. Equiparazione dei figli adottivi nel rispetto dell'art. 30 Cost. — 5. Unificazione delle norme che regolano diritti e doveri dei genitori nei confronti dei figli nati nel matrimonio e fuori dal matrimonio.

1. — *Una riforma di fine legislatura.*

La legge 219 del 2012 reca quale titolo «Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali» e già il titolo è in contraddizione con la nuova norma dell'art. 315 c.c. «Tutti i figli hanno uno stesso stato giuridico» che ha eliminato la dizione figli legittimi e figli naturali, con un vuoto normativo che riguarda le disposizioni mancanti sulle fattispecie di impossibilità al riconoscimento.

La normativa italiana in tema di filiazione è sparsa tra il codice e diverse leggi speciali e purtroppo su queste ultime la Corte europea dei diritti dell'uomo ha più volte condannato l'Italia per aver leso il diritto dei privati. La più recente è la n. 33783/09 del 25 settembre 2012, secondo cui viola l'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo lo Stato membro che, nel caso di donna che abbia scelto di partorire nell'anonimato, «non dà alcuna possibilità al figlio adulto adottato da terzi di chiedere né l'accesso a informazioni non identificative sulle sue origini familiari, né la verifica della persistenza della madre biologica di non poter essere identificata».

L'Italia viene condannata per non aver predisposto un sistema che assicuri un equo temperamento tra interessi entrambi meritevoli di tutela. I tempi erano e sono maturi per una revisione e risistemazione nel codice

* Accademico dei Giusprivatisti europei.

delle norme che riguardano l'aborto, l'adozione, la procreazione assistita. Su quest'ultima basti pensare ai divieti della legge 40/2004 che sono stati rimossi¹: la produzione di più di tre embrioni; la crioconservazione; la diagnosi preimpianto; l'accesso delle coppie fertili portatrici di malattie.

La 219 non si occupa delle diverse situazioni dei figli non riconoscibili, né l'affida alla legislazione delegata prevista dall'art. 12. Manca innanzitutto il collegamento tra l'art. 253 c.c. e l'art. 279 c.c. riguardo al figlio matrimoniale e al figlio riconosciuto da altri che, non essendo riconoscibile dal preteso padre biologico per il divieto dell'art. 253 c.c., hanno l'azione nei confronti di quest'ultimo per ottenere mantenimento, istruzione ed educazione (art. 279). L'azione, come abbiamo dimostrato da tempo², è un'azione di stato. Bastava che il frettoloso legislatore della 219 tenesse conto della sentenza 6365 del 2004 con cui la S.C. ha stabilito che l'azione ex art. 279 può essere esercitata anche dal figlio, che abbia lo stato di figlio legittimo altrui e che sia impossibilitato ad esercitare l'azione di dichiarazione giudiziale di paternità per aver omissso di esprimere nel termine di decadenza l'azione di disconoscimento della paternità matrimoniale³. La duplicità di rapporti di paternità da una parte con il padre legale, che ha dato al titolo dello stato, e dall'altra, con quello biologico che ha la responsabilità di mantenerlo, istruirlo ed educarlo e se maggiorenni e in stato di bisogno di ottenere gli alimenti, doveva essere regolato riconoscendo al figlio divenuto capace l'interesse alla scelta del rapporto di status familiare con le conseguenze previste dal nuovo art. 74. Questa scelta potrà essere dettata in taluni casi da interessi patrimoniali, ma il rapporto di filiazione e/o di paternità non può essere banalizzato sempre in questo senso perché la storia dei rapporti familiari mostra storicamente un quadro diverso.

Platone aveva pensato una società, dove i figli fossero comuni a tutti senza che nessuno sapesse chi apparteneva alla sua discendenza e chi ne era estraneo, in modo da assicurare il comando dei migliori⁴. Ma questa idea utopistica è rimasta isolata perché il suo allievo Aristotele seguito dai filosofi formati nella

¹ Corte cost. 8 maggio 2009, n. 151.

² A. PALAZZO, *La filiazione fuori del matrimonio*, Milano, 1965, p. 334; A. PALAZZO, *La filiazione*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Cicu, Messineo, Mengoni, Schlesinger, Milano, Giuffrè, II edizione, 2013.

³ Cass. 1 aprile 2004, n. 6365, in *Famiglia e diritto*, 2005, p. 31.

⁴ PLATONE, *Opere, II, Dialoghi, La Repubblica*, trad. it. di F. Sartori, Bari, Laterza, 1966.

sede delle religioni monoteistiche hanno insegnato che è nella famiglia e nel riconoscimento dei rapporti fra i suoi membri che si trovano le prime origini e le fonti dell'amicizia, della comunità politica e del giusto⁵. L'idea aristotelica di famiglia assieme a quella di comunità politica hanno allora, come primo fondamento, l'amore fra tutti i loro componenti. I sistemi politici e gli ordinamenti giuridici che non riconoscono la rilevanza dell'amore sociale si rivelano pure deboli quando cercano di creare gli strumenti idonei per la tutela dei rapporti sia tra i consociati nella famiglia sia tra i consociati nella comunità politica.

Gérard Delille, noto storico della famiglia e dei sistemi di parentela, scrive che «dobbiamo chiederci se declinare i comportamenti, diversissimi, di tutte le società sotto un'unica modalità genealogica fortemente improntata a un'idea occidentale della parentela e dell'alleanza, non porti a disconoscere alcune realtà e alcuni problemi essenziali. Basti pensare che nella Roma antica l'unica filiazione valida non era biologica ma giuridica; un figlio adottato era, da tutti i punti di vista equivalente ad un figlio naturale mentre a uno schiavo si riconosceva solo l'origine materna. Tuttavia ogni società cerca di ordinare il concepimento come risultato di un rapporto sessuale tra un uomo e una donna, attraverso le nozioni di incesto e di filiazione, così come cerca di collocare biologicamente o legalmente i figli in un susseguirsi di nascite e di generazioni». Secondo Delille può dimostrarsi come «l'affermazione di una nozione naturalistica della filiazione sia stata esaltata dalle religioni monoteistiche forse per poter meglio imporre, paradossalmente il carattere universalista della fede»⁶. Delille specialista dello studio dei problemi familiari nella storia ci presenta questo quadro perché non considera la rilevanza che ha avuto l'idea aristotelica di famiglia basata sull'amore nella civiltà giuridica occidentale. Si parla di «alleanze matrimoniali» guardando ai matrimoni di interesse patrimoniale senza attenzione ai rapporti di filiazione che non sempre vengono consentiti per assicurare la successione nella ricchezza⁷. Vi sono poi altri casi che meritano di essere regolati sempre nell'ambito degli

⁵ ARISTOTELE, *Etica Eudemia*, traduzione di P. Donini, Bari, Laterza, 2005, p. 155; TOMMASO D'AQUINO, *Quarto comandamento perché ci fu dato*, in *La legge dell'amore*, a cura di G.M. CARBONE o.p., Bologna, ESD, p. 77, ss.

⁶ G. DELILLE, *L'economia di Dio. Famiglia e mercato tra cristianesimo, ebraismo, islam*, Roma, Salerno editrice, 2013, p. 11.

⁷ G. DELILLE, *Famiglia e proprietà nel Regno di Napoli, XV-XIX secolo*, Torino, 1988, p. 243 ss.

interessi del figlio segnati dall'art. 279: dai figli non riconoscibili perché nati da genitori che non abbiano compiuto il sedicesimo anno di età, salvo che il giudice li autorizzi valutate le circostanze e avuto riguardo all'interesse del figlio (art. 250, comma 5); o dal figlio ultraquattordicenne non riconoscibile per mancanza del suo assenso (art. 250, comma 2) al figlio infraquattordicenne non riconoscibile per mancanza di consenso del genitore che abbia già effettuato il riconoscimento, salva l'autorizzazione del giudice (art. 250, commi 3 e 4). E a quel figlio privo di assistenza e morale e materiale per cui siano intervenuti la dichiarazione di adottabilità e l'affidamento preadottivo (art. 11, ult. co. L. 184/1983). Il legislatore della 219 avrebbe dovuto soprattutto rivedere in queste fattispecie di irricognoscibilità i termini di decadenza e prescrizione che rendono difficile la scelta dello status da parte del figlio.

2. — *Il riconoscimento e la costituzione dello status di figlio.*

La complessa vicenda dell'accertamento dello stato di figlio legittimo e quella dello stato di figlio naturale, che si ritrovano nella normativa costituzionale e sopranazionale, nel codice civile e nelle leggi ad esso collegate, dall'ordinamento di stato civile alla legge sull'adozione, e a quella sulla procreazione assistita, vanno studiate ponendo innanzi tutto al centro l'interesse del figlio, e poi gli altri del presunto padre e/o della madre, in modo da realizzare, con la novella, anche nel sistema delle azioni, la piena equiparazione di stato giuridico dettata dal rinnovato art. 315 c.c.

Il metodo dell'indagine è dettato dal principio costituzionale di eguaglianza sostanziale che indirizza l'interprete verso il bilanciamento degli interessi che fanno capo agli *status* familiari. L'interesse del figlio può essere affettivo e/o patrimoniale e si presenta storicamente: a) già esistente, e quindi non vi è sempre interesse per il figlio a subirne la contestazione; b) da raggiungersi, quindi per conseguirlo ha interesse: b1) a contestare lo *status* già esistente per conseguirne uno diverso; b2) a chiedere l'accertamento di uno *status* che gli manca, non avendone alcuno.

Sub a) siamo per la maggior parte dei casi nell'ambito dello *status* di figlio nato nel matrimonio oggetto di disconoscimento da parte del padre, che il figlio ha interesse a contrastare per tutelare il suo interesse patrimoniale, perché

quello affettivo è inevitabilmente caduto con l'azione di disconoscimento, se non ancor prima. E questo interesse può proteggerlo con la sua posizione di litisconsorte necessario della madre nella legittimazione passiva a contrastare la domanda di disconoscimento del padre (artt. 246, 247 c.c.) o di contestazione della legittimità (art. 248 c.c.), da trasporre nel nuovo Capo III, avente rubrica «*Dell'azione di disconoscimento e delle azioni di contestazione e di reclamo dello stato di figlio*», e nella legittimazione passiva in caso di impugnazione del riconoscimento per presunto difetto di veridicità (art. 263 c.c., da trasporre nel Capo V, avente rubrica «*Della dichiarazione giudiziale della paternità e della maternità*»).

Sub b1) l'interesse patrimoniale e/o non patrimoniale del figlio può riguardare la contestazione dello *status* già esistente di figlio nato nel matrimonio (artt. 128, 233, 234, 235, 238, 239, 244 – per il quale va prevista la promozione dell'azione da parte di un curatore speciale, nell'interesse e su istanza del minore almeno quattordicenne –, 248 c.c.) o la contestazione dello stato di figlio nato fuori del matrimonio riconosciuto (art. 264 c.c., da inserire nel nuovo Capo IV, «*Del riconoscimento dei figli nati fuori del matrimonio*», con abbassamento a 14 anni dell'età per la proposizione dell'istanza di autorizzazione al riconoscimento), per ottenere un giudicato che gli consenta di chiedere l'accertamento di uno *status* nuovo, basato su una diversa paternità e/o maternità non matrimoniale (art. 269 c.c.). Si realizzano, inoltre, a questo proposito gli effetti della previsione dell'estensione del principio di inammissibilità del riconoscimento, di cui all'art. 253 del codice civile, a tutte le ipotesi in cui il riconoscimento stesso sia in contrasto con lo *status* di figlio non matrimoniale conseguente ad altro riconoscimento o a dichiarazione giudiziale.

Sub b2) l'interesse del figlio è diretto all'accertamento di uno *status* di figlio nato nel matrimonio (art. 249 c.c.) o di figlio nato fuori del matrimonio (art. 269 c.c.) che non esiste ancora e va accertato *ex novo*⁸.

⁸ La Suprema Corte ha già sottolineato la natura dell'interesse dell'infrasedicenne al riconoscimento della paternità naturale in caso di opposizione dell'altro genitore: v. quindi Cass., sez. I, 3 gennaio 2008 n. 4, in *Guida al diritto*, 2008, 15, p. 68. In detta pronuncia l'interesse del figlio minore infrasedicenne al riconoscimento della paternità naturale, di cui all'articolo 250 del c.c., è definito dal complesso dei diritti che a lui derivano dal riconoscimento stesso, e, in particolare, dal diritto all'identità personale nella sua precisa e integrale dimensione psicofisica. Pertanto, in caso di opposizione al riconoscimento da parte dell'altro genitore, che lo abbia già effettuato, il mancato riscontro di un interesse del minore non

In ossequio ai principi costituzionali che impongono al legislatore delegato di riformulare l'art. 235, primo comma, nn. 1, 2 e 3, si evidenzia, a tal proposito, l'opportunità di formulare negli stessi termini la disciplina dell'azione di accertamento della filiazione matrimoniale e non matrimoniale, con espressa previsione dell'ammissibilità della prova diretta, che il figlio presenta caratteristiche genetiche compatibili con quelle del presunto padre.

Rileva, ancora, a tal proposito la riformulazione dell'art. 273 c.c. in materia di azione nell'interesse del minore, con abbassamento a 14 anni dell'età del minore, il cui consenso è indispensabile all'azione del genitore esercente la potestà.

L'interesse dei genitori è diverso secondo che si tratti del presunto padre o della madre. Se il primo agisce in disconoscimento è già inesistente il rapporto affettivo non soltanto nei confronti del presunto figlio ma anche della moglie (artt. 232, secondo comma, da estendersi a tutti i figli *comunque* nati o concepiti durante il matrimonio, 233, 235, da riformulare eliminando i c.d. presupposti per l'azione, di cui ai numeri 1, 2 e 3, in ossequio a Corte Cost. 266/2006⁹, 239, 248 c.c.) e l'interesse patrimoniale consiste nella eliminazione del suo obbligo di mantenimento, e l'azione va disciplinata secondo i principi di cui si dirà nel prossimo paragrafo.

costituisce ostacolo all'esercizio del diritto del genitore richiedente, in quanto il sacrificio totale della genitorialità può essere giustificato solo in presenza di gravi e irreversibili motivi che inducano a ravvisare la forte probabilità di una compromissione dello sviluppo del minore, e in particolare della sua salute psicofisica. La relativa verifica va compiuta in termini concreti dal giudice di merito, le cui conclusioni, ove logicamente e compiutamente motivate, si sottraggono a ogni sindacato di legittimità. Con la novella l'età per la quale non è più necessario l'assenso dell'altro genitore va abbassata al compimento del 14° anno di età (età peraltro diversa e non in armonia con il sistema accolto dalla legge in tutte le altre ipotesi in cui si riconnettono effetti rilevanti e intimamente connessi con quelli della disposizione in esame al consenso del minore che ha compiuto i 12 anni: vedi art. 315 *bis* c.c., che è norma di carattere generale. Altrettanto vale per la previsione di cui all'art. 2, comma primo, lett. *ff*). Di qui l'opportunità di estendere la formula dell'ascolto del minore dodicenne o comunque capace di discernimento, ad ogni questione e procedura che lo riguardano, in ossequio alla Convenzione di Strasburgo del 1996 recepita con l. del 2003).

⁹ Vedi *supra*, a proposito dell'azione di reclamo dello stato di figlio.

Fermo quanto appena scritto sull'impugnazione del riconoscimento, l'interesse della madre si presenta diversificato secondo che resista all'azione di disconoscimento del marito per non perdere il diritto al mantenimento del figlio ed anche ad un ridimensionamento del suo (artt. 233, 234 - da estendere a tutti i figli *comunque* nati o concepiti durante il matrimonio, 235); ovvero la madre può avere interesse al disconoscimento, ed utilizzare le medesime azioni in veste di attrice (ferma la decadenza per l'impugnativa del riconoscimento di cui si dirà al prossimo paragrafo), per poi chiedere l'accertamento della paternità naturale di persona diversa dal marito (art. 269), di cui è stato dichiarato figlio all'ufficio di stato civile.

A tal proposito, va rimeditato il contenuto dell'art. 233 c.c., che in caso di nascita del figlio entro i 180 giorni dalla celebrazione del matrimonio, configurava, secondo la nostra Cassazione¹⁰ «una filiazione legittima vera e propria, anche se in parte differente da quella prevista dagli artt. 231 e 232, 1° comma e che tale filiazione integra uno stato non precario, venuto ad esistenza e collegato al figlio, al fatto e dal momento della nascita, non bisognevole di alcuna prova particolare per produrre i suoi effetti e destinato a cadere solo con il vittorioso esperimento dell'azione di disconoscimento».

L'ipotesi del 233 sarebbe per la S.C. una presunzione di legittimità dello *status* ed è però possibile provare il contrario con ogni mezzo, oltre che con quelli dell'art. 235 che si possono utilizzare per analogia, non bastando il computo del tempo che riconduce il concepimento a prima del matrimonio. La conseguenza sarà, secondo i giudici della Cassazione, che «la domanda verrà rigettata ove la prova abbia riguardato la mera circostanza della nascita del figlio prima dei centottanta giorni dalla celebrazione del matrimonio, che non è ostativa dell'acquisto dello stato di legittimo»¹¹.

¹⁰ Cass., 25 giugno 1988, n. 4281, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, p. 381, con nota di M. DI NARDO.

¹¹ Nello stesso senso Cass., 29 dicembre 1990, n. 12211, in *Foro it.*, 1992, c. 198, secondo cui «l'azione di disconoscimento della paternità del figlio nato prima che siano trascorsi centottanta giorni dalla celebrazione del matrimonio è in grado di superare in ogni caso — cioè senza l'applicazione delle condizioni di ammissibilità ex art. 235 c.c. — la presunzione dello *status* di figlio legittimo di cui all'art. 233 c.c., ma unicamente nel rispetto dei principi generali in tema di onere della prova: pertanto, va rigettata la domanda il cui fatto costitutivo non paternità non sia provato altrimenti che sulla base del mero dato cronologico della nascita».

Ma lo stabilire da una parte il ricorso al disconoscimento e nello stesso tempo l'affermare che l'attore deve fornire la prova con ogni mezzo, e senza essere vincolato all'esistenza delle condizioni di ammissibilità *ex art.* 235 che possono essere utilizzate al pari di qualsiasi altra prova, non bastando la prova del computo del tempo, significa orientarsi verso un tipo di azione di accertamento con libertà di prova che ha i caratteri di un accertamento negativo dello *status* di legittimità.

E lo conferma la stessa S.C., secondo cui si può ricorrere anche alla prova ematologica senza subordinarla a quella dell'adulterio secondo l'interpretazione che ne ha sempre fatto dell'art. 235, n. 3, anche prima della citata sentenza n. 266/06.

Allora il carattere della presunzione di concepimento in matrimonio prevista dall'art. 232, 1° comma è tale che i fatti impeditivi di essa sono tipici *ex art.* 235 e di certa complessità, mentre nel caso di concepimento fuori del matrimonio *ex art.* 233 nessun limite è previsto nel ricorso a fatti di prova contraria.

Che cosa regge a questo punto lo stato di legittimità previsto dall'art. 233?

Non lo regge una presunzione relativa sia pure difficile ad evincersi come quella degli artt. 232, 2° comma, perché l'ipotesi del concepimento prima dei centottanta giorni dalla celebrazione del matrimonio *ex art.* 233 non sembra viceversa un sillogismo presuntivo: infatti non si può presumere legittimo chi nasce prima del periodo legale di concepimento.

Né si tratta di presunzione assoluta perché gli interessati, padre, madre, figlio, possono provare il contrario con ogni mezzo. E tuttavia concepimento prima e matrimonio successivo determinano uno stato di legittimità che ha un effetto interinale e che può essere costante nel tempo sino all'accertamento giudiziale negativo di esso *status*.

Siamo allora dinanzi ad un'ipotesi di finzione legale ove il fatto che produce l'effetto della costituzione dello status è contrario sia alla regola legale degli artt. 231 e 232 c.c. che alla realtà naturale, ma l'esigenza dell'ordinamento è quella di dare intanto uno *status* al figlio, e così crea la finzione.

L'attuale previsione (art. 2 lett. *d*) della legge di riforma, di «estensione della presunzione di paternità del marito rispetto ai figli *comunque nati o concepiti durante il matrimonio*», impone da un lato l'abrogazione dell'art. 233 c.c., e dall'altro svuota di significato la presunzione, rendendola di fatto una finzio-

ne, che può essere avvicinata a quella prevista nell'art. 8 della l. n. 40/2004, secondo cui i nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno lo stato di figli legittimi o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime ai sensi dell'art. 6.

Ed il legislatore ha subito avvertito coerentemente al successivo art. 9 di eliminare il ricorso alle presunzioni invertite del disconoscimento di cui all'art. 235 c.c., ritenendo il disconoscimento della paternità e l'anonimato della madre tutte le volte che la coppia avesse fatto ricorso alla procreazione eterologa vietata dall'art. 4.

E ha poi stabilito con altrettanta coerenza al n. 3 dello stesso art. 9 che in tali casi «il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi».

Due vere e proprie finzioni vengono a costituire in questi casi gli status familiari di figli nati da uno o più genitori biologici che non possono acquisire quella relazione parentale che di regola deriva dalla coincidenza del fatto biologico con quello familiare fondato sul matrimonio, o sulla provata convivenza.

L'interesse normativo per il figlio fa prevalere la verità legale su quella biologica nei casi del 233 e in quelli di procreazione eterologa per dare al figlio una tutela immediata di mantenimento e assistenza.

Nel caso, invece, della filiazione unitivo procreativa, gli effetti fondativi dello *status* che derivano dall'operatività della presunzione di paternità, ora estesa al figlio nato il giorno stesso della conclusione del matrimonio o concepito durante il matrimonio, ma nato oltre i trecento giorni successivi alla sentenza di separazione giudiziale, a quella di omologazione della separazione consensuale, o alla comparizione dei coniugi per il tentativo di conciliazione, possono essere rimossi attraverso l'azione di disconoscimento, non più subordinata ai presupposti dei numeri 1, 2 e 3 dell'art. 235 c.c., ma aperta alla prova diretta di compatibilità genetica, fermo solo il termine di decadenza di cui all'art. 244 c.c.

Il sistema processuale che riguarda l'accertamento degli *status* di filiazione non è un modello mirabile di tecnica raffinata, e l'interprete incontra difficoltà che può superare soltanto con una conoscenza sicura delle diverse

tipologie che si ricavano dalle dottrine generali del processo civile¹².

In particolare, posta la riformulazione della Sezione III del Capo I, da rubricarsi *Dell'azione di disconoscimento e delle azioni di contestazione e di reclamo dello stato di figlio*, ed in ossequio al canone fondamentale della riforma, l'unificazione degli *status* di figlio, e l'esplicita previsione di un termine di decadenza per l'azione di disconoscimento, vanno applicate anche all'azione di contestazione della legittimità, avviata da soggetti diversi dal figlio, ossia da chi ne risulti genitore o da qualsiasi altro interessato.

3. — *Sull'azione di disconoscimento e sulle azioni di contestazione e di reclamo dello stato di figlio.*

Nell'ottica del legislatore della riforma il marito poteva disconoscere il figlio, nonostante l'operatività della presunzione di concepimento *ex art.* 232, 1° comma, tutte le volte in cui era in grado di provare i fatti impeditivi della presunzione previsti dall'art. 235 c.c. Ma la declaratoria di incostituzionalità del 1° comma, n. 3 della disposizione apre scenari del tutto nuovi.

Egli può essere stato l'autore della dichiarazione di nascita nei termini previsti *ex art.* 30 ord. stato civile, come può avere appreso della dichiarazione di nascita resa dalla moglie, ed è legittimato ad agire nei termini previsti dall'art. 244 c.c.

L'intervento del giudice delle leggi semplifica la posizione probatoria del marito che era più onerosa rispetto a quella della moglie, perché i fatti impeditivi della presunzione ruotavano tutti attorno ad un fatto di cui è autrice la moglie stessa che è l'adulterio.

¹² F. CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, 5a ed., vol. III, Roma, 1956, p. 196, espone a una critica dura già il legislatore del vecchio ordinamento per l'impianto dato ai processi di stato familiare e per quelli relativi allo stato di filiazione scrivendo: «il codice di procedura non dimostra alcuna consapevolezza, al punto che neanche una parola si è dedicata; se ne occupa non solo per le norme materiali che ci connettono, soprattutto dal lato della legittimazione (es. artt. 244, 246, 247, 248, 249, 263 ss., ecc.), ma altresì per la struttura del procedimento il codice civile, con qual profitto per la tecnica processuale è facile immaginare: scorrendo le norme indicate il lettore avrà avuto agio di constatare non solo il loro disordine ma perfino l'ingenua fattura di alcune di esse (es. art. 268, ove non si è avuto neppure cura di dire che i provvedimenti ivi indicati sono temporanei o cautelari)». CARNELUTTI non modificherebbe certamente questo suo giudizio per il nostro attuale sistema.

Chi dei tre legittimati ad agire nell'operatività della presunzione ha interesse all'accertamento positivo dello *status* si trova in una posizione processuale favorevole rispetto a quello tra loro che fosse interessato all'accertamento negativo, e questa seconda è la posizione del marito sopra esaminata. Infatti mentre la presunzione legale quale prova precostituita non necessita, come per i documenti, di alcuna attività delle parti in sede istruttoria¹³, i fatti di prova impeditivi della presunzione devono essere provati attraverso altre prove e queste che, quali prove tipiche, sono le sole ammesse dalla legge, vanno costituite in sede processuale istruttoria come l'interrogatorio, la prova testimoniale e la consulenza tecnica.

Ora, finché esisteva la gerarchia probatoria del n. 3 dell'art. 235 c.c. (che la Consulta ha dichiarato incostituzionale: Corte cost., 6 luglio 2006, n. 266, cit.), la prova diretta, costituita dall'accertamento biologico del DNA, doveva essere preceduta dalla prova di fatti impeditivi della presunzione legale, quali la mancata coabitazione, l'adulterio, il celamento della gravidanza e della nascita, che dovevano essere provati in sede istruttoria con la prova testimoniale e con presunzioni semplici, per la maggior parte dei casi unici mezzi di prova in mancanza di prove documentali.

Le presunzioni, la cui funzione tecnica legislativa è quella della distribuzione dell'onere della prova, dovrebbero sempre facilitare la tutela di delicate situazioni giuridiche e di ciò si è resa conto la dottrina civilistica e processual-civilistica che ritiene la presunzione non propriamente un mezzo di prova, per non riguardare il convincimento del giudice, ma il suo dovere di ripartizione dell'onere della prova con un'incidenza diretta sulla fattispecie sostanziale¹⁴.

Derivava, anteriormente alla pronuncia di incostituzionalità, la delicata attività del giudice nel valutare i fatti impeditivi della presunzione e le sue difficoltà per riequilibrare l'onere della prova delle parti, quando egli non poteva disporre con c.t.u. la prova del DNA prima dell'esibizione della prova dell'adulterio da parte del marito. Queste osservazioni di ordine tecnico-processuale erano sottese al ragionamento della S.C. per dimostrare

¹³ Cfr. C. BESSO, *La prova prima del processo*, Torino, 2004.

¹⁴ R. SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto e onere della prova*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, p. 408; S. PATTI, *Prove. Disposizioni generali*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1987, p. 103; G. FABBRINI TOMBARI, *Note in tema di presunzioni legali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, p. 917 ss.

l'incostituzionalità dell'art. 235, n. 3 nella parte in cui subordina la prova del DNA a quella dell'adulterio, quali fatto impeditivo della presunzione, con una evidente disuguaglianza della posizione processuale del marito attore rispetto a quelle della madre e del figlio convenuti¹⁵.

I risultati ormai sicuri dell'indagine sul DNA per l'accertamento del rapporto di filiazione¹⁶, hanno portato la medicina legale a privilegiare questa prova su quella ematologica.

Anche nel diritto tedesco la posizione del marito che agisce in disconoscimento è più difficile, in virtù del criterio del «sospetto iniziale» (Anfangsverdacht). Una consulenza tecnica privata che nega la paternità biologica è stata ritenuta utile per l'esistenza del richiamato sospetto¹⁷; tuttavia, generalmente si nega valenza alle consulenze ottenute senza il consenso delle persone interessate o comunque clandestinamente, essenzialmente per due ordini di ragioni: a) l'identità delle persone non sarebbe accertata; b) si verificherebbe una violazione del diritto all'autodeterminazione informativa del figlio¹⁸.

¹⁵ Cass., 5 giugno 2004, n. 10742

¹⁶ Cfr. J.D. WATSON (con A. BERRY), *The secret of life*, New York, 2003, trad. it. di J. Blum, *DNA. Il segreto della vita*, Milano, 2004, p. 269 ss. Sull'importanza della prova del DNA si legga Cass., sez. I, 16 aprile 2008 n. 10007, in *Guida al diritto*, 2008, 26, p. 79, dove si afferma che deve essere cassata la sentenza del giudice del merito, che in un giudizio per la declaratoria di filiazione naturale non abbia dato ingresso alla consulenza tecnica genetica diretta all'accertamento del rapporto di paternità, motivando tale conclusione sul rilievo che l'avvenuto decesso, già da moltissimi anni, sia del presunto padre che della madre naturale renderebbe le relative indagini oltre che assai dispendiose e difficoltosa, quasi certamente insuscettibili di condurre a risultati di relativa certezza e, comunque, di elevato grado di probabilità. Al fondo delle ricordate argomentazioni, infatti, vi è una sottovalutazione del significato e della portata delle indagini genetiche nell'ambito dei mezzi probatori destinati all'accertamento della paternità, laddove esse, proprio grazie ai progressi della scienza biomedica, consentono di dimostrare l'esistenza o la non esistenza del rapporto di filiazione, tanto da non essere più confinate a una utilizzazione soltanto in casi eccezionali e da avere acquistato un valore decisivo nei giudizi di filiazione e non solo meramente integrativo di risultanze acquisite altrimenti specie tenuto presente che il decesso del presunto padre nonché della madre naturale, non è di ostacolo all'esperimento, previa esumazione delle salme ditale prova scientifica.

¹⁷ Cfr. OLG Karlsruhe, in *FamRZ*, 2003, p. 52; OLG Thüringen, in *FamRZ*, 2003, p. 944.

¹⁸ OLG Celle, in *NJW*, 2004, p. 449; OLG Thüringen, in *FamRZ*, 2003, p. 944; in dottrina, T. RAUSCHER, *sub* § 1599, in AA.VV., *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit*

A tal proposito, in sede di novellazione il decreto delegato dovrà eliminare la fase c.d. preliminare, ammettendo la prova diretta, realizzata attraverso l'analisi del DNA, che il figlio presenta caratteristiche genetiche compatibili con quelle del presunto padre, e deve introdurre un termine di decadenza per l'esercizio dell'azione dei soggetti legittimati diversi dal figlio (i genitori e chiunque vi abbia interesse, nell'impugnazione per difetto di veridicità di cui all'art. 263), termine che si propone sia commisurato, per il padre, all'annualità dalla conoscenza della falsità, al pari del termine imposto dall'art. 265 all'impugnativa per violenza da parte del genitore autore del riconoscimento, e dall'art. 266 per l'impugnazione per incapacità derivante da interdizione. Rileva, soprattutto la coincidenza del termine con quello imposto al padre per rimuovere lo stato di figlio nato durante il matrimonio, ex art. 244, 2° comma, c.c.

L'azione materna, volta a rimuovere gli effetti della presunzione, va invece assoggettata al termine semestrale di decadenza, decorrente dalla nascita, al pari quanto dispone l'art. 244, 1° comma, c.c., perché ella si trova nella posizione di conoscere i fatti concernenti il concepimento meglio del marito, condizione da cui discende anche la possibilità, per la donna, di evitare che operi la presunzione di paternità dichiarando che il concepimento è avvenuto ad opera di persona diversa dal marito, secondo quanto si dirà qui appresso.

Caduta la rilevanza dello *status* di filiazione legittima, e anche la valutazione di ammissibilità dell'azione volta a rimuovere lo stato di figlio (art. 274)

Einführungsgesetz und Nebengesetzen, tomo IV, Familienrecht (§§ 1589-1600e), nota a margine 14 d) ss., spec. 21 gg, il quale sottolinea che tutto ciò «rappresenta una soglia inaccettabile, che l'uomo (il quale è stato eventualmente tradito!) deve superare, e che egli può superare soltanto con la cooperazione della donna, del cui tradimento si tratta. Il diritto della persona dell'uomo viene gravemente violato; inoltre, la situazione non giova in alcun modo alla pace familiare che, attraverso una perizia sulla paternità [...], potrebbe nel miglior modo essere ricostruita qualora il sospetto si dimostrasse infondato. Del resto, occorre decisamente avvertire dei rischi di un uso non corretto del criterio del *Anfangsverdacht* al fine di stabilizzare rapporti di discendenza inesatti. È necessaria una maggiore attenzione alla situazione dell'uomo che è stato ingannato per anni; l'opposta tendenza in giurisprudenza induce necessariamente all'utilizzazione di perizie anonime; inoltre la problematica può sfociare in fattispecie penalmente rilevanti (ad esempio, § 263 StGB per il conseguimento fraudolento di alimenti per il figlio)».

non si può vietare, ex art. 24 Cost., l'azione dei legittimati diversi dal figlio, ma solo sottoporla al termine di decadenza ed alla prova del *dies a quo*. La valutazione dell'interesse ad agire, con l'opportunità e l'ammissibilità della prova del DNA è rimessa alla discrezionalità del giudice, secondo le regole generali del processo.

Rispetto al sistema codicistico, non ha ragione dunque di esistere la procedimentalizzazione dell'azione, che richiedeva prima il giudizio diretto a rimuovere lo stato e quindi quello successivo diretto a costituirne uno diverso, e la piena equiparazione anche processuale degli *status* di filiazione si raggiunge con la previsione di una unica azione, soggetta a termini di decadenza se non avviata dal figlio, e senza alcuna fase preliminare di valutazione dell'ammissibilità.

Si propone, pertanto, di inserire la previsione di decadenza di cui all'art. 2 lett. g) della novella nel riformulato art. 244 c.c., che regolerà ogni azione diretta a rimuovere lo stato di figlio: non producendo più, di fatto, alcun effetto la presunzione di paternità rispetto alle azioni dirette a rimuoverne gli effetti, l'azione di disconoscimento del figlio nato durante il matrimonio e quella di impugnazione del riconoscimento del figlio nato fuori dal matrimonio dovranno essere esposte al medesimo termine di decadenza e all'identico regime processuale della prova della compatibilità genetica. Chiude il cerchio la previsione dell'identico regime probatorio per l'azione di accertamento, come sopra abbiamo scritto.

In sintesi, si conferisce rilievo preminente, grazie all'accertamento genetico, alla verità biologica della filiazione rispetto alla verità legale, ma con una fondamentale distinzione: nessun termine si frappone all'azione del figlio, che resta imprescrittibile per consentirgli, in ogni tempo, di farsi promotore dell'accertamento che egli reputa più confacente ai suoi interessi; l'accertamento della verità biologica trova invece un temperamento quando ad agire sono altri legittimati, per effetto della preclusione derivante dal termine di decadenza.

Inoltre, posto il principio di irrevocabilità del riconoscimento (art. 256 c.c.), il divieto di *venire contra factum proprium*, oltre alla sanzione penale del reato di alterazione di stato, e l'interesse del figlio a mantenere lo *status* derivante dal riconoscimento, evidentemente sotteso all'introduzione della previsione di decadenza, si impone l'esplicitazione del divieto di impugnazione

per difetto di veridicità da parte del genitore che l'abbia effettuato nella consapevolezza della sua falsità.

Il legislatore codicistico, mentre offre un sistema di azioni sbilanciato verso l'accertamento negativo della procreazione con azioni dirette a negarne l'accadimento ad opera del marito (art. 233, 235 e 244 ss., 248), o ad opera della moglie (artt. 239, 248), viceversa non fornisce con chiarezza all'interprete un quadro delle altre azioni confessorie o di accertamento positivo del concepimento avvenuto ad opera dei diversi attori che l'interprete scopre titolari di determinate azioni¹⁹.

Queste ultime si possono ricavare coordinando l'operatività o non operatività della presunzione di concepimento che fornisce la normativa civilistica, con il nuovo sistema delle dichiarazioni di nascita introdotto dall'ordi-

¹⁹ È escluso tra questi nell'operatività della presunzione il padre biologico, di cui la S.C. (Cass., 10 gennaio 1989, n. 25, in *Foro it.*, 1990, I, c. 959) esclude la legittimazione ad agire nonostante abbia fornito le prove della sua paternità e lo indirizza verso una richiesta al giudice di merito di eccepire l'incostituzionalità dell'art. 235 nella parte in cui lo esclude dall'azione: «Il ricorrente avrebbe dovuto cioè, se convinto del buon fondamento del ventilato dubbio di costituzionalità, nel rispetto del termine perentorio ex art. 244, instare per il disconoscimento della paternità legittima altrui di colui che pretendeva essere figlio proprio, sollevando strumentalmente, come mezzo al fine di sottrarsi alla norma che gli negava legittimazione attiva, la questione di legittimità costituzionale che era inammissibilmente prospettata in questa sede, ove risulta palesemente irrilevante»; e conclude: «Mentre la limitazione della legittimazione in se e per se considerata (come già ritenuto dalla precedente sentenza n. 5661 del 1986 [che si può leggere in *Giur. it.*, 1987, I, 1, c. 1216, con nota di F.M. CIRILLO, *Contestazione dello stato di figlio legittimo*], con riguardo tanto all'art. 30 che all'art. 29 Cost.) è espressione di scelte discrezionali del legislatore ordinario, intrinsecamente razionali e compatibili con i principi costituzionali indicati, la lamentata diversità di accesso alla contestazione nel raffronto fra posizione dell'uomo concorrente nell'adulterio con la donna adultera e con il pubblico ministero, non deriva dall'art. 248 c.c., la sola norma a trovare applicazione nella causa, e rispetto alla quale con piena equiparazione di trattamento la legittimazione non spetta a nessuno, ma dall'art. 235 per quanto attiene l'accesso all'azione di disconoscimento, sicché il relativo profilo risulta privo di rilevanza, e potrà essere apprezzato nella 'non manifesta infondatezza' solo di fronte al tempestivo esperimento di un'azione di disconoscimento del preteso padre ex artt. 235-244 c.c. che lamenti l'incostituzionalità della carenza di legittimazione riservatagli dall'ordinamento».

D'altra parte, il sistema non sottrae il padre biologico dall'obbligo di mantenere il figlio ex art. 30 Cost., dando al figlio l'azione di cui all'art. 279 c.c. L'accertamento contenuto nella sentenza ora richiamata poteva costituire soltanto un presupposto probatorio perché il figlio potesse agire ex art. 279.

namento di stato civile (l. 216/1997, ora 396/2000) che assegna un diverso ruolo all'atto di nascita dopo che la riforma del '75 ha eliminato il divieto di riconoscimento dei figli adulterini ed equiparato figli legittimi e figli naturali.

Nell'operatività della presunzione è l'azione di disconoscimento ex 235 che guida l'interprete verso la sistemazione delle azioni di accertamento sia positivo che negativo degli *status*. Nell'inoperatività della presunzione viene in rilievo l'azione di contestazione della legittimità ex 248 c.c. il cui ruolo non è ancora stato valutato adeguatamente.

Dottrina e giurisprudenza non avendo viceversa chiara la distinzione ritengono: o che le due azioni (ex artt. 235, 248) siano in relazione di concorrenza, per cui i soggetti legittimati al disconoscimento ex art. 235, 244, scaduti i termini per questo, possono sempre promuovere azioni di contestazione ex art. 248 e che gli altri interessati (in *primis* il padre biologico) diversi da coniugi e figli, possono agire in contestazione; oppure che le due azioni siano in relazione di alternatività, secondo che per la contestazione dello *status* di legittimità del convenuto, si neghi che il suo padre legittimo ne sia anche il padre biologico e si deve agire ex art. 235, o si contesti la sua legittimità per una ragione diversa, come ad esempio nel caso di sostituzione di neonato, e l'azione è il 248.

Coloro che continuano a cadere nell'errore della mancata distinzione tra le sue azioni, per non aver chiara quella tra la operatività (232, 1° comma), o non operatività (232, 2° comma) della presunzione di concepimento in matrimonio, affidano al giudice di valutare l'interesse del figlio, tutte le volte che il padre biologico dovesse chiedere l'accertamento della verità naturale contestando ex art. 248 lo stato di legittimità del figlio²⁰.

L'esame dei casi di dichiarazione di nascita da parte di soggetti diversi dal presunto padre presenta i seguenti casi: *a)* la dichiarazione di nascita della madre che non vuole essere nominata ed il riconoscimento del presunto padre legittimo; *b)* la dichiarazione di nascita della madre come figlio suo e di padre ignoto; *c)* la dichiarazione di nascita da parte della madre e del padre biologico; *d)* la dichiarazione della madre di non voler essere nominata e il riconoscimento del padre biologico.

²⁰ Così, ad es., M. SESTA, *La filiazione. La filiazione legittima*, in *Tratt. dir. priv.* Bessone, Torino, 1999, p. 38

a) Dichiarazione di nascita della madre che non vuole essere nominata ed il riconoscimento del presunto padre

Se nonostante l'operatività della presunzione ex art. 232, 1° comma c.c. – da estendersi come detto a tutti i figli nati o concepiti durante il matrimonio – la madre dovesse dichiarare di non voler essere nominata ex art. 30 ord. stato civile, il presunto padre può riconoscere il figlio come suo costituendogli lo stato di figlio nato fuori dal matrimonio e riconosciuto ovvero può agire con l'azione di accertamento positivo dello stato di figlio matrimoniale.

La presunzione di concepimento in matrimonio con la moglie che non vuol essere nominata caratterizza l'azione del marito che è diversa da quella di reclamo ex art. 249 riservata soltanto al figlio ed ai discendenti e che erroneamente dottrina e giurisprudenza definiscono «reclamo». Viceversa è un'azione di accertamento positivo che si ricava dal sistema delle azioni processuali civili e che può essere compresa nella sua funzione e struttura attraverso quello delle prove presuntive che caratterizza le azioni di stato della filiazione. Infatti, operando la presunzione di concepimento in matrimonio, l'azione del marito, presunto padre, è accompagnata soltanto dalla prova di cui all'art. 232, 1° comma e spetta alla moglie provare il contrario attraverso il ricorso a quei fatti impeditivi della presunzione di cui all'art. 235 previsti per quando il marito può agire in disconoscimento, ossia attraverso la prova del DNA.

Prima della riforma, la prova più agevole per la moglie era quella dell'adulterio che non soltanto essa poteva preconstituirsì, ma che gli apriva la via per chiedere che il marito si sottoponesse a quella del DNA. secondo l'ordine probatorio ex art. 235, 1° comma, n. 3, eliminato ora dalla Corte costituzionale. L'eliminazione della gerarchia probatoria con la sent. 266/06 della Consulta, da contenere oggi nella novellazione delegata (art. 2, lett. d), rende in quest'azione di accertamento positivo più debole la posizione del marito che deve sottoporsi alla prova del DNA e rafforza la posizione della moglie che non ha più bisogno di provare gli altri fatti impeditivi della presunzione di paternità²¹.

²¹ L'azione di accertamento positivo della paternità nell'operatività della presunzione vede la moglie convenuta che domanda il rigetto di quella del marito. Secondo la dottrina processualcivile questa domanda di rigetto «costituisce anch'essa esercizio di un'azione, poiché, chiedendo il rigetto il convenuto chiede l'accertamento negativo circa la sussistenza

L'interesse ad agire è non soltanto del presunto padre ma anche del figlio e pertanto si costituisce il litisconsorzio necessario *ex art.* 102 c.p.c. ed il marito allora deve chiedere al giudice la nomina di un curatore che rappresenti con lui il figlio nel giudizio in cui è convenuta la madre.

b) Dichiarazione di nascita della madre come figlio suo e di padre ignoto. Accertamento positivo della paternità da parte del marito.

La madre sposata che concepisce in costanza di matrimonio il figlio con persona diversa dal marito può dichiarare il figlio come suo e di padre ignoto (art. 30 ord. stato civile).

La dichiarazione della madre è riconoscimento del nato come figlio non matrimoniale, che legittima il marito anche in questo caso all'azione di accertamento positivo della legittimità del figlio.

La presunzione di concepimento *ex art.* 232 c.c., da estendersi come già detto, è l'unica prova a carico del marito e la moglie può vincere la presunzione soltanto ricorrendo alla prova dell'incompatibilità genetica. In questo caso come in quello sub a) può venire accertato incidentalmente con l'adulterio anche il concepimento ad opera di un determinato padre biologico, fatto che la madre e il figlio possono portare poi quale prova nel giudizio di accertamento della paternità non matrimoniale *ex art.* 269 c.c.

La tutela dell'interesse del figlio all'uno all'altro *status* è affidata al litisconsorzio necessario nell'azione di accertamento positivo del presunto padre, in caso di perdita dello stato di figlio nato nel matrimonio, a quello di litisconsorzio con la madre nell'azione di accertamento giudiziale della paternità non matrimoniale *ex art.* 269 c.c.²².

del diritto vantato dall'attore con la domanda». Così C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Torino, 2005, p. 129, che ricorda l'insegnamento di G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, p. 303, secondo cui: «Quest'azione del convenuto passa inosservata fin tanto che l'attore insiste nella sua domanda [...]. Ma basta pensare all'ipotesi che l'attore intenda abbandonare il giudizio o addirittura rinunciare agli atti, perché l'azione del convenuto si manifesti come diritto autonomo, come azione vera e propria»). Ciò, chi scrive l'ha osservato in un caso di marito attore che, morto il figlio e venuti meno gl'interessi successori legati alla presenza di lui, rinunciava agli atti del giudizio.

²² Secondo F. CARNELUTTI, *Istituzioni di diritto processuale italiano*, vol. I, cit., p. 242 s., nella lite per disconoscimento si ha l'esempio più perfetto di litisconsorzio necessario perché in quel processo «il rapporto tra padre e figlio implica quello tra il figlio e la madre e altresì tra questa e il padre». Un'analisi assai chiara è più di recente quella di G. COSTANTINO, *Litiscon-*

c) *Dichiarazione di nascita da parte della madre e del padre biologico. Accertamento negativo da parte del marito per difetto di veridicità.*

Anche in questo caso attore è il marito presunto padre che può agire con l'azione di accertamento positivo della legittimità contro la moglie. Le prove a carico sono le stesse dei casi sub a) e b), e il figlio rappresentato da un curatore è litisconsorte necessario.

Invece contro il padre biologico che ha operato il riconoscimento nell'atto di nascita, il marito presunto padre ha interesse ad agire ex art. 263 per chiedere l'accertamento della non veridicità del riconoscimento, che è azione di accertamento negativo, e anche qui deve introdursi il termine annuale di decadenza di cui all'art. 2 lett. g) della legge delega.

La prima azione non deve più essere pregiudiziale alla seconda, perché non sussiste più la giustificazione che se ne trovava nella prevalenza dell'interesse allo stato di legittimità del figlio rispetto allo stato di figlio naturale riconosciuto, tant'è che vengono unificate anche le regole probatorie dell'azione di accertamento negativo dello *status* di figlio.

Gli strumenti processuali a tutela del figlio sono gli stessi di cui ai casi sub a) e b).

d) *Dichiarazione della madre di non voler essere nominata e riconoscimento del padre biologico. Impugnazione per difetto di veridicità da parte del marito.*

La madre può decidere di non voler essere nominata perché è in attesa che sia il padre biologico ad assumere per primo la responsabilità della procreazione, operando questi così, con la dichiarazione di nascita, il riconoscimento del figlio.

Anche se sarà necessario il consenso del padre che ha riconosciuto perché la madre rimasta ignota possa poi riconoscerlo essa, che può trovarsi senza mezzi per mantenerlo, e può pure trovarsi in procinto di separarsi dal marito, si pone pertanto in prudente attesa per scegliere il momento più opportuno ai fini del suo riconoscimento (art. 250, 3° e 4° comma), ed il consenso del figlio che abbia compiuto i 16 anni (si segnala, a tal proposito, il mancato richiamo dell'art. 250, 2° comma, in sede di abbassamento della

sorizio. I) *Diritto processuale civile*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1992, spec. p. 7 ss. Le ascendenze dottrinali sono quelle di E. REDENTI, *Il giudizio civile con pluralità di parti*, Milano, rist. 1960, p. 88 ss.

soglia di età a 14 anni, disposto dall'art. 2 lett. g) della delega, omissione che sembra possa essere superata con l'integrazione del decreto delegato, stanti evidenti ragioni di parità di trattamento, la cui obliterazione si esporrebbe a censure di incostituzionalità).

La tutela dell'eventuale interesse del figlio allo stato già acquisito è data dalla sua legittimazione all'azione di impugnazione del riconoscimento del padre biologico ex art. 263 e successivamente da quella dell'azione di reclamo di stato ex art. 249, ove può portare la prova dell'operatività della presunzione ex art. 232, 1° comma.

Entrambe le azioni sono imprescrittibili e non soggette ad alcuna decadenza.

e) *Azione di accertamento negativo della paternità da parte della madre con l'azione di disconoscimento.*

Se il marito dovesse dichiarare la nascita del figlio come suo, precedendo quella della moglie, si costituisce lo stato di figlio di entrambi i coniugi, nato o concepito durante il matrimonio.

La moglie che ha interesse al disconoscimento perché pensa di poter provare il concepimento con persona diversa dal marito, può chiedere l'accertamento negativo dello status di figlio matrimoniale, provando i fatti impeditivi della presunzione ex art. 235, ove ormai prova privilegiata è quella del DNA.

L'operatività della presunzione a favore del marito esclude che il padre biologico possa agire per contestare la legittimità ex art. 248, situazione che viceversa si verificherà nella sempre più rara inoperatività della presunzione.

La tutela dell'interesse del figlio non è sempre coincidente con quello della madre nell'azione di disconoscimento ed il curatore che lo rappresenta può chiedere al giudice che il figlio assuma la posizione di litisconsorte del padre²³.

²³ Nel diritto tedesco l'impugnazione da parte della madre non è subordinata all'esistenza di un corrispondente interesse del figlio minore, o al consenso dello stesso se è maggiorenne: M. WELLENHOFER-KLEIN, *sub* § 1600, in AA.VV., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 4a ed., tomo VIII, *Familienrecht II*, §§ 1589-1921. SGB VIII, cit., nota a margine 5; W. SCHLÜTER, *BGB-Familienrecht*, cit., p. 206, nota a margine 292; T. RAUSCHER, *sub* § 1600, in AA.VV., *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen*, tomo IV, *Familienrecht II*, §§ 1589-1600e, cit., nota a margine 31. Sotto il

4. — *Equiparazione dei figli adottivi nel rispetto dell'art. 30 Cost.*

L'art. 74 c.c. riformulato esclude il vincolo di parentela per l'adottato maggiorenne, mentre aderisce alla nostra ricostruzione²⁴ a proposito della parentela naturale, confermata anche dagli artt. 230 *bis*, 155 *quater* c.c. e dall'art. 540 c.p.

L'esclusione della parentela dell'adottato maggiorenne introduce a questioni di non lieve momento.

Si potrebbe affacciare un dubbio di legittimità costituzionale posto che è irragionevole il divieto di adozione ex art. 291 c.c. quando risulti il consenso dei figli maggiorenni, per violazione dell'art. 3 della Costituzione, e «non sono ipotizzabili profili di incompatibilità con i diritti dei membri della famiglia legittima che giustifichino un trattamento normativo differenziato» secondo quanto statuito da Corte Cost. n. 245 del 26 maggio 2004: non ha senso escludere, in questi casi, il vincolo di parentela, pena la violazione dell'art. 30 Cost., in quanto il consenso dei membri della famiglia, presupposto indefettibile dell'adozione di maggiorenne, tutela già gli interessi dei figli matrimoniali e non, né può farsi leva su questioni di carattere patrimoniale, dato che il pregiudizio sarebbe economicamente inferiore rispetto a quello che deriverebbe dall'adozione di minorenni, sicuramente bisognoso di assistenza.

Si verifica anzi, spesso, la sussistenza di un rapporto di affettività più concreto rispetto all'adozione di un bambino che non si conosce e con cui il rapporto è tutto da costruire, mentre l'adozione di maggiorenne si fonda sulla volontà di dare forma giuridica ad un rapporto personale affettivo consolidato.

Fermo restando quanto scritto, ma considerati i limiti della delega, potrebbe trovare almeno accoglimento una soluzione differente, che recepisca in ogni caso la riformulazione dell'art. 55 l. adozione, nella parte in cui richiama l'art. 330, secondo comma c.c., con l'esclusione del rapporto di

profilo della politica del diritto: H.F. GAUL, *Die Neuregelung des Abstammungsrechts durch das Kindenschaftsgesetz*, cit., p. 1457; D. MUTSCHER, *Emanzipation und Verantwortung. Zur Neuordnung des Abstammungsrechts*, in *FamRZ*, 1994, p. 69.

²⁴ A. PALAZZO, *La filiazione*, in *Tratt. Dir. civ. comm.* Cicu, Messineo, Mengoni, Schlesinger, 1^a ed., Milano, 2006, p. 560 ss.

parentela tra adottante e famiglia dell'adottato, non avendo senso da un lato consentire l'adozione in casi particolari per esigenze peculiari del minore e rapporto con l'adottante, mentre dall'altro si esclude l'inserimento del bambino, a pieno titolo, nella famiglia dell'adottante.

Al più si potrebbe sostenere che mantenere l'esclusione della parentela dell'adottato maggiorenne risponde all'apprezzamento di interessi, rimessi alla valutazione del legislatore primario, anch'essi di rilievo fondamentale, specie all'esito delle pronunce della Consulta sull'art. 291 c.c.

In particolare, con riferimento a Corte cost. 20 luglio 2004, n. 245 cit., l'adozione di maggiorenni non può essere pronunciata in presenza di figli matrimoniali e non, minorenni, poiché questi non sono in grado di esprimere il proprio consenso all'adozione.

La scelta dell'adozione del maggiorenne esporrebbe infatti il figlio minore al rischio di veder sbilanciate le energie affettive e patrimoniali del genitore verso un soggetto, estraneo alla famiglia, che di regola dovrebbe avere meno bisogno di sostegno, in quanto è adulto.

Scelta che si suggerisce a chi voglia remunerare l'assistenza ricevuta, o premiare con l'attribuzione delle aspettative successorie, per ragioni affettive, il maggiorenne che gli è particolarmente legato: uguale beneficio potrebbe raggiungersi con l'attribuzione liberale remuneratoria, ma sarebbe esposto all'alea del vittorioso esperimento dell'azione di riduzione a tutela della quota riservata al coniuge e/o ai figli «biologici» e agli adottivi da adozione legittimante.

Escludere, dunque, l'adottante dalla successione dell'adottato, come dispone l'art. 567, secondo comma, c.c. non ha fondamento, non rispondendo in alcun modo alle ragioni di tutela degli interessi patrimoniali della famiglia dell'adottante, e la norma andrà in ogni caso abrogata.

Del pari e per le medesime ragioni, va rivisto anche l'art. 304, primo comma, c.c.

Va infine collegato con la disciplina della riabilitazione la possibilità di escludere comunque dalla successione l'indegno riabilitato, ai sensi del novellato art. 448 *bis* c.c.

5. — *Unificazione delle norme che regolano diritti e doveri dei genitori nei confronti dei figli nati nel matrimonio e fuori dal matrimonio.*

Va in primo luogo precisato, e delimitato, il dettato del numero 1 della lettera *e*) dell'art. 2 della legge delega, nella parte in cui demanda «esclusivamente» al giudice la valutazione di compatibilità di cui all'art. 30 della Costituzione per l'inserimento del figlio riconosciuto nella famiglia dell'uno o dell'altro genitore, ancorando tale giudizio al canone fondamentale dell'interesse del minore, in ossequio al novellato art. 315 *bis* c.c., il cui apprezzamento orienterà verso l'inserimento nella famiglia, eventualmente composta da altri fratelli unilaterali, dal partner del genitore, ed eventualmente da altri parenti. Fermo, in ogni caso, l'affidamento condiviso del figlio minore ad entrambi i genitori, salvo nei casi eccezionali in cui ciò sia effettivamente contrario all'interesse del minore.

In materia di diritti ed aspettative successorie, va abrogata la facoltà di commutazione di cui all'art. 537, terzo comma, e chiarito, a proposito della filiazione incestuosa, che in conseguenza della riformulazione dell'art. 251 c.c., da noi fortemente sostenuta fin dai lavori preparatori, sarebbe però opportuno raccordarne la previsione con l'art. 279 c.c. e di conseguenza con gli artt. 580 e 594 c.c., specificando che gli assegni di mantenimento e alimentari ivi previsti sono riservati ai residui casi di mancata attribuzione dello *status* pur in presenza di accertamento del fatto procreativo della filiazione incestuosa: mancata autorizzazione al riconoscimento, scelta del figlio al solo mantenimento nel suo interesse, ovvero inammissibilità del riconoscimento per contrasto altro *status* in cui egli si trovi (eccezione ribadita dal testo dell'art. 253 c.c. da riformare ai sensi dell'art. 2, lett. *e*) n. 2, della legge delega)²⁵.

Si chiarirebbe meglio, di tal guisa, la previsione del rinnovato art. 565 c.c., a mente del quale «Nella successione legittima l'eredità si devolve al coniuge, ai parenti legittimi e naturali e allo Stato, nell'ordine e secondo le regole stabilite nel presente titolo».

²⁵ Cfr. S. STEFANELLI, *Tutela degli status*, in A. PALAZZO, A. SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, I, *Categorie e specie della successione*, Torino, 2012, p. 71 ss.; ID., *Famiglia e successioni tra eguaglianza e solidarietà*, in *Vita notarile*, 2012, p. 475 ss.

Per il vero, già durante i lavori preparatori della riforma del 1975 si era a lungo discusso dell'abrogazione dell'art. 580 c.c., residua eccezione al principio di pari trattamento di tutti i figli, ma prevalse l'opinione che ravvisava una persistente opposizione sociale alle unioni tra persone legate da stretti vincoli di parentela o affinità, ritenendo che la piena equiparazione dei diritti dei figli nati da quelle unioni alla posizione degli altri figli avrebbe realizzato una tutela incompatibile con i diritti della famiglia legittima²⁶.

Le voci critiche sollevatesi immediatamente e fino ai giorni nostri²⁷, che fondano la scelta limitativa del divieto di riconoscimento, nell'interesse superiore del figlio, meriterebbero di essere ascoltate anche per la riforma delle disposizioni in parola²⁸.

Ancora con riferimento alla unificazione delle norme che regolano diritti e doveri dei genitori nei confronti dei figli nati nel matrimonio e fuori dal matrimonio si segnala, inoltre, che il vecchio art. 315 c.c., rubricato «*Doveri del figlio verso i genitori*», stabiliva che «Il figlio deve rispettare i genitori e deve contribuire, in relazione alle proprie sostanze e al proprio reddito, al mantenimento della famiglia finché convive con essa». La norma non conteneva

²⁶ Critico sulla scelta del legislatore A.C. JEMOLO, *I figli incestuosi*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, II, p. 564 ss., ora in ID., *Gli occhiali del giurista*, Padova, 1985, p. 177 ss., secondo cui «l'unica categoria di figli non riconoscibili è rimasta quella dei figli incestuosi; mi chiedo se abbia ancora ragione di essere questa categoria. La cui esistenza poteva giustificarsi allorché si riteneva che sui figli dovesse ricadere il peccato dei genitori, o, quanto meno, che la nascita di questi figli rappresentasse qualcosa di così scandaloso che non potesse darsene atto in alcun documento o provvedimento di autorità». Così anche R. SCOGNAMIGLIO, *Diritti dei figli naturali non riconoscibili*, in *Comm. Carraro, Oppo, Trabucchi*, I, 2, Padova, 1977, p. 859 ss.; A. FINOCCHIARO e M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, cit., p. 2351 ss.

²⁷ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, II, *La famiglia. Le successioni*, cit., 680 ss.; AMBANELLI, *La filiazione non riconoscibile*, in *Il diritto di famiglia*, Tratt. diretto da Bonilini e Cattaneo, III, 2^a ed., Torino, 2007, p. 243 s.; M. DOSSETTI, *Art. 580*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da Gabrielli, Torino, 2010, p. 65 ss., che fonda la ragione pratica del mantenimento della discriminazione nell'assenza di centri di pressione, giusta l'irrilevanza sociale del fenomeno.

²⁸ Nel senso dell'impellenza di una legislazione unificatrice di tutti gli *status* e della disciplina successoria dei figli v. M. RONCHI, *I discendenti*, in AA.VV., *La successione legittima*, in Tratt. Bonilini, III, Milano, 2009, 813 ss.; M. SESTA, *La filiazione naturale*, in Tratt. Bessone, Torino, 2002, p. 79; MAJELLO, *Profili costituzionali della filiazione legittima e naturale*, Napoli, 1965, p. 129 ss.; G.W. ROMAGNO, *La successione dei figli nati privi di stato alla luce di una recente sentenza della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, II, 602 ss.

alcun riferimento ai diritti dei figli.

La legge del 2012 opera in una duplice direzione: *a)* sostituisce il vecchio 315 con il nuovo 315: «Art. 315. – (Stato giuridico della filiazione). – Tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico»; *b)* introduce il nuovo art. 315 *bis*: «Art. 315 *bis*. – (Diritti e doveri del figlio). – Il figlio ha diritto di essere mantenuto, educato, istruito e assistito moralmente dai genitori, nel rispetto delle sue capacità, delle sue inclinazioni naturali e delle sue aspirazioni. Il figlio ha diritto di crescere in famiglia e di mantenere rapporti significativi con i parenti. Il figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici, e anche di età inferiore ove capace di discernimento, ha diritto di essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano. Il figlio deve rispettare i genitori e deve contribuire, in relazione alle proprie capacità, alle proprie sostanze e al proprio reddito, al mantenimento della famiglia finché convive con essa».

Il 2° comma del nuovo 315 *bis*, in particolare si armonizza con quanto già disposto dall'art. 155 *sexies* c.c. in tema di ascolto del minore nei procedimenti di affidamento *ex* art. 155 c.c. (Il giudice dispone, inoltre, l'audizione del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento).

Il 1° comma del nuovo 315 *bis* fa da *pendant* all'art. 147 c.c., sui doveri dei genitori uniti in matrimonio verso i figli e all'art. 261 c.c. sui diritti e doveri derivanti al genitore dal riconoscimento; ma la riforma avrebbe dovuto incidere proprio su questi due articoli, in coerenza col nuovo art. 315: il 261, in particolare, è rimasto invariato nell'affermare che «Il riconoscimento comporta da parte del genitore l'assunzione di tutti i doveri e di tutti i diritti che egli ha nei confronti dei figli legittimi».

Si tratta di una disarmonia del sistema, che va rimossa, nel senso di fare rinvio, nelle norme citate, all'art. 315 *bis*.

Il nuovo sistema, peraltro, non prevede che l'ascolto del minore – sebbene nella prassi «filtrato» dall'intervento di un c.t.u. psicologo dell'infanzia – vincoli il giudice.

La volontà del minore che avesse compiuto sedici anni era invece già vincolante *ex* art. 250, 2° comma, c.c., per il suo riconoscimento («non produce effetti senza il suo assenso»); il nuovo 2° comma dell'art. 250, abbassa la soglia dell'età a 14 anni (così come il nuovo 3° comma dello stesso articolo prevede ora che il riconoscimento del figlio che non ha compiuto i quattor-

dici anni non può avvenire senza il consenso dell'altro genitore che abbia già effettuato il riconoscimento). Viceversa, il comma 4 del nuovo art. 250 prevede che «Il consenso non può essere rifiutato se risponde all'interesse del figlio. Il genitore che vuole riconoscere il figlio, qualora il consenso dell'altro genitore sia rifiutato, ricorre al giudice competente, che fissa un termine per la notifica del ricorso all'altro genitore. Se non viene proposta opposizione entro trenta giorni dalla notifica, il giudice decide con sentenza che tiene luogo del consenso mancante; se viene proposta opposizione, il giudice, assunta ogni opportuna informazione, dispone l'audizione del figlio minore che abbia compiuto i dodici anni, o anche di età inferiore, ove capace di discernimento, e assume eventuali provvedimenti provvisori e urgenti al fine di instaurare la relazione, salvo che l'opposizione non sia palesemente fondata. Con la sentenza che tiene luogo del consenso mancante, il giudice assume i provvedimenti opportuni in relazione all'affidamento e al mantenimento del minore ai sensi dell'articolo 315 *bis* e al suo cognome ai sensi dell'articolo 262».

Sarebbe stato più opportuno sostituire le presunzioni basate sull'età con l'unica nozione di capacità di discernimento – da accertare caso per caso – e rendere obbligatoria – in ossequio alla giurisprudenza più recente della Cassazione – la motivazione del giudice in ordine al mancato accoglimento della volontà espressa dal minore.

Non è chiaro, infatti, perché l'assenso del minore quattordicenne al riconoscimento sia vincolante, senza alcun riferimento alla sua effettiva capacità di discernimento.

In altri termini, se il minore è capace di discernimento, il limite di dodici anni o quello di quattordici anni sembrano del tutto arbitrari. Il vero problema al riguardo, non è quello di vincolare il giudice all'accoglimento della volontà del minore capace di discernimento, ma quello di rendere conto allo stesso – nella motivazione del provvedimento giudiziale – delle ragioni del mancato accoglimento della sua volontà, in modo da consentirgli, per mezzo del suo rappresentante processuale, un'eventuale difesa dei suoi diritti, così chiaramente sancita dalla Convenzione di Strasburgo del 1996, ratificata in Italia nel 2003.

ANNAMARIA BERNARDINI DE PACE*

LA NAVIGAZIONE DELLA LEGGE 219/2012 TRA SCOGLI E NUOVI ORIZZONTI

SOMMARIO: 1. Dalla discriminazione alla parificazione: riflessioni introduttive. — 2. I nuovi orizzonti solcati dalla l. 219/2012. — 2.1. Parificazione dello *status* dei figli: riforma della parentela e profili successori. — 2.2. La valorizzazione sostanziale e processuale del ruolo del figlio tra diritti e doveri. — 2.3. La parificazione processuale dei figli: la riforma della competenza. — 3. Gli scogli. — 3.1. La delega al Governo tra disappunto e incertezze. — 3.2. La riforma della «questione cognome»: un'occasione perduta. — 3.3. Il riconoscimento dei figli nati tra parenti: un'uguaglianza «in sospeso». — 3.4. La riforma della competenza tra perplessità, critiche e spunti di riflessione. — 4. Considerazioni conclusive.

1. — *Dalla discriminazione alla parificazione: riflessioni introduttive.*

Le colpe dei padri non devono ricadere sui figli.

Una regola laica, più ancora che religiosa e, tuttavia, a lungo disattesa e ignorata proprio dal diritto di famiglia che avrebbe dovuto farla propria.

Infatti, la discriminazione dei figli, immediatamente evidente nell'attribuzione loro di un diverso *status* a seconda che la nascita fosse avvenuta dentro o fuori dal matrimonio, ovvero che il figlio fosse frutto di una relazione tra parenti, è stata garantita proprio da un diritto di famiglia troppo a lungo sordo alle esigenze di riforma e all'evoluzione della società e dei costumi.

Nel codice del 1942 i figli nati fuori dal matrimonio venivano, spregiativamente, definiti «illegittimi» e ancora peggiore era la sorte destinata ai figli cosiddetti «adulterini», i quali non potevano essere riconosciuti dal genitore coniugato.

Con la riforma del 1975 sono stati compiuti alcuni passi nel cammino della parificazione. Oltre ad aver abrogato l'ormai intollerabile binomio «famiglia legittima-famiglia illegittima», questa riforma ha tendenzialmente pa-

* Avvocato del Foro di Milano.

rificato, nel rapporto con i genitori, i diritti dei figli «naturali», senza tuttavia estendere loro il vincolo di parentela con ascendenti e collaterali dei rispettivi genitori.

Un ulteriore passo è stato compiuto nel 2006, quando, con la Legge n. 54, si è provveduto a estendere all'affidamento dei figli «naturali» le regole (di natura sostanziale, non quelle processuali) applicabili ai procedimenti riguardanti l'affidamento figli «legittimi» a fronte della crisi di coppia dei genitori.

Tuttavia, è inutile negare che con le riforme richiamate si è avuto un tentativo, a volte addirittura timido, di parificazione, ma una parificazione piena e assoluta non vi è stata.

Ecco allora giustificata la trepidazione, la forte attesa, il vociferare sotteso all'emanazione della rivoluzionaria, dicono alcuni, doverosa a mio dire, Legge 219 del 2012.

Una Legge che dopo ben 65 anni dall'entrata in vigore della Costituzione, finalmente, fa riecheggiare anche nel diritto di famiglia il fondamentale e imprescindibile principio di uguaglianza, sancendo solennemente e senza mezzi termini: «tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico».

Era ora. Anzi, è già tardi.

Ma non è questo il tempo delle polemiche. Non è il tempo di redarguire la miopia e la lentezza del legislatore, bensì di festeggiare la rivoluzione culturale compiuta, le novità introdotte dalla legge 219.

Tuttavia, l'entusiasmo non deve oscurare il senso critico che ogni buon giurista deve sempre mantenere.

Per questa ragione è importante analizzare i principali cambiamenti operati dalla riforma, senza tuttavia tacerne i limiti e i difetti.

2. — *I nuovi orizzonti solcati dalla l. 219/2012.*

2.1. — *Parificazione dello status dei figli: la riforma della parentela e profili successori.*

La parificazione: questo è ciò che è stato fatto.

Con il nuovo articolo 315 del codice civile, norma «manifesto» della riforma in esame, si è sancita l'equiparazione dello stato giuridico dei figli. In

altri termini, è stata rimossa la tanto odiosa, quanto discriminatoria, identificazione dei figli in *status*, quale ultimo baluardo di una società di *ancienregime*.

I figli, dunque, sono figli e basta, senza aggettivi, qualificazioni, o attribuzioni di sorta, e la legge, finalmente, lo riconosce.

Ma l'articolo 315 c.c., pur essendo lo *slogan* ufficiale di questa riforma di civiltà giuridica, non rappresenta una mera statuizione di principio, bensì è destinato ad assumere risvolti concreti estremamente rilevanti, capaci di determinare un nuovo assetto al secolare istituto della famiglia.

Infatti, oltre all'implicita abrogazione dell'istituto della legittimazione (artt. 280 e ss. c.c.), il corollario più rilevante e immediato della riforma della filiazione consiste nella modifica del vincolo di parentela.

Infatti, l'articolo 1 della l. 219 ha provveduto a modificare tanto l'art. 258 c.c., il quale attualmente afferma, senza possibilità di equivoci, che il riconoscimento produce effetti riguardo al genitore da cui fu fatto e riguardo ai *parentidiesso*; quanto l'articolo 74 c.c. che, a seguito della riforma, definisce la parentela quale vincolo tra le persone che discendono dallo stesso stipite, sia per la filiazione avvenuta all'interno del matrimonio, *sia per quella avvenuta al di fuori di esso*.

Ecco dunque che anche il figlio naturale, una volta chiamato, può entrare «legittimamente» a far parte della famiglia dei suoi genitori, colmando, in tal modo, dopo ben trentotto anni, l'ingiustificato e ingiustificabile vuoto lasciato dalla riforma del 1975.

Il legislatore della riforma, per di più, non si è limitato a «equiparare» tra loro le due categorie dei figli «naturali» e di quelli «legittimi» ma ha provveduto a parificare a essi anche i cosiddetti figli «incestuosi», rispetto ai quali vigeva, salvi casi particolari, il divieto di riconoscimento. La nuova Legge ha infatti modificato l'articolo 251 c.c. stabilendo, al contrario, la riconoscibilità del figlio «nato tra parenti», locuzione ben meno discriminatoria della precedente, previa autorizzazione giudiziale.

Non sembra, poi, inutile osservare come la ri-definizione della famiglia sia destinata a riverberare i propri effetti anche sui profili strettamente successori. Innanzitutto, il figlio naturale entra a pieno titolo nella successione legittima dei familiari dei propri genitori, dalla quale in precedenza restava escluso, determinando dunque la sostanziale modifica degli artt. 565 e ss. c.c.

Si può anche affermare che il nuovo assetto familiare e la parificazione

dei figli abbia determinato la sostanziale abrogazione dell'istituto della commutazione, di cui all'art. 537 comma 3 c.c., altamente discriminatorio per i figli naturali e dunque affatto in linea con la *ratio* ispiratrice la riforma in esame. A ogni modo, per comprendere bene la rilevanza che l'unicità dello stato di figlio assume in ambito successorio, bisognerà avere la pazienza di attendere l'intervento del legislatore delegato, incaricato di assicurare l'adeguamento della disciplina delle successioni e delle donazioni al principio della parificazione dei figli (art. 2 l. 219/12).

2.2. – *La valorizzazione sostanziale e processuale del ruolo del figlio tra diritti e doveri.*

Ma la Legge 219 del 2012 non si è limitata a ri-disegnare i confini «esterni» del concetto famiglia, ampliandoli e adattandoli alla mutevolezza della realtà sociale, bensì ha provveduto a rideterminare anche gli equilibri interni al nucleo familiare, incidendo, in particolar modo, sul rapporto tra genitori e figli.

Non solo, infatti, la nuova formulazione dell'articolo 315 c.c., dedicato allo stato giuridico della filiazione, soppianta il precedente articolo, rubricato anacronisticamente «dei doveri dei figli», ma con uno slancio encomiabile il legislatore della riforma ha anche introdotto *ex novo* l'articolo 315 *bis* c.c., con il quale è stato previsto un vero e proprio statuto dei diritti del figlio in quanto tale.

Il catalogo dei diritti introdotto dai primi tre commi di questo articolo, sebbene abbia più una natura programmatica che un'efficacia immediata e concreta, ha il merito di preludere a una nuova concezione del figlio all'interno della famiglia, avallata dal fatto che i doveri verso i genitori (identici a quelli previsti dal previgente art. 315 c.c.) vengono allocati solamente al quarto comma e, pertanto, risultano anche formalmente posposti ai diritti.

A testimonianza della mutata concezione del rapporto tra figli e genitori, cui ormai solamente il diritto stentava ad adeguarsi, vi è poi la peculiare introduzione del diritto del figlio a essere assistito moralmente dal genitore, oltre che, ovviamente, mantenuto, educato e istruito. Pertanto, a seguito della riforma, ai doveri del genitore già previsti dall'articolo 147 c.c., se ne aggiunge un altro, ovvero quello di «assistere moralmente» il figlio, permeando la *responsabilità genitoriale* - concetto nuovo volto a soppiantare l'arcaica

locuzione di «potestà genitoriale», così come indicato nell'art. 2 l. 219/2012 - di una maggiore attenzione psicologica nei confronti delle esigenze, non solo economiche, ma anche spirituali e interiori del minore.

Ancora, il primo comma del nuovo articolo 315 *bis* c.c. impone ai genitori *di rispettare*, nell'educare e istruire la prole, le capacità, *l'inclinazione naturale* e le aspirazioni dei figli, non potendo più limitarsi a *tenerne meramente conto*, come previsto dall'articolo 147 c.c.

Un mutamento di approccio non irrilevante.

Quel che rimaneva di una concezione «gerarchica» e «autoritaria» della famiglia, è stato dunque letteralmente travolto dalla recente riforma, la quale, non solo ha provveduto a parificare tra loro i figli, ma ha altresì inciso sul ruolo che i figli assumono nei confronti dei genitori.

Riprova di ciò è l'introduzione, a opera della Legge 219/2012, dell'articolo 448 *bis* c.c. con il quale è stato *previsto l'esonero per il figlio dall'obbligo di prestare gli alimenti al genitore* nei confronti del quale è stata pronunciata la decadenza dalla potestà. Il connotato punitivo della disposizione non deve eclissarne la finalità di offrire una maggior tutela al figlio, rimuovendo il paradosso morale, prima ancora che giuridico, per il quale il genitore inadeguato ai propri doveri (pertanto decaduto dalla potestà) vanterebbe un diritto di mantenimento, seppur meramente alimentare, da parte del figlio stesso.

Inoltre, la valorizzazione del ruolo del figlio, operata dalla riforma, non si è esaurita nel solo contesto familiare, bensì ha interessato anche i diritti spettanti al figlio in sede «processuale», i quali risultano infatti notevolmente ampliati.

È in forza di questa nuova sensibilità che deve, infatti, essere letto l'articolo 315 *bis* terzo comma c.c., con il quale è stato espressamente previsto *il diritto inviolabile del figlio di essere ascoltato* in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano.

Apparentemente questa previsione potrebbe sembrare il mero consolidamento di una prassi, quella dell'ascolto del minore, da tempo diffusa nel nostro ordinamento e addirittura già codificata dall'articolo 155 *sexies* c.c. che, in sede di separazione giudiziale o divorzio, impone al giudice di disporre l'audizione del minore.

Eppure la nuova disposizione dice e fa molto di più. Innanzitutto, ridisegna il diritto d'ascolto del minore che, infatti, *da mero diritto funzionale* alla

realizzazione del principio del contraddittorio, viene configurato come *diritto proprio e autonomo del figlio*, direttamente riconducibile all'articolo 2 Cost. e, pertanto, *inviolabile*.

Cita testualmente un recentissimo decreto del Tribunale di Varese che coglie puntualmente la portata innovativa della disposizione in esame: «l'articolo 155-sexies c.c. tratteggia il «dovere» del giudice di ascoltare il minore; l'art. 315 *bis* c.c. delinea il «diritto» del minore ad essere ascoltato dal giudice, così guardando al fanciullo non come semplice oggetto di protezione ma come vero e proprio soggetto di diritto, a cui va data voce nel momento conflittuale della crisi familiare»¹.

La *ratio* sottostante all'articolo 315 *bis* comma 3 c.c. induce inoltre a ritenere che il diritto del minore di essere ascoltato non debba essere limitato ai procedimenti contenziosi, già ricompresi nell'articolo 155 *sexies* c.c., ma vada invece esteso anche ai procedimenti consensuali (separazioni consensuali, divorzi congiunti, affidamento dei figli naturali promosso consensualmente), poiché anch'essi involgono «questioni» riguardanti il figlio, e pertanto riconducibili all'area di applicazione della norma.

Ma la valorizzazione processuale della figura del figlio, in quanto strumentale al migliore soddisfacimento dei suoi interessi, rappresenta la chiave di lettura con la quale approcciarsi anche alla modifica apportata all'articolo 250 c.c., in materia di procedimento per il riconoscimento del figlio naturale.

Infatti, la l. 219/2012, ha ridotto dai sedici ai quattordici anni il limite di età a partire dal quale il consenso del minore risulta prodromico al riconoscimento e, di converso, in assenza del quale il riconoscimento non produce effetto.

2.3. – *La parificazione processuale dei figli: la riforma della competenza.*

La Legge 219/2012 ha tentato inoltre di equiparare i figli non solo nel profilo sostanziale, ma soprattutto sul versante strettamente processuale.

Va premesso che, fino al dicembre 2012, l'affidamento dei figli naturali e di quelli legittimi a fronte della crisi di coppia dei genitori, pur essendo disciplinato dalle medesime norme di diritto sostanziale (artt. 155 e ss. c.c.),

¹ Trib. Varese, sez. I, decreto 24 gennaio 2013, Pres. Paganini, rel. Buffone.

era tuttavia devoluto a due differenti giudici: per i primi era competente il Tribunale per i Minorenni, per i secondi, invece, il giudice ordinario nell'ambito del giudizio di separazione e divorzio dei genitori.

Ebbene, questo modello di competenza «diarchico», tra l'altro fondato non sul *tipo* di procedimento, bensì sullo *status* del figlio da affidare, non poteva certo «reggere» di fronte allo slancio di equiparazione della riforma. Il ragionamento pare invero cristallino, quasi assiomatico: se i figli sono tutti uguali, non potranno che interagire con la medesima autorità giudiziaria, senza distinzioni «soggettive» di sorta.

L'articolo 3 della Legge 219/2012 ha dunque provveduto a modificare in modo sostanziale l'art. 38 disp. att. c.c., stabilendo che tutti i procedimenti di affidamento e mantenimento dei figli, indipendentemente dalla sussistenza di un vincolo matrimoniale tra i genitori, sono devoluti al Tribunale ordinario.

Tuttavia, una differenza processuale tra figli naturali e legittimi permane, seppur limitatamente al rito da seguire.

Infatti, qualora l'affidamento attenga al figlio nato da genitori coniugati, la procedura da seguire rimane quella prevista per la separazione e il divorzio (artt. 706 ss. c.p.c.); per l'affidamento del figlio nato fuori dal matrimonio troverà invece applicazione, per quanto compatibile, il rito camerale, disciplinato dagli artt. 737 e ss. c.p.c.

Giova intanto osservare che la *vis attractiva* del Tribunale ordinario non è stata limitata ai procedimenti di affidamento e mantenimento dei figli naturali (art. 317 *bis* c.c.) e a quelli relativi all'assunzione di decisioni per il figlio in caso di contrasto tra genitori (art. 316 c.c.), bensì è stata estesa anche a numerosi ulteriori procedimenti in precedenza collocati presso il Tribunale per i minorenni.

Pertanto, ben poco resta ormai di competenza del Tribunale per i Minorenni. Permangono invero di sua competenza, oltre al procedimento di ammissione del minore al matrimonio (art. 84 c.c.) e quello di nomina del curatore speciale che assista il minore nelle convenzioni matrimoniali (art. 90 c.c.), i procedimenti *de potestate* previsti dagli artt. 330 e ss. del codice civile. Tuttavia con una limitazione, ovvero che per i procedimenti di cui all'articolo 333 c.c. resta esclusa la competenza del Tribunale per i minorenni nell'ipotesi in cui sia in corso, tra le stesse parti, un giudizio di separazione

o divorzio o un giudizio ai sensi dell'articolo 316 comma 3 c.c., ossia il procedimento volto a redimere i contrasti insorti nell'esercizio della potestà parentale nell'ambito della famiglia "legittima".

La riforma sulla competenza se, *in prima facie*, potrebbe apparire encomiabile e addirittura attuativa dei principi sottesi alla l. 219/2012, in verità a un giudizio più attento presenta incongruenze e vizi, neppure così occulti, sui quali sarà necessario soffermarsi.

3. — *Gli scogli.*

Esaurita, senza presunzioni di completezza, la disamina delle principali e positive novità introdotte dalla riforma, veniamo invece alle criticità.

Il mio intento di far emergere i principali punti critici della nuova legge non è fine a se stesso, né tanto meno sterilmente indirizzato a recriminare le scelte legislative; piuttosto, l'auspicio è quello di sensibilizzare il legislatore, così da apportare le necessarie correzioni ai (troppi) errori compiuti.

Numerose sono infatti le critiche che si debbono muovere alla riforma, le quali coinvolgono sia ciò che è stato fatto, sia ciò che si sarebbe dovuto fare.

Basti guardare, lo noto invero più con sarcasmo che con perplessità, alla rubrica della norma, la quale reca testualmente: «disposizioni in materia di riconoscimento dei *figlinaturali*».

Fa quasi sorridere la disattenzione del legislatore che, con mano malferma, ha mantenuto la categoria «figli naturali» nella rubrica di una norma che si propone di rimuovere la categoria stessa.

3.1. — *La delega al Governo tra disappunto e incertezze.*

Ma veniamo invece agli aspetti più problematici, rispetto ai quali l'entusiasmo lascia il posto a delusioni e perplessità.

Uno dei maggior scogli in cui necessariamente si è «incagliata» la nuova legge è certamente l'articolo 2.

Questa norma contiene infatti un'ampia, amplissima direi, delega al Governo, in base alla quale, l'Esecutivo dovrà riformare interi ambiti attinenti la materia della filiazione, così da attuare il principio di parificazione dei figli.

In tal modo, dunque, eccetto alcune modifiche immediatamente operative, di cui si è già detto, tutto il resto, e il resto è estremamente, eccessivamente, ampio, è rimesso a uno o più decreti legislativi.

Infatti, oltre alla «facile» sostituzione in tutta la legislazione vigente, delle locuzioni «figli legittimi» e ai «figli naturali» con l'espressione «figli» (salvo l'utilizzo della locuzione «figli nati fuori o dentro il matrimonio» nei casi di disposizioni a essi specificatamente relative) e all'altrettanto «semplice» modificazione di titoli e rubriche secondo le direttive contenute all'art. 2 lett. b) l 219/2012, (che in verità poteva già essere agevolmente approvata dal Parlamento senza necessità di delega), il Governo dovrà intervenire su ambiti estremamente eterogenei e di notevole delicatezza. La delega si estende, infatti, dagli interventi di ridefinizione della materia del possesso di stato e delle prove di filiazione, alla modifica della disciplina sulla presunzione di paternità e sul riconoscimento, alla riforma della disciplina del riconoscimento dei figli nati fuori dal matrimonio, nonché all'adeguamento della disciplina delle successioni e delle donazioni, così da attuare il principio di unicità dello stato di figlio, oltre che a ulteriori materie, tra le quali la disciplina delle modalità di ascolto del minore, la ridefinizione della responsabilità genitoriale sulla scorta dei diritti attribuiti ai figli, il riordino della materia del diritto internazionale privato (...).

Insomma c'è un po' di tutto, un po' troppo viene da dire.

All'eccessiva ampiezza della delega, già di per sé foriera di incertezze e criticità, si aggiunga poi che molto spesso gli stessi parametri direttivi ai quali il Governo dovrebbe adeguarsi nell'emanazione dei decreti legislativi risultano vaghi e imprecisi – (si pensi alla direttiva data in materia di riforma delle successioni) – al punto che è ben difficile ipotizzare, a oggi, quali saranno i concreti contenuti dei decreti e, dunque, l'effettiva portata della riforma nel suo complesso. Ancor più censurabile è, infine, la dilatazione temporale tra l'entrata in vigore della nuova legge e l'emanazione degli incerti decreti legislativi. Infatti, apparentemente il Governo avrebbe l'onere di emanare i decreti legislativi entro dodici mesi dall'entrata in vigore della legge delega, tuttavia, al contempo, si consente all'Esecutivo di approvare in seguito ulteriori decreti integrativi o correttivi, per la cui emanazione non vengono fissati limiti temporali.

In conclusione, l'attribuzione della delega al Governo, nelle modalità

analizzate, rischia di porre in *stand-by* l'effettiva portata innovativa della riforma e di suscitare un senso di insanabile frustrazione negli spettatori, i quali dovranno attendere almeno un anno per comprendere l'effettivo «finale», se un finale ci sarà davvero, di un'epopea che dura almeno da trentotto anni.

3.2. – *La riforma della «questione cognome»: un'occasione perduta.*

Un ulteriore aspetto critico che si espone a facili rimproveri attiene al mancato intervento, da parte del legislatore, sulla «questione cognome».

Come noto, infatti, nel nostro ordinamento, pur in mancanza di una previsione espressa in tal senso, vige la regola dell'attribuzione al figlio “legittimo” del solo cognome paterno.

Per quanto attiene al cognome da attribuire al figlio naturale, vi è invece un'espressa disposizione, l'articolo 262 c.c., nel quale viene compiuta una distinzione a seconda che il figlio venga riconosciuto contemporaneamente da entrambi i genitori, nel qual caso assume il solo cognome paterno, oppure che il riconoscimento venga effettuato da un solo genitore o da entrambi ma in tempi diversi. In questo secondo caso, il figlio assumerà il cognome del genitore che per primo lo ha riconosciuto; tuttavia, qualora abbia già acquisito il cognome della madre, è previsto che il successivo riconoscimento da parte del padre possa determinare l'aggiunta o addirittura la sostituzione del cognome materno con quello paterno.

La disciplina brevemente richiamata, pur non introducendo differenze di trattamento tra figli «naturali e legittimi», in quanto in entrambi i casi sussiste un *favor* per l'attribuzione al figlio del cognome paterno, non risulta affatto conforme ai principi costituzionali fondamentali, quali l'uguaglianza tra genitori, oltre che tra uomo e donna, nonché ai principi europei e internazionali.

È doveroso segnalare che la stessa Corte Costituzionale ha lanciato un monito al legislatore, affermando testualmente che «l'attuale sistema di attribuzione del cognome è retaggio di una concezione della famiglia non certo coerente con i principi dell'ordinamento e con il valore costituzionale dell'uguaglianza tra uomo e donna»².

² Corte cost. 16 febbraio 2006 n. 61, in *Dir. fam. pers.*, 2006, p. 927.

Eppure il legislatore è rimasto sordo a ogni istanza ed esigenza di cambiamento.

Il silenzio della riforma sulla «questione cognome» pare dunque estremamente critico. E non soltanto perché si è persa un'occasione per intervenire definitivamente sul tema, ma soprattutto perché questo silenzio si fa davvero sentire, si consenta l'ossimoro, in quanto stride con la *ratio* sottesa alla riforma stessa.

Suscita, infatti, forti perplessità il fatto che una riforma sulla filiazione, votata alla parificazione dei figli e alla piena attuazione del principio di uguaglianza, non sia intervenuta a modificare la disciplina in materia di cognome, prevedendo che questo possa essere deciso liberamente dai genitori o, quantomeno, introducendo il sistema del doppio cognome.

Peccato: la rivoluzione culturale e di civiltà è stata compiuta, ma non fino in fondo.

3.3 – *Il riconoscimento dei figli nati tra parenti: un'uguaglianza «in sospeso».*

Altrettanto recriminabile è, inoltre, l'intervento della riforma in materia di riconoscimento dei figli incestuosi. L'encomiabile modifica dell'articolo 251 c.c., operata dalla l. 219/2012, con la quale è stato reso possibile il riconoscimento dei figli nati tra parenti, nonché rimossa l'odiosa locuzione «figli incestuosi», non deve trarre in inganno e indurre a ritenere che ogni differenza rispetto ai figli «naturali» e «legittimi» sia stata rimossa.

Tutt'altro.

Per i figli nati tra parenti, infatti, il riconoscimento è subordinato alla preventiva autorizzazione giudiziale. Questa, per quanto diretta a garantire l'interesse del figlio e a evitargli qualsiasi pregiudizio, ha pur sempre un connotato discriminatorio in quanto, inevitabilmente, mantiene in vita una «categoria» speciale di figli, in assoluto contrasto con la finalità della riforma in esame.

Pare allora che se da un lato, rimuovendo il divieto di riconoscimento, qualche passo nella strada della parificazione dei figli «incestuosi», (si scusi l'utilizzo del termine), è stato compiuto, dall'altro l'introduzione dell'autorizzazione giudiziale ha le sembianze di un timido «compromesso», al quale il legislatore si è dovuto prestare, nel tentativo di divincolarsi tra la preceden-

te discriminatoria disciplina e l'attuazione di una (doverosa) liberalizzazione del riconoscimento dei figli nati tra parenti, ben poco condivisa dalla parte più retrograda della nostra società.

3.4. – *La riforma della competenza tra perplessità, critiche e spunti di riflessione.*

Tuttavia, come è già stato anticipato, a suscitare le maggiori e più preoccupanti critiche sono le variazioni apportate dalla riforma in tema di competenza. La modifica dell'articolo 38 disp. att. c.c. si presta infatti a numerose censure per una pluralità di profili.

In primo luogo, è indubbio, come già analizzato, che a fronte della l. 219/2012 si sia affermata una quasi assoluta competenza del Tribunale ordinario, il quale ha assorbito la quasi totalità dei procedimenti di spettanza del Tribunale minorile.

Ebbene, la domanda sorge spontanea: è effettivamente praticabile questa riforma? Il Tribunale ordinario è in grado di assorbire l'ingentissima mole di lavoro che tutto a un tratto si trova a dover smaltire?

Al riguardo deve essere segnalato che la modifica dell'articolo 38 disp. att. c.c. non è stata accompagnata da alcun ritocco del sistema organizzativo e finanziario, nel presupposto che «la ridefinizione delle competenze giurisdizionali sulla materia in esame sia attuabile nell'ambito delle risorse umane e strumentali disponibili presso gli organi interessati»³. In altre parole, dovrebbero essere i singoli uffici a doversi ri-organizzare per la gestione della nuova «fetta» di contenzioso, attingendo tuttavia al bacino (già scarso) di risorse attualmente disponibili.

Inoltre non si può evitare di segnalare che la materia del diritto di famiglia, in special modo attinente all'affidamento dei figli, all'interno del Tribunale per i minorenni veniva trattata non solo da giudici togati ma anche dai c.d. giudici laici, i quali, dunque, contribuivano all'efficienza dell'apparato giustizia. Al contrario, nel Tribunale ordinario vige la regola dell'indelegabilità ai giudici onorari delle funzioni giurisdizionali in tema di famiglia.

Inutile osservare come ciò determinerà un ulteriore aggravio per la magistratura ordinaria.

³ Camera dei Deputati, Servizio Bilancio dello stato, scheda di analisi n. 262 del 22 novembre 2012.

Ma veniamo alle questioni più prettamente tecniche.

In particolare, a suscitare scalpore e polemiche, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, è la scelta che la riforma ha compiuto in merito al «rito processuale» da adottare per l'affidamento dei figli naturali. Come già anticipato, l'articolo 3 della l. 219/2012 prevede infatti che «nei procedimenti per l'affidamento e il mantenimento dei minori si applichino, in quanto compatibili, gli articoli 737 e ss. del c.p.c.», stabilendo ulteriormente che «il tribunale competente provvede in ogni caso in camera di consiglio, sentito il p.m., e i provvedimenti emessi sono immediatamente esecutivi, salvo che il giudice disponga altrimenti».

Ebbene, la procedura *ad hoc* predisposta per l'affidamento dei figli naturali è comunemente percepita come un'intollerabile discriminazione nei loro confronti rispetto ai figli legittimi, ai quali, a fronte dello stesso diritto fatto valere, sarebbe riservato un rito, quello della separazione e divorzio, ben più garantista.

Si sostiene infatti che il giudizio di separazione e divorzio, nella sua struttura bifasica, consentirebbe un'immediata tutela degli interessi del minore mediante lo strumento dell'ordinanza presidenziale, assente nel procedimento camerale. Inoltre, si sottolinea che gli artt. 706 ss. c.p.c. disciplinano pur sempre un giudizio ordinario di cognizione, il quale assicura dunque un'effettiva attuazione delle garanzie difensive delle parti in ogni passaggio processuale. Al contrario, la laconica disciplina degli artt. 737-742 c.p.c., non scansionando minuziosamente né il procedimento né le facoltà delle parti, sarebbe pertanto fonte di gravi violazioni per le garanzie difensive dei figli nati fuori dal matrimonio al punto che si potrebbe addirittura ipotizzare che la nuova disciplina possa essere investita da una questione di legittimità costituzionale.

Questa tesi trova anche dei richiami giurisprudenziali in alcune pronunce di merito, nelle quali, riferendosi al procedimento camerale riservato ai figli naturali, si osserva «non si escludono dubbi in ordine alla compatibilità costituzionale di una tale scelta, con il principio di ragionevolezza e di uguaglianza (art. 3 Cost.), posto che lo stesso Tribunale si trova a regolare le stesse situazioni (e soprattutto i “figli” aventi gli stessi diritti) con un ordito di norme processuali differenti. Ad ogni modo, de jure condendo, trattasi di una fase da potersi ritenere “temporanea”, in virtù della delega legislativa in

attesa di attuazione (art. 2 l. 219/2012) che ha, tra l'altro, proprio lo scopo "di eliminare ogni discriminazione tra figli"⁴.

Sebbene la tesi illustrata possa sembrare accattivante e apparentemente convincente, essa non costituisce l'unica via percorribile.

Sarebbe infatti superficiale ritenere che il procedimento camerale, così come strutturato dalla l. 219/12 all'articolo 3, rappresenti, necessariamente, di per sé una irrimediabile discriminazione nei confronti dei figli naturali. Al contrario, assumendo una prospettiva contrapposta, potrebbe addirittura rivelarsi un'inaspettata risorsa.

Dev'essere notato, infatti, che il procedimento di affidamento dei figli naturali è certamente più snello e veloce di quello previsto per i figli legittimi ma, soprattutto, è un procedimento *ad hoc* a loro interamente e integralmente dedicato.

I figli di genitori coniugati non ricevono invece questo privilegio: il loro affidamento e mantenimento è parte, seppur relevantissima, di un procedimento ben più ampio, quello di separazione e divorzio, i cui protagonisti non sono i figli, bensì i genitori.

Inoltre, un'ulteriore garanzia insita nel procedimento camerale, del tutto assente nel rito *ex art.* 706 ss. c.c., è quella della collegialità; inutile sottolineare come la presenza di un Collegio sia già di per sé una garanzia estremamente rilevante e, si scusi l'azzardo, forse addirittura superiore alle garanzie difensive previste in sede di separazione e divorzio, le quali, tra l'altro, è bene sottolinearlo nuovamente, vengono attribuite alle *parti*, non ai figli.

Infine, anche l'osservazione secondo la quale l'udienza presidenziale offrirebbe una tutela immediata ed effettiva non rinvenibile in sede di procedimento camerale, pare invero per nulla condivisibile. In primo luogo, infatti, l'articolo 3 della l. 219 sancisce, senza possibilità di dubbio alcuno, l'immediata esecutività dei provvedimenti adottati dal collegio; in secondo luogo, nulla esclude che in casi peculiari, i quali richiedano provvedimenti immediati e urgenti da adottare già nella prima udienza, possa trovare applicazione l'articolo 700 c.p.c. In tal modo, l'instaurazione del procedimento di affidamento del figlio nato fuori dal matrimonio verrebbe preceduto dall'emanazione di un provvedimento di urgenza (*ex art.* 700 c.p.c.), idoneo

⁴ Trib. Varese, sez. I, decr. 23 gennaio 2013.

a anticipare provvisoriamente gli effetti della decisione finale, analogamente all'ordinanza presidenziale emessa in sede di separazione e divorzio.

Queste considerazioni mi inducono a ritenere che il procedimento camerale (di cui all'art. 38 disp. att. c.c. *post*-riforma) possieda potenzialità e vantaggi sconosciuti al rito *ex art.* 706 ss. c.c.; al punto che, se davvero una discriminazione c'è stata, involve, a mio avviso, i figli «legittimi», «oscurati», nel delicato momento dell'affidamento, dalle esigenze sottese alla crisi coniugale dei genitori, piuttosto che i figli «naturali», ai quali è stato dedicato non solo un procedimento speciale, ma addirittura un intero collegio di magistrati.

A mio parere, la proposta più opportuna non è dunque quella di modificare il rito per i figli «naturali», tentando di equipararlo a quello dei figli «legittimi», ma, piuttosto il contrario: estendere ai secondi il procedimento previsto per primi, così come strutturato dalla l. 219/2012.

Per concludere, è necessario soffermarsi brevemente su un'ulteriore incoerenza di cui è vittima la disciplina sul riparto di competenza tra T.O. e T.M., la quale coinvolge i c.d. procedimenti *de potestate*. Questi ultimi sono infatti tra i pochi procedimenti rimasti di competenza del Tribunale per i minorenni. Tuttavia, laddove riguardino un figlio «legittimo» e sia in corso un giudizio di separazione o divorzio tra i genitori, o *ex art.* 316 c.c., la competenza sui procedimenti *de potestate* viene assorbita dal Tribunale ordinario.

Si potrebbe ritenere, di primo acchito, che tale disposizione sia volta a garantire una «concentrazione» di tutti procedimenti riguardanti il figlio di fronte allo stesso giudice.

Eppure lascia quanto meno perplessi, constatare che tale disposizione non si applica ai figli naturali. In altri termini, qualora sia pendente un giudizio per il loro affidamento davanti al T.O., la competenza per i procedimenti *de potestate* resta comunque saldamente radicata presso il T.M.

Ancora una notevole differenza di trattamento.

Ancora una disciplina, a mio avviso, ben più favorevole ai figli nati fuori dal matrimonio che non a quelli nati dentro.

Infatti, il T.M., da sempre competente per i procedimenti *de potestate*, è un giudice altamente specializzato e dotato di risorse umane (giudici onorari) o contatti con i servizi sociali, spesso assenti presso il Tribunale ordinario.

I figli legittimi avranno, dunque, sì la «comodità» di veder trattato tutto ciò che li riguarda davanti al medesimo giudice, ma in verità questa «comodità» avvantaggia, ancora una volta, più i genitori che non i figli medesimi.

4. — *Considerazioni conclusive*

Non vorrei compiere un bilancio tra quanto si è fatto, quanto non è stato fatto, o quanto doveva essere compiuto con maggiore attenzione e sensibilità. Ritengo che sarebbe un'operazione sterile e, forse, dannosa, perché in caso di «risultato negativo» l'entusiasmo generato dalla riforma rischierebbe di venir soffocato, impedendo che i necessari miglioramenti vengano apportati.

Mi preme, invece, sottolineare un ultimo aspetto. Ovvero che la nuova legge ha compiuto una «rivoluzione» non indifferente, parificando tra loro i figli e, con essi, anche le famiglie «di fatto» e «coniugate». Ebbene, è definitivamente (e finalmente) caduto un odioso *tabu*, quello per il quale la famiglia, per ottenere e godere di dignità giuridica, debba necessariamente fondarsi sul matrimonio.

Un dubbio, però, sorge spontaneo e riecheggerà ben oltre questo Convegno: come la si mette con l'articolo 29 della Costituzione che, senza possibilità di equivoci, (anacronisticamente?), afferma: «la Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale *fondata sul matrimonio*»?

C'è ancora da fare.

STEFANIA STEFANELLI*

STATUS E MODELLI PROCREATIVI NEL SISTEMA ATTUALE

SOMMARIO: 1. Premesse — 2. La costituzione dello *status*: automatismo e volontarismo nell'accertamento della paternità e della maternità — 3. Anonimato materno, fecondazione eterologa e diritto a conoscere le proprie origini — 4. Il regime delle azioni dirette a rimuovere lo *status* nella delega e nel progetto di riforma del c.c. — 5. *Favor veritatis* e volizione nella responsabilità da procreazione — 6. Verso l'emersione del principio di affettività e la rimeditazione dello *status* — 7. Elementi costitutivi dello stato civile della persona — 8. Stato e capacità delle persone: quale tutela per i diritti fondamentali dei figli?

1. — *Premesse.*

La legge dedicata, nella sostanza ma non nell'intitolazione – singolarmente limitata al riconoscimento dei figli naturali – alla parificazione degli *status* di filiazione, attraverso l'eliminazione, diretta o rinviata alla legislazione delegata, di ogni discriminazione fondata sull'esistenza di un valido vincolo matrimoniale tra i genitori, era attesa fin dall'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, avendo già mancato l'occasione della riforma del diritto italiano della famiglia, nel 1975.

Per una singolare coincidenza, altrettanto spesso negletta, lo stesso anno vide l'emanazione della Convenzione europea sullo *status* giuridico dei minori nati al di fuori del matrimonio¹, sottoscritta con riserve dall'Italia l'11

* Università degli Studi di Perugia.

¹ Convenzione europea sullo *status* giuridico dei minori nati al di fuori del matrimonio, STCE n. 085, entrata in vigore il 15 ottobre 1975, disponibile, con l'elenco degli strumenti di ratifica, nel sito internet dell'Ufficio dei Trattati, all'indirizzo <http://conventions.coe.int>. Cfr. A. CECCHERINI, *La legge 15 gennaio 1994, n. 64 e le convenzioni internazionali in materia minorile*, in *Famiglia e diritto*, 2004, p. 131 ss.; F. PROSPERI, *Impresa familiare, Art. 230 bis*, in *Commentario cod. cin. Schlesinger Busnelli*, Milano, 2006, p. 159 ss., e ivi, nota 285, anche con riferimento a Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Marckx c. Belgio*, 13 giugno 1979, Serie A, vol. 31, par. 31; E. FALLETTI, *La filiazione, questioni sostanziali, processuali, internazionali nell'analisi della giurisprudenza*, Matelica, 2007, p. 24 s., ID., *Il riconoscimento del figlio naturale dopo la riforma*, Rimini, 2013;

febbraio 1981, non ancora ratificata, che si rivolgeva allo scopo di migliorare il trattamento riservato ai figli nati al di fuori del matrimonio, riducendo le differenze con quello dei figli nati durante il matrimonio che si traducevano in svantaggio legale e sociale per i primi, ed all'obiettivo di contribuire, attraverso fasi successive, alla progressiva armonizzazione delle legislazioni delle Parti in questo ambito.

Per l'ipotesi, poi effettivamente realizzatasi, in cui tale risultato non potesse essere raggiunto nell'immediato da tutte le Parti, la Convenzione prevede un sistema di riserve che permettono agli Stati interessati di realizzarlo gradualmente, relativamente ad un massimo di tre dei nove articoli che prevedono degli obblighi, riserve aventi efficacia per un periodo non superiore ai cinque anni, eventualmente rinnovabili per uguale periodo.

Le disposizioni più significative della Convenzione riguardano la filiazione paterna e materna, il riconoscimento o la contestazione della paternità, l'attribuzione della potestà ed i diritti successori dei minori: appare opportuno sottolineare come, ai sensi dell'art. 3, la paternità di qualsiasi bambino nato fuori dal matrimonio può essere stabilita per atto volontario di riconoscimento o per decisione giudiziale, mentre la maternità consegue al parto, ed il riconoscimento volontario non può essere rifiutato o contestato (art. 4), a meno che colui che lo effettua non sia il padre biologico.

Si afferma, di tal guisa ed in modo incontrovertibile, che 1) la dichiarazione costitutiva dello *status* è atto volontario per il padre naturale, mentre la filiazione materna è stabilita per il solo fatto della nascita, 2) non esiste nessuna limitazione alla riconoscibilità, 3) unico parametro è la discendenza biologica, che può essere dimostrata con evidenze scientifiche (art. 5), e questo vale in tutte le azioni in materia di accertamento o negazione della filiazione.

Ai sensi dei successivi artt. 6 e 7 l'obbligo di mantenimento e l'autorità parentale spettano ad entrambi i genitori nei confronti dei quali risulta la

G. CATTANEO, *Convenzioni europee e leggi interne in tema di adozione dei minori e trattamento dei figli naturali*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, I, p. 328 ss.; J. LONG, *Il diritto italiano delle famiglia alla prova delle fonti internazionali*, Milano, p. 66 ss.; ID., *Le fonti di origine extranazionale*, in G. FERRANDO, M. FORTINO, F. RUSCELLO (cur.), *Tratt. dir. famiglia* diretto da P. ZATTI, I/1, *Famiglia e matrimonio*, Milano, 2011, p. 191 ss.; M.G. CUBEDDU, *La dimensione europea della famiglia*, *ivi*, p. 83 ss.; L. TOMASI, *La tutela degli status familiari nel diritto dell'Unione europea*, Padova, 2007.

filiazione, e in forza dell'art. 9 sono identici i diritti successori dei figli di genitori non coniugati rispetto ai figli nati in matrimonio.

La Convenzione è entrata in vigore col deposito del terzo strumento di ratifica: ad oggi se ne contano 23, oltre le tre sottoscrizioni senza ratifica di Italia, Francia, Islanda.

Lunga attesa, dunque, cui la riforma approvata alla fine della scorsa legislatura non pare aver posto purtroppo termine tanto con riguardo all'unificazione della disciplina dedicata agli atti costitutivi degli *status* dei figli matrimoniali e non matrimoniali, quanto con riferimento alle azioni dirette alla negazione dello *status*, e comunque accontentandosi di una applicazione ambigua e – all'apparenza – poco consapevole del principio di verità della discendenza biologica, nei suoi rapporti con quello concorrente di responsabilità procreativa.

2. — *La costituzione dello status: automatismo e volontarismo nell'accertamento della paternità e della maternità.*

Nel sistema codicistico vigente i titoli costitutivi dello *status* nella filiazione matrimoniale ed in quella fuori dal matrimonio si differenziano nettamente, ispirandosi il primo all'automatismo risultante dall'applicazione delle finzioni/presunzioni di legittimità e paternità, ed il secondo all'atto volontario di riconoscimento. Coerentemente, i fatti presuntivi che costituiscono titolo dello *status* di figlio legittimo e l'accertamento che fonda la relazione di filiazione naturale hanno efficacia preclusiva differente, testimoniata dalla possibilità di superare gli effetti della presunzione di paternità di cui all'art. 231 c.c. attraverso il riconoscimento ad essa contrario, ai sensi dell'art 250, I comma, c.c., e quella di concepimento in matrimonio con l'accertamento giudiziale *ex art.* 235 c.c., mentre il riconoscimento costituisce atto di accertamento con efficacia preclusiva di grado maggiore ed intermedio, esposto solo alla rimozione per effetto di giudicato. Differente è anche il regime cui soggiacciono le azioni negatorie degli *status* di filiazione legittima e naturale, prescrivendosi la decadenza dall'azione di disconoscimento di cui all'art. 235 c.c., diretta a rimuovere gli effetti di grado minimo nascenti dall'applicazione degli art. 232 e 233 c.c., e non invece per quella di impugnazione del ricono-

scimento *ex art. 263 c.c.*, diretta ad ottenere un giudicato che sarà l'accertamento con effetti preclusivi di grado massimo².

Da tale impostazione sistematica deriva che per la filiazione matrimoniale hanno rilievo esclusivo le azioni negative dello *status*, mentre in quella non matrimoniale ha rilievo centrale l'azione di accertamento, pur contemplandosi anche quella di rimozione degli effetti dell'errato riconoscimento.

La riforma non innova il quadro, ed anzi attraverso l'«estensione della presunzione di paternità del marito rispetto ai figli comunque nati o concepiti durante il matrimonio», affidata al legislatore delegato dall'art. 2, d) della l. 219/2012, produce la costituzione automatica dello *status* nei confronti del coniuge del genitore dichiarante, attuando un automatismo che da un lato corrisponde al dettato dell'art. 29 Cost.³ e dall'altro sarebbe difficilmente praticabile al di fuori della famiglia fondata sul matrimonio.

Si realizza, in altri termini, la costituzione del legame nei confronti del marito fin dal giorno della celebrazione del matrimonio, e per tutto il periodo fisiologico della gestazione, che nel vigente art. 231 c.c. è esteso a 300

² A. PALAZZO, *La filiazione*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI, P. SCHLESINGER, II ed., Milano, 2013, p. 261 ss. con riferimento a disconoscimento e ruolo delle presunzioni, p. 418 ss. per il riconoscimento di prole naturale.

³ G. BONILINI, *Lo status o gli status di filiazione*, in *Quaderni Aiaf*, Milano, 2006, p. 17 ss., ove una significativa proposta di riforma dell'art. 29 Cost., prodromica e indispensabile all'unificazione degli *status* di filiazione, che tenga conto del fatto che il matrimonio, pilastro della famiglia legittima dal precetto costituzionale, non è altrettanto centrale nell'esperienza sociale, dato l'elevato numero di figli nati fuori del matrimonio, e possono anzi rintracciarsi una pluralità di modi di vivere familiari meritevoli di tutela costituzionale, ma non consacrati in altrettanti statuti normativi, come osserva anche V. SCALISI, *La "famiglia" e le "famiglie"*, in *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno*, Milano, 2005, p. 209 ss. Rileva F. RUSCELLO, *Quando il pregiudizio... è nella valutazione del pregiudizio! A proposito dell'affidamento della prole alla madre omosessuale*, in *Famiglia e diritto*, 2013, 576, come nel nostro ordinamento sia «in atto un sicuro processo in via di sviluppo e ... sempre più indirizzato, anche attraverso la recente riforma sullo stato dei figli (art. 315 c.c., come modificato nel 2012) a riconoscere nella famiglia una formazione sociale non necessariamente fondata sull'atto di matrimonio». Interessante anche il rilievo di M. FINOCCHIARO, *Una nozione ampia di "familiare" fa spazio alle unioni di fatto*, in *Guida al diritto*, 2007, n. 19, p. 28 ss., in commento al decreto legislativo n. 30 del 6 febbraio 2007 in attuazione della direttiva 2004/38/CE, in materia di diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri.

giorni, dalla data di annullamento, scioglimento, cessazione degli effetti civili del matrimonio, comparizione dei coniugi per la separazione. La presunzione è comunque fragile, superabile dal riconoscimento della filiazione non matrimoniale, e comunque dall'accertamento giudiziale in sede di giudizio di disconoscimento, ammesso per il figlio nato prima dei 180 giorni *ex art.* 233 c.c.⁴, ed a cui la Cassazione legittimava anche in caso di nascita nel periodo assistito dalle presunzioni, pur se il concepimento fosse anteriore al matrimonio, ancor prima che la Corte Costituzionale dichiarasse incostituzionale la subordinazione alla previa dimostrazione dell'adulterio della moglie delle prove tecniche, da cui risulta «che il figlio presenta caratteristiche genetiche

⁴ Cass., 23 aprile 2003, n. 6477, in *Vita notarile*, 2003, 880 ribadisce la decorrenza del termine di cui all'art. 244 c.c., anche per questa ipotesi, dalla scoperta dell'adulterio, precedente al matrimonio, da intendersi «come acquisizione certa della conoscenza (e non come mero sospetto) di un fatto non riducibile, perciò, a mera infatuazione, o a mera relazione sentimentale, o a mera frequentazione della moglie con un altro uomo - rappresentato o da una vera e propria relazione, o da un incontro, comunque sessuale, idoneo a determinare il concepimento del figlio che si vuole disconoscere». Il periodo di 300 giorni dalla data dell'annullamento, dello scioglimento o della cessazione degli effetti civili del matrimonio è confermato dalla proposta di decreto delegato formulata dalla Commissione per lo studio e l'approfondimento di questioni giuridiche afferenti la famiglia e l'elaborazione di proposte di modifica alla relativa disciplina, *Relazione conclusiva*, depositata il 4 marzo 2013, mentre è eliminato il termine di 180 giorni, riscrivendo l'art. 231 c.c. nei seguenti termini: «Il marito è padre del figlio concepito o nato durante il matrimonio». All'articolo 232 del codice civile il primo comma è sostituito prevedendo che «Si presume concepito durante il matrimonio il figlio nato quando non sono ancora trascorsi trecento giorni dalla data dell'annullamento, dello scioglimento o della cessazione degli effetti civili del matrimonio». La previsione va riconnessa al divieto temporaneo di nuove nozze della vedova, che l'art. 89, comma 2, c.c. consente di evitare quando risulti inequivocabilmente escluso lo stato di gravidanza, ed in questa ipotesi si ritrova un altro caso di accertamento giudiziale, susseguente a procedimento di camera di consiglio, sentito il pubblico ministero, che esclude l'efficacia di accertamento, di grado minore, che svolgerebbe la presunzione di cui all'art. 231 c.c. In definitiva, la disposizione in questione resta a disciplinare il caso in cui la vedova non si risposi durante il periodo in cui potrebbe realizzarsi un conflitto di presunzioni, e presidia la costituzione dello *status* di figlio del defunto marito, restando comunque esposta all'azione di disconoscimento cui sono legittimati *ex art.* 246, comma 1, n. 1, i discendenti e gli ascendenti del defunto presunto padre, entro il termine annuale decorrente dalla nascita del figlio. Legittimati che hanno interesse all'accertamento della verità biologica della filiazione, se non altro a fini successori.

o del gruppo sanguigno incompatibili con quelle del presunto padre»⁵.

Il combinato disposto dei novellati artt. 250 e 285 c.c. riproduce il sistema volontaristico del riconoscimento adoperato dai genitori non coniugati, che continua a produrre effetti nei confronti del solo genitore che lo effettua, oltre che dei suoi parenti, e così costituisce, anche nel caso di contemporanea dichiarazione, due rapporti distinti, tra il figlio a ciascuno dei rami genitoriali, mentre le rispettive famiglie restano tra loro estranee, in assenza di vincolo matrimoniale dei genitori.

La normazione dettata dal Testo Unico dello Stato civile, in materia di dichiarazione di nascita ed eventuale opzione di anonimato materno, ha rivoluzionato l'impianto codicistico imponendo in ogni caso, per la costituzione dello *status*, la dichiarazione resa ai sensi, nei termini e nelle forme dettati dall'art. 30 D.P.R. n. 396/2000.

A prescindere dal titolo – legittimo o naturale – della filiazione, è la dichiarazione a costituire lo *status* del nato, e l'eventuale *status* di coniugio della partoriente che la effettua⁶ varrà a consentirne l'estensione degli effetti al di lei marito, solo allorché ella si limiti a rendere appunto la dichiarazione assieme a quella delle proprie generalità, da cui risulta il matrimonio; altrimenti, ed ancora ai sensi dell'art. 30, quarto comma, la dichiarazione materna di nascita può accompagnarsi al riconoscimento di figlio naturale (art. 250, comma 1, c.c.), eventualmente anche congiuntamente al padre; ovvero, può essere il solo padre a dichiarare la nascita e contemporaneamente riconoscerla. Inoltre, la dichiarazione può essere resa dal medico, dalla ostetrica o da

⁵ Cass., 9 giugno 1990 n. 5626, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, p. 223.

⁶ Su cui cfr. P. ZATTI, *Il diritto della filiazione: dal dominio dei modelli al problema degli interessi*, in A. BELVEDERE, C. GRANELLI, *Famiglia e diritto a vent'anni dalla Riforma*, Padova, 1996, p. 84: «la madre infatti “governa” in qualche modo le presunzioni, perché dichiarando la filiazione naturale le esclude, e tacendo le lascia operare»; ID., *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, in G. FERRANDO, M. FORTINO, F. RUSCELLO (cur.), *Tratt. dir. famiglia Zatti, I/1, Famiglia e matrimonio*, cit., p. 66: «la *ratio* delle norme che fanno riferimento al parto si colloca storicamente in un orizzonte culturale ed esperienziale nel quale non si dava un possibile conflitto tra “titoli” diversi di maternità»; M. MANTOVANI, *Presupposti della legittimità. La presunzione di concepimento*, nel *Trattato dir. fam.* diretto da P. ZATTI, II, G. COLLURA, L. LENTI, M. MANTOVANI (cur.), *Filiazione*, II ed., Milano, 2012, p. 43 ss., spec. 53 sostiene che «nel nostro sistema l'attribuzione della maternità risulta dalla “attestazione di avvenuta nascita”, e dalla successiva dichiarazione di nascita».

altra persona che ha assistito al parto, rispettando l'eventuale volontà della partoriente di non essere nominata (art. 30, comma 1).

Al sistema codicistico, imperniato su un accertamento automatico della maternità e della paternità legittima⁷, ed attraverso la previsione dell'anonimato l'attuazione del principio volontaristico, si è in altri termini sostituito quello che un'attenta dottrina definisce il «privilegio della maternità»⁸, un «arbitrio»⁹, rafforzato dalla possibilità del riconoscimento prenatale¹⁰, che al padre è negato senza il consenso della gestante, secondo quanto si dirà più avanti. La partoriente coniugata ha la possibilità di evitare l'automatismo, «governando» l'operare delle presunzioni attraverso diverse opzioni, bene

⁷ M. SESTA, *Genitori e figli naturali: il rapporto*, in M. SESTA, B. LENA, B. VALIGNANI, *Filiazione naturale, statuto e accertamento*, Milano, 2001, p. 10, a proposito dell'anonimato materno, riconosce che è stato «fortemente intaccato il principio della formazione *de jure* del titolo di stato di figlio legittimo, che, in qualche modo, risulta parificata a quella del titolo di filiazione naturale, nel senso che la volontà materna appare arbitra, nell'uno come nell'altro caso, in ordine all'attribuzione dello *status* del nato».

⁸ P. ZATTI, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, in G. FERRANDO, M. FORTINO, F. RUSCELLO (cur.), *Tratt. dir. famiglia Zatti, I, Famiglia e matrimonio*, cit., p. 55; analogamente, discute di «signoria» di cui sembra investita la donna-madre nell'attribuire la «qualità» di padre legittimo al proprio marito», B. CHECCHINI, *Accertamento e attribuzione della paternità*, Padova, 2008, p. 165; di «signoria femminile sullo *status*» G. FERRANDO, in G. FERRANDO e G. LAURINI, *Genitori e figli: quali riforme per le nuove famiglie. Atti del convegno tenutosi a Genova il 4 maggio 2012*, Milanofiori Assago, 2013, p. 10. Sotto diverso aspetto, B. CHECCHINI, *Una singolare fase della maternità, tra il parto e l'atto di nascita*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 83 ss., evidenzia come la dichiarazione e il contemporaneo riconoscimento del solo padre ponga la partoriente in una situazione di «debolezza giuridica», poiché le «viene preclusa la libertà di fondare *ab origine* il proprio *status* nei confronti del figlio», in considerazione dei riflessi della priorità del riconoscimento, in caso di filiazione fuori dal matrimonio, sul cognome del figlio, sull'assenso al secondo riconoscimento, e sull'affidamento *ex art. 317 bis c.c.*, posto che il neonato non può dirsi «convivere» con alcuno dei genitori.

⁹ M. SESTA, *Azioni di stato legittimo*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2006, p. 3.

¹⁰ Il riferimento è all'art. 254, comma 1, c.c., ai sensi del quale il riconoscimento può realizzarsi con apposita dichiarazione «posteriore al concepimento», resa all'ufficiale di stato civile. Sussistono dubbi sulla sovrapposibilità di tale dichiarazione con quella, da contenersi in atto pubblico, cui fa rinvio l'art. 29, co. 2., DPR. 396/2000, quando menziona l'indicazione, nell'atto di nascita, dei genitori che hanno espresso, con atto pubblico appunto, il proprio consenso ad essere nominati. cfr. B. CHECCHINI, *Accertamento e attribuzione della paternità*, cit., p. 175 ss.

evidenziate dalla dottrina¹¹: 1) dichiarando di non voler essere nominata, ai sensi dell'art. 30 del D.P.R. 396/2000, lasciando così al marito che voglia costituire lo *status* di padre l'azione di accertamento positivo, nella quale gli sarà sufficiente provare l'operatività della presunzione, contro la quale la madre potrà eccepire l'incompatibilità genetica; 2) riconoscendo il nato assieme a persona diversa dal coniuge, e così attuando un ordinario riconoscimento di figlio non matrimoniale, esposto all'azione del marito diretta all'impugnazione, soggetta ai sensi della riforma al termine decadenziale (art. 2, lett. g); 3) riconoscendo il figlio come proprio ma procreato fuori del matrimonio, ipotesi nella quale al marito si aprirà l'azione di accertamento e al padre bio-

¹¹ A. PALAZZO, *La riforma dello status di filiazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, p. 245 ss., spec. p. 254 ss., anche in considerazione dell'orientamento, risalente a Cass. 2 aprile 1987, n. 3184, in *Nuova giur. comm.*, 1987, I, p. 702 ss., e accettato anche dalla *Nota del Ministero di grazia e giustizia* del 13 dicembre 1988, in *Stato civile italiano*, 1990, I, p. 887 ss., per cui la presunzione di paternità del marito opera solo subordinatamente alla formazione dell'atto di nascita, e così la madre può riconoscere il proprio figlio nell'atto di nascita, mentre risponderebbe del reato di alterazione di stato quando dichiarasse il figlio come legittimo. L'opinione era maggioritaria anche nel vigore del codice, *ante* riforma del 1975: cfr. A. CICU, *In difesa del titolo di stato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, p. 285 ss.; F. DELITALA, *Disconoscimento di paternità, atto di nascita e "titolo" dello stato*, *ivi*, 1971, p. 1090 ss., mentre P. TRIMARCHI, *Filiazione legittima (diritto vigente)*, in *Enc. dir.* XVII, Milano, 1968, p. 464 ss. sosteneva, in accordo con la giurisprudenza precedente a Cass. Pen., S.U. 30 maggio 1959, che la presunzione di paternità di cui all'art. 231 c.c. operasse in conseguenza della sola nascita da donna coniugata, nel periodo legale di concepimento, sicché la donna che volesse impedire l'attribuzione al marito della paternità del nato era costretta al rifiuto di essere nominata nell'atto di riconoscimento del padre naturale, ed a rimandare il proprio riconoscimento allo scioglimento, per divorzio o morte del coniuge, del proprio matrimonio. Strategia efficacemente definita «perigliosa e umiliante» da P. ZATTI, *Il diritto della filiazione dal dominio dei modelli al problema degli interessi*, cit., p. 84, visto che la esponeva comunque al rischio che il marito o altro legittimato rendesse la dichiarazione di nascita del figlio adulterino. Parte della dottrina continua, pur nel vigore del novellato art. 250, comma 1, c.c., a subordinare la facoltà della donna coniugata di dichiarare la nascita del figlio naturale nell'atto di nascita al vittorioso esperimento dell'azione di disconoscimento: cfr. A. VIOLANTE, *Status del figlio naturale e riconoscimento del figlio adulterino da parte della madre coniugata*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, p. 424 ss.; A. De CUPIS, *Della filiazione legittima*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia* diretto da G. CIAN, G. OPPO, A. TRABUCCHI, IV, Padova 1992, p. 42 ss.; P. VERCELLONE, *La filiazione legittima, naturale, adottiva e la procreazione artificiale*, nel *Tratt. dir. civ. italiano* diretto da F. VASSALLI, Torino, 1987, p. 98 ss., salvo escludere l'automatica attribuzione della paternità quando sussista contraria, concorde, dichiarazione della madre e del marito.

logico il riconoscimento, salvo consenso materno (e del figlio sedicenne) o autorizzazione¹².

Anche la donna non coniugata si vede riconosciuta l'identica condizione di privilegio, potendo escludere la costituzione dello *status* di madre, e le relative responsabilità *ex art.* 30 Cost., semplicemente non riconoscendo il nato, e rifiutando di essere nominata nella dichiarazione resa da altri legittimati

¹² Diversa l'opzione proposta da G.M. UDA, *Presunzione di paternità e prove della filiazione legittima*, in G. COLLURA, L. LENTI, M. MANTOVANI (cur.), *Filiazione I/1*, nel *Trattato dir. fam.* diretto da P. ZATTI, II, cit., p. 118 ss., a proposito della dichiarazione di paternità resa dal marito separato della partoriente, dopo che ella ha riconosciuto il figlio come naturale, sostiene che non sia possibile individuare una dichiarazione autonoma di paternità, successiva alla formazione dell'atto di nascita, in forza del divieto di apportare variazioni all'atto di stato civile dopo la firma dell'ufficiale competente (art. 12, comma 6, D.P.R. 396/2000). Sarebbe dunque necessaria l'azione di rettificazione, che tuttavia postulando la mancata contestazione del fatto storico, potrebbe essere vanificata dall'opposizione materna, con la conclusione per cui (119) «la posizione del marito della donna separata (padre del figlio della moglie, il cui parto è avvenuto oltre i termini agli (*così nel testo*) artt. 232 e 233 c.c.) sembra quindi senza uscita, laddove la madre abbia già riconosciuto il nato come figlio naturale e contesti la paternità biologica del nato». L'A. ipotizza la soluzione consistente nell'ammettere che riconoscimento del marito possa, nella cognizione dell'ufficiale dello stato civile, in sede di accertamento amministrativo, imporre allo stesso ufficiale «di produrre, mediante l'atto di nascita, la *certezza pubblica* relativa allo stato di figlio legittimo». Secondo A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 326, invece, l'azione paterna «è un'azione di accertamento positivo che si ricava dal sistema delle azioni processuali civili, e che può essere compresa nella sua funzione e struttura attraverso il sistema delle prove presuntive che caratterizza le azioni di stato della filiazione»: l'opzione appare condivisibile, fondata com'è sull'efficacia preclusiva, in termini di accertamento, che procede con effetti via via maggiori, dalle presunzioni alla dichiarazione, fino a raggiungere il grado massimo nell'accertamento giudiziale. La dichiarazione materna di filiazione non matrimoniale, infatti, produce l'esclusione dell'operatività delle presunzioni che governano la filiazione in matrimonio, sicché, ove operi quella di concepimento, al padre che voglia ottenere la costituzione dello *status* nei suoi confronti basterà fornire la prova di cui all'art. 232, co. 1, mentre la madre avrà a disposizione le eccezioni fondate sulla prova diretta dell'incompatibilità genetica, oggi non più soggetta alle condizioni di cui ai numeri da 1 a 3 dell'art. 235 c.c. Se, viceversa, non opera più la presunzione perché sono decorsi i termini suddetti, l'azione resta la medesima, ma l'esito sarà affidato alla prova del DNA. Al figlio spetta, invece, l'azione di reclamo *ex art.* 249 c.c., che si risolverà allo stesso modo, a seconda che operino o meno le presunzioni. Ad oggi, la questione è superata dalla parificazione degli *status*, ma le presunzioni continuano ad avere rilevanza strumentale ai fini dell'individuazione del padre, sicché tutte le volte in cui il meccanismo della presunzione si inceppa si apre l'azione di accertamento, in cui la prova regina è quella del DNA.

per la formazione dell'atto di nascita *ex art.* 29 e 30 D.P.R. 396/2000, ma mentre siffatto congegno sembra coincidere con il volontarismo che ispira il riconoscimento del figlio nato fuori da matrimonio, stravolge la logica volontaristica che regge l'accertamento della paternità nella filiazione matrimoniale disegnata dal codice, ed a tale aporia tra fonti di rango differente non ha posto rimedio la riforma.

La questione non è di poco momento, né può dirsi superata dal riconosciuto pari contenuto delle posizioni giuridiche soggettive dei figli matrimoniali e non: in altri termini, non può dirsi che l'eguaglianza di *status* consegua necessariamente all'eguaglianza del rapporto di filiazione, poiché il rapporto, com'è stato efficacemente evidenziato, «non è lo *status* ma, si potrebbe dire, lo presuppone, e lo *status*, a sua volta, presuppone l'accertamento della filiazione, senza il quale infatti non conosceremo di quale compagine familiare faccia parte il figlio»¹³.

3. — *Anonimato materno, fecondazione eterologa e diritto a conoscere le proprie origini.*

Ragioni di non poco momento militano a favore dell'introduzione di un sistema – peraltro accolto nella maggioranza degli altri Stati dell'Unione Europea – che, pur conservando la facoltà di partorire in anonimato, preveda una forma di automatismo anche per la madre, allo scopo di assicurare la certezza dello *status* in favore del nato da donna che muoia durante il parto, si trovi in stato di morte cerebrale¹⁴ o di coma anche irreversibile.

In altri termini, l'occasione della riforma poteva essere preziosa per dettare la previsione per cui, in difetto di espressa opzione per l'anonimato, la

¹³ G. BONILINI, *Lo status o gli status di filiazione*, cit., p. 19, che ne rintraccia una prova nella disciplina dell'adozione legittimante, che conferisce lo *status* di figlio legittimo degli adottanti ma mantiene, salvo il caso dell'anonimato materno, il diritto a conoscere la propria origine biologica.

¹⁴ I casi, rari ma documentati, di parto di donne in stato di morte cerebrale o coma *depassée*, hanno suscitato un ampio dibattito riguardo alla definizione legale di morte, sul quale ci sia permesso rinviare, anche per i riferimenti bibliografici, a S. STEFANELLI, *Autodeterminazione e disposizioni sul corpo*, Perugia-Roma, 2011, p. 297 ss.

partoriente si presume madre del nato, non ultimo in ipotesi di maternità ottenuta attraverso l'impiego di tecniche di fecondazione dell'ovulo o degli ovuli di una donatrice, allo scopo di realizzare anche nei confronti della madre la costituzione, incontestabile, dello *status* che per il padre è prevista dall'art. 9, comma 1, della legge 40/2004, al quale verrà dedicata la necessaria attenzione nel prosieguo dell'indagine¹⁵.

La donna, ai sensi dell'art. 9, comma 2, non può dichiarare la volontà di non essere nominata ma la previsione non offre la sperata piena tutela del nato, che ai sensi dell'art. 8 ha diritto allo stato di figlio matrimoniale o non matrimoniale della coppia. Da un lato, i sanitari che assistono al parto, dichiarano la nascita o compilano l'attestazione di avvenuta nascita ai sensi dell'art. 30, commi 1 e 2, D.P.R. 396/2000, di fatto possono ignorare la circostanza che la gravidanza sia frutto dell'impiego di tecniche di procreazione medicalmente assistita praticate da strutture situate nel territorio italiano, mancando un anagrafe sanitaria nazionale, e vieppiù allorché la fecondazione realizzata attraverso ovodonazione e impianto sia avvenuta in altri Stati, allo scopo di superare il divieto di cui all'art. 4 della L. 40/2004. Richiedere alla donna di dichiarare il presupposto che le preclude l'esercizio dell'anonimato costituisce allora un paradosso evidente a chiunque, tranne – forse – ai compilatori della legge 40.

Appare così vanificata l'intenzione di evitare, per il tramite del divieto di anonimato, forme di maternità surrogata, che potrebbero venir realizzate attraverso il riconoscimento del solo padre¹⁶. Nel caso in cui, in particolare, risulti la paternità biologica, è vanificata anche la misura, dettata dall'art. 74, comma 1, della L. 184/1983 allo scopo di evidenziare l'elusione della disciplina dell'adozione di minori, imperniata sull'impulso degli Ufficiali di stato civile, obbligati a trasmettere «immediatamente al competente Tribunale per i minorenni comunicazione, sottoscritta dal dichiarante, dell'avvenuto riconoscimento da parte di persona coniugata di un figlio naturale non riconosciuto

¹⁵ Cfr. *infra*, § 5.

¹⁶ Cfr. F. PROSPERI, *La gestazione nell'interesse altrui tra diritto di procreare e indisponibilità dello status filiationis*, in C. A. GRAZIANI, I. CORTI, *Verso nuove forme di maternità?*, Milano, 2002, p. 123 ss., secondo il quale il rapporto di filiazione materna è basato sul dato naturale della derivazione biologica, e madre giuridica è colei che ha fornito l'ovulo e non la donna che ha partorito.

dall'altro genitore», in seguito alla quale «il Tribunale dispone l'esecuzione di opportune indagini per accertare la veridicità del riconoscimento».

Vi è di più. Una volta costituito lo *status* ci si domanda se alla donna sia consentito rimuoverlo, e l'azione dovrebbe essere quella di contestazione della legittimità, di cui all'art. 248 c.c.: ipotesi forse rara a verificarsi, poiché il figlio è di regola stato fortemente desiderato dalla donna e finalmente ottenuto all'esito dell'ovodonazione, ma che resterebbe comunque aperta alla partoriente – e solo a quella coniugata, mancando un'uguale previsione diretta alla contestazione della non matrimonialità – per sottrarsi, in qualsiasi tempo stante l'imprescrittibilità dell'azione, alla propria responsabilità genitoriale.

La legittimazione attiva di qualsiasi interessato amplia poi notevolmente il novero delle probabilità che una siffatta azione venga promossa, anche ai fini patrimoniali, per eliminare uno tra i titolari di diritto di riserva sulla successione materna.

In favore dell'automatismo nell'attribuzione dello *status* di madre rileva, tra le fonti internazionali, oltre l'art. 2 della già citata Convenzione europea sullo *status* giuridico dei minori nati al di fuori del matrimonio, la ricordata interpretazione fornita dalla Corte Europea dei diritti dell'Uomo nel caso *Merckx c. Belgio*, ai sensi della quale è illegittima la legislazione statale che non prevede l'automatica costituzione del rapporto giuridico tra madre e figlio, al momento della nascita, ma lo rinvia al successivo atto di riconoscimento o di accertamento giudiziale, violando il diritto al rispetto della vita familiare (art. 8) ed il divieto di discriminazioni fondate sulla nascita fuori dal matrimonio (art. 14 e art. 8), mentre, al contrario, lo *status* si costituisce automaticamente nel caso di filiazione in matrimonio.

All'opinione¹⁷ che ravvisa nella decisione il principio *mater semper certa*, si

¹⁷ G. CATTANEO, *Convenzioni europee e leggi interne in tema di adozione dei minori e trattamento dei figli naturali*, cit., p. 329; M.R. SAULLE, *Filiazione naturale e diritti umani*, in *Riv. dir. internazionale*, 1980, p. 35 ss.; A. RENDA, *L'accertamento della maternità. Profili sistematici e prospettive evolutive*, Torino, 2008, p. 177 ss., anche in considerazione dei principi sovranazionali, sostiene che l'unificazione dello *status* di figlio debba procedere dall'applicazione del principio di automatismo nell'accertamento della filiazione materna. Ritiene invece «preferibile – e forse più prudente» perseguire l'obiettivo dell'unicità dello *status* attraverso l'uniformazione degli effetti conseguenti all'accertamento del rapporto. M. MANTOVANI, *Presupposti della legittimità. La presunzione di concepimento*, cit., p. 84. La dichiarazione della partoriente coniugata della volontà di non essere nominata priverebbe il figlio dello *status* di figlio legittimo, e sarebbe,

contrappone quella che vi legge, piuttosto, anche in relazione alla disciplina italiana del parto anonimo, l'affermazione della regola per cui, analogamente alla filiazione legittima, il genitore e il figlio naturale hanno diritto all'automatizzata costituzione¹⁸ delle *status*, al momento del parto, ove ciò corrisponda alla volontà del genitore¹⁹, ferma in caso contrario l'azione per la dichiarazione giudiziale.

secondo l'A., dovuta quando sia diretta allo scopo di consentire la formazione di un titolo di stato di figlio naturale, allorché ciò corrisponda alla verità biologica, mentre priverebbe il nato dello stato di figlio legittimo che gli spetta sempre che sia stato effettivamente concepito dal marito della madre, e esporrebbe la dichiarante al delitto di alterazione di stato. La tesi va coordinata con gli identici effetti che si producono anche fuori dalla filiazione matrimoniale, per la quale sola varrebbe l'accertamento automatico come aspetto della tutela dei diritti della persona nella peculiare formazione sociale protetta dall'art. 29 Cost.: da un lato non sarebbe comunque integrato il reato, mancando la dichiarazione che origina la formazione dell'atto di nascita, e comunque l'anonimato può esporre all'identico pregiudizio il figlio e anche il padre, che possono trovarsi entrambi nell'impossibilità di conoscere la verità della filiazione ed ottenere la costituzione di uno *status* veritiero, avviando anzi il minore all'adozione ove il padre non assista al parto per provvedere subito al riconoscimento, in conseguenza dell'impossibilità di riconnettere quel bambino alla donna che anonima resta, per il tempo di cento anni dalla formazione dell'atto di nascita.

¹⁸ Sostiene M. COSTANZA, *A margine della riforma della filiazione (legge 10 dicembre 2012, n. 219)*, in *Iustitia*, 2013, p. 126, che «un ripensamento della filiazione in chiave di responsabilità della generazione non può pretermettere il momento della rivelazione, sul piano giuridico, della generazione, elevandola senza ulteriori condizioni a fonte di responsabilità di cui si permette il rifiuto. È vero che del riconoscimento è stato, nella Riforma, esteso lo spettro, ma questo ampliamento non esclude che esso manchi anche surrogato dalle dichiarazioni di paternità o maternità».

¹⁹ J. LONG, *Il diritto italiano delle famiglia alla prova delle fonti internazionali*, cit., p. 68; v. anche, nel senso della legittimità del principio volontaristico, pur alla luce del citato *Arret*, e poiché le fonti pattizie non «sono in grado di orientare decisamente il nostro ordinamento verso il principio *mater semper certa* ed il conseguente sistema – c.d. dell'atto di nascita – a registrazione automatica della maternità» E. CARBONE, *Sub art. 250 c.c.*, in E. GABRIELLI (cur.), *Commentario al codice civile, Della famiglia, Artt. 177-342 ter*, II, Torino, 2010, p. 521 ss., che fonda la disparità di trattamento tra padre e madre sulla tutela della salute materna, e così sull'art. 32 Cost. per «garantire alla donna il beneficio psicologico di poter allontanare sul piano giuridico l'investitura genitoriale che nella specialissima condizione della gravidanza e del parto ella – al contrario dell'uomo – non può allontanare sul piano fisico», con richiamo a U. MAJELLO, *Profili costituzionali della filiazione legittima e naturale*, Napoli, 1965, p. 88.

Autorevole dottrina²⁰ ha censurato l'illegittimità della legislazione sul parto anonimo, per contrasto appunto con gli artt. 7 e 8 CEDU, ed il Comitato dei diritti del fanciullo²¹, istituito ai sensi dell'art. 43 della Convenzione sui diritti dell'infanzia, approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989, con il compito di «esaminare i progressi compiuti dagli Stati membri nell'esecuzione degli obblighi da essi contratti» a seguito della adesione alla Convenzione, ha espresso «la propria preoccupazione in relazione al fatto che i bambini nati al di fuori del matrimonio non abbiano legalmente né madre né padre a meno che questi ultimi non li riconoscano», richiamando l'Italia all'urgenza di una riforma diretta ad «assicurare che i bambini nati al di fuori del matrimonio abbiano legalmente, fin dalla nascita, una madre, (in conformità con quanto stabilito nella decisione della Corte europea sui Diritti Umani, *Marckx v. Belgium* e col principio *mater semper certa est*)²²», incoraggiando il riconoscimento paterno per prevenire il “facile” abbandono, e, raccomandando espressamente che lo «Stato parte (...) ratifichi la Convenzione europea sullo *status* legale dei bambini nati al di fuori del matrimonio».

Il bilanciamento tra le ragioni di tutela del diritto del figlio a conoscere

²⁰ P. VERCELLONE, *La convenzione internazionale sui diritti del fanciullo e l'ordinamento giuridico italiano*, in *Minorigiustizia*, 1993, 12, p. 121.

²¹ Comitato per i diritti del fanciullo, *Osservazioni conclusive. Analisi del rapporto presentato dall'Italia ai sensi dell'art.44 della Convenzione sui diritti dell'infanzia*, CRC/C/70/Add.13, 31 gennaio 2003.

²² Principio vigente nella maggior parte degli Stati europei che si sono conformati al dettato della Convenzione europea sullo stato giuridico dei bambini nati fuori dal matrimonio: così in Germania, ex § 1591 BGB, in Austria, ex § 137 ABGB, in Belgio, artt. 312 e 314, in Olanda, art. 1:198 cod. civ.; in Svizzera, art. 252 c.c.; in Portogallo, art. 1796 c.c.; in Spagna, art. 120 c.c.; in Svezia, Chap. 1, sect. 7, *Föräldrabalk*, in Norvegia, Chap. 2, sect. 2, *Lov om barn og foreldre-Barnelova* per i quali si vedano le indagini di M.G. CUBEDDU, *La disciplina dell'accertamento dello status di figlio nei principali paesi europei*, in *Famiglia*, 2006, p. 869 ss.; E. BOLONDI, *Il diritto della partoriente di non essere nominata nell'atto di nascita del figlio: l'ordinamento italiano nel contesto europeo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009; II, p. 281 ss.; A. RENDA, *Filiazione biologica, adottiva e artificiale in Scandinavia: sistema dell'accertamento e principio di verità*, in *Famiglia*, 2004, p. 363 ss. L'art. 311-25 del *code civil* vigente in Lussemburgo prevede, invece, che la filiazione è stabilita con riguardo alla madre dalla sua designazione nell'atto di nascita, e l'art. 326 del *code civil* francese dispone che al momento del parto la madre può domandare che sia mantenuto il segreto sul suo ricovero e sulla sua identità.

le proprie origini e i diritti e gli interessi della madre a mantenere l'anonimato, di cui già si segnalava la necessità, si impone ormai in termini non ulteriormente procrastinabili alla luce della recente condanna della legislazione sul parto anonimo²³, in quanto «non tenta alcun equilibrio tra i diritti e gli interessi concorrenti in causa», e nella completa assenza di strumenti destinati a bilanciarli, conferisce «inevitabilmente (...) una preferenza incondizionata» alla riservatezza materna. Non si tratta neppure di una applicazione del criterio fondante gli atti di autodeterminazione informativa, generalmente ascritti all'ambito di tutela della *privacy*, posto che neppure alla stessa donna, titolare del diritto, è consentito revocare la propria scelta ed il veto alla comunicazione delle proprie generalità, su richiesta del figlio²⁴. Proprio tale aspetto costituisce il fulcro della pronuncia di incostituzionalità della disposizione, nella parte in cui non consente

²³ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Chambre, *Godelli c. Italia*, 18 marzo 2013, di rigetto del ricorso presentato dal Governo Italiano avverso la decisione di primo grado del 25 settembre 2012, ricorso n. 33783/09, in www.echr.coe.int, su cui D. BUTTURINI, *La pretesa a conoscere le proprie origini come espressione del diritto al rispetto della vita privata*, in *Quaderni Costituzionali*, 24 ottobre 2012; G. CURRÒ, *Diritto della madre all'anonimato e diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini. verso nuove forme di temperamento*, in www.juscivile.it, 2013, 4, e in *Famiglia e diritto*, 20013, p. 544 ss. In conseguenza della decisione di primo grado, il Tribunale di Catanzaro del 13 dicembre 2012 ha sollevato questione di costituzionalità sulla l. 4 maggio 1983, n. 184, art. 28, comma 7, censurandone la compatibilità con gli artt. 2, 3, 32 e 117, primo comma Costituzione, quest'ultimo con riguardo all'art. 8 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, accolta da Corte Cost. 22 novembre 2013.

²⁴ Cfr. G. RESTA, *Il diritto alla protezione dei dati personali*, in F. CARDARELLI, S. SICA, V. ZENO-ZENCOVICH (cur.), *Il codice dei dati personali. Temi e problemi*, Milano, 2004, p. 11 ss.; A. ORESTANO, *La circolazione dei dati personali*, in R. PARDOLESI (cur.), *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, Milano, 2003, p. 119 ss.; S. RODOTÀ, *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, p. 583 ss.; M.R. MARELLA, *Il diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini biologiche. Contenuti e prospettive*, in *Giur. it.*, 2001, p. 1768 ss.; Id., *Adozione*, in *Digesto IV, disciplina privatistica, sez. civile*, Aggiornamento, IV ed., Torino, 2000, p. 1 ss., spec. p. 22 ss. «il mantenimento del principio di segretezza nella disciplina dell'adozione suonerebbe inevitabilmente come un'odiosa violazione del principio di uguaglianza ai danni dei figli adottivi»; S. STEFANELLI, *Parto anonimo e diritto a conoscere le proprie origini*, in A. DONATI, A. GARILLI, S. MAZZARESE, A. SASSI, *Diritto Privato. Studi in onore di Antonio Palazzio*, Torino, 2009, p. 823 ss.; C. MAZZÙ, *Il diritto civile all'alba del terzo millennio*, 2, Torino, 2011, p. 73 ss. e ivi nota 25.

la rimozione dell'anonimato, dietro interpello della madre, sulla scorta del modello francese²⁵.

Appare evidente come il diritto a conoscere le proprie origini meritasse di essere normato in sede di riforma, non solo perché comune, come si dirà più avanti, alla fecondazione con donazione di gameti, ma soprattutto in quanto costituisce una delle ipotesi in cui il principio di veridicità della filiazione genetica soccombe alla regola della responsabilità per scelta procreativa di cui l'adozione è il parametro originale, ma non l'unica applicazione.

Infine, ed ancora a proposito degli atti, *rectius* delle dichiarazioni di scienza che costituiscono atti di accertamento²⁶, da cui deriva lo *status* di filiazione, la riforma dimentica di chiarire – e lascia alla regolamentazione amministrativa – che la costituzione lo *status* di figlio realizza un diritto fondamentale che non sopporta discriminazioni per ragioni di cittadinanza, e che dunque l'immigrato irregolare che rende la dichiarazione di nascita, in quanto l'art. 6, co. 2, D.lgs. 286/98, come modificato dall'art. 1 della L. 94/09 (pacchetto sicurezza), non è tenuto ad esibire agli uffici della pubblica amministrazione i documenti inerenti al soggiorno, per ottenere il rilascio di licenze, autorizzazioni, iscrizioni e altri provvedimenti di interesse, così rischiando di essere segnalato all'autorità di pubblica sicurezza, perché non domanda un provvedimento di suo esclusivo interesse, ma anche del figlio minore e dell'ordinamento, alla certezza degli *status*²⁷.

²⁵ Corte Cost. 22 novembre 2013, n. 278, in www.cortecostituzionale.it.

²⁶ A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 251 ss.

²⁷ Circ. Min. Interno n. 19 del 7 agosto 2009, prot. 8899, su cui v. anche Corte Cost. 25 luglio 2011, n. 245, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, p. 1239 ss., con nota di M.M. WINKLER, *Stranieri irregolari e matrimonio: anatomia di un diritto fondamentale*. Nello stesso senso depongono l'art. 3 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989, che impone anche alle «autorità amministrative» la preminente considerazione del superiore interesse del minore, l'art. 7, comma 1, a mente del quale «Il fanciullo è registrato immediatamente al momento della sua nascita», e l'art. 8, comma 1: «Gli Stati parti si impegnano a rispettare il diritto del fanciullo a preservare la propria identità, ivi compresa la sua nazionalità, il suo nome e le sue relazioni familiari, così come sono riconosciute dalla legge, senza ingerenze illegali». L'art. 2 comma 1 T.U. n. 286/1998 dispone che «Allo straniero comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato sono riconosciuti i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti».

4. — *Il regime delle azioni dirette a rimuovere lo status nella delega e nel progetto di riforma del c.c.*

Oltre l'enunciazione del crisma della parificazione contenuta nel rinnovato art. 315 c.c., si tratta di verificare se pari trattamento normativo sia riservato dalla riforma del 2012 alle azioni dirette a rimuovere l'efficacia dei titoli di accertamento dello *status* dei figli matrimoniali e non, principian-
do dalla relativa legittimazione, dalla previsione di termini di prescrizione e decadenza, e non ultimo dal regime delle prove, con particolare riguardo a quella genetica del DNA.

Per la filiazione in matrimonio restano distinte le due azioni di disconoscimento (art. 235 c.c.) e di contestazione della legittimità (art. 248), ben diverse per legittimazione (limitata per la prima, estesa a qualsiasi interessato per l'altra), e termini di proponibilità, caratterizzandosi l'una per la previsione di termini decadenziali e l'altra per la generale imprescrittibilità.

L'art. 2, comma 1, lettera d), della legge 219 si limita ad imporre al legislatore delegato una «ridefinizione della disciplina del disconoscimento di paternità con riferimento in particolare all'art. 235, I co., nn. 1, 2, 3 nel rispetto dei principi costituzionali», ed il progetto di decreto delegato depositato²⁸ dalla Commissione per lo studio e l'approfondimento di questioni giuridiche afferenti la famiglia e l'elaborazione di proposte di modifica alla relativa disciplina, costituita presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, prevede l'abrogazione dell'art. 235 c.c., sposta la disciplina dell'azione di disconoscimento della paternità nel nuovo Capo III, del Titolo VII del Libro primo del codice civile rubricato «Dell'azione di disconoscimento e delle azioni di contestazione e di reclamo dello stato di figlio», ed inserisce un nuovo articolo 243 *bis* del codice civile, che non riproduce i limiti del congegno dell'azione, derivanti dall'interpretazione della natura assoluta delle presunzioni, ma stabilisce che «chi esercita l'azione è ammesso a provare che non sussiste rapporto di filiazione tra il figlio e il presunto padre».

Restano ferme le limitazioni alla legittimazione all'azione – consentita

²⁸ Commissione per lo studio e l'approfondimento di questioni giuridiche afferenti la famiglia e l'elaborazione di proposte di modifica alla relativa disciplina, *Relazione conclusiva*, cit.

al marito, alla madre ed al figlio – come anche i già previsti termini di decadenza, con la sola precisazione, per l'azione materna, della decorrenza dal giorno in cui ella ha avuto conoscenza della impotenza di generare del marito²⁹. Dalla medesima presa di conoscenza dell'adulterio o della propria impotenza decorrono i termini per l'azione paterna.

Innovativa è invece la previsione di prescrittibilità, da inserirsi nel comma quarto dell'articolo 244 c.c., in forza della quale in ogni caso l'azione della madre o del padre non può essere intrapresa quando siano decorsi cinque anni dalla nascita, addenda motivata dalla Commissione in termini di tutela della stabilità dello *status*, «decorso questo termine sul principio di verità della filiazione prevale (...) l'interesse del figlio alla conservazione dello stato».

Importa rilevare come, al contrario, nessuna prescrizione si oppone all'azione del figlio, che in tal maniera realizza il suo personale bilanciamento tra l'interesse al mantenimento dello *status* (non veritiero ma già costituito e cristallizzato nella sua esperienza di vita familiare) e l'accertamento della verità della procreazione: il solo figlio – a partire dall'età di 14 anni, come disposto dal principio di cui all'articolo 2, comma 1, lettera f), della legge delega – è così arbitro della scelta di rimuovere in qualsiasi tempo il proprio *status* invero, come presupposto magari per ottenere la costituzione di diverso *status*, nei confronti del genitore biologico, oppure mantenere *sine die* l'efficacia di uno *status* che non corrisponde alla propria discendenza genetica, ma piuttosto all'affettività ed all'esperienza della vita familiare.

Risulta così superata la visione della stabilità dello *status* come espressione di un interesse pubblico, sulla scorta dell'esperienza applicativa dell'art. 122, comma 4, e 119, comma 2, c.c., che dettavano il brevissimo termine mensile per l'annullamento del matrimonio per errore, violenza o interdizione, a tutela della famiglia come istituzione portatrice di interessi superiori a quelli dei suoi componenti³⁰.

²⁹ Statuizione conseguente alla pronuncia di incostituzionalità dell'art. 244, commi 1 e 2, dettata da Corte Cost., 14 maggio 1999, n. 170, per violazione degli artt. 3 e 24 Cost.

³⁰ Cass. 7 febbraio 1972, n. 2633, in *Giust. civ.*, 1972, p. 1698; G. FERRANDO, A. QUERICI, *L'invalidità del matrimonio e il problema dei suoi effetti*, Milano, 2007, p. 67. Il medesimo interesse alla stabilità dello *status* giuridico e sociale fonda l'apprezzamento, riservato alla pubblica amministrazione, delle ragioni che possono ostare al mutamento del cognome, secondo T.A.R. Lombardia, 13 marzo 2013, n. 676, in *www.scuolagiuridica.it*. La certezza legale dello

La previsione merita accoglimento, in quanto disciplina in modo analogo le situazioni soggettive – parificate – del figlio matrimoniale e di quello non matrimoniale, per il quale la legge di riforma esplicitamente esclude dalla prescrizione l'azione di impugnazione del riconoscimento (art 2, comma 1, lett. g), chiaramente esplicitando, in sede di relazione esplicativa, che «intervenendo diversamente si realizzerebbe un'ingiustificata disparità di trattamento tra figli nati nel matrimonio e figli nati fuori di esso».

L'imprescrittibilità dell'azione del figlio deriva, *ex art.* 2934 c.c., dalla natura indisponibile del diritto patrimonialmente neutro a lui solo riconosciuto, mentre il termine di un anno o sei mesi imposto all'azione degli altri legittimati deve qualificarsi come decadenza, eccezionalmente esposta alla sospensione *ex art.* 2964 c.c., e comunque alla prescrizione quinquennale che cristallizza la prevalenza dell'interesse del figlio al mantenimento dello *status* rispetto a quello alla veridicità, fino all'eventuale azione demolitoria di colui che è arbitro ultimo della decisione, in quanto interprete privilegiato dell'interesse tutelato.

Ben inferiore appare invece l'attenzione dedicata all'azione di contestazione della legittimità, rinominata «azione di contestazione dello stato di figlio», e riferita dal nuovo art. 240 c.c. ai casi di cui al primo comma dell'art. 239 (Reclamo dello stato di figlio), ossia di supposizione di parto e sostituzione di neonato che erano previsti dal codice del 1942, mentre la riforma del 1975 l'aveva ridisegnata come azione avente i caratteri di generalità e astrattezza, aperta alla prova della verità biologica.

La giurisprudenza che ne aveva definito la residualità³¹ viene così recepita

status costituisce «esigenza fondamentale della vita di relazione» anche secondo Cass. 7 aprile 1975, n. 1236.

³¹ Cass., 8 settembre 1995, n. 9463, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 407 ss., su cui A. PALAZZO, *Atto di nascita e riconoscimento nel sistema di accertamento della filiazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, p. 149 ss. V. anche Cass. 24 marzo 2000, n. 3529, in *Dir. famiglia*, 2001, p. 128, con nota critica di A. di SAPIO, *L'azione di contestazione dello status di figlio legittimo tra verità, giochi interpretativi, interpretativi, prospettiva normativa ed orizzonte della domanda*, e in *Famiglia*, 2002, p. 533, con nota di E. VARANO, *Contestazione della paternità. Una comparazione con il diritto francese*, che nel solco già tracciato da Cass. 20 febbraio 1992, n. 2098; Cass. 10 gennaio 1989, n. 25, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, p. 635, con nota di M. DI NARDO; Cass. 26 gennaio 1988, n. 658; Cass. 18 settembre 1986, n. 5661, ribadisce che l'azione *ex art.* 248 c.c. «riguarda la contestazione di presupposti necessariamente diversi da quello della paternità», affidata invece all'art. 235

nel senso di precludere non solo al padre che abbia visto decorrere i termini di decadenza, ma anche ai terzi interessati, l'azione diretta a provare il difetto di discendenza genetica, attraverso quella prova diretta del DNA che la riforma ha voluto imporre come regola, prevedendo l'eliminazione dei requisiti e delle prove indirette, soggette al meccanismo delle presunzioni, già previste dai numeri da 1 a 3 dell'art. 235 c.c., incostituzionali³².

Questi interessati potrebbero essere il nuovo coniuge, o altro figlio del genitore decaduto dall'azione di disconoscimento, che dal giudicato possono sperare di vedere ampliate, tra l'altro, le proprie speranze successorie, e non è fuori dal possibile immaginare che sia lo stesso marito-padre a sollecitare la loro attivazione, o addirittura ad agire quale rappresentante processuale se l'altro figlio è minore.

Diversamente, poteva disegnarsi un'unica azione diretta a contestare il fatto della paternità attraverso la prova genetica, con legittimazione generale, soggetta comunque ai ricordati termini di decadenza a tutela del figlio, nella quale la mancata coabitazione, l'impotenza, l'adulterio, il celamento della gravidanza o della nascita recupererebbero vitalità, allo scopo di limitare le azioni pretestuose di terzi dirette al solo scopo di turbare la serenità familiare, o come elementi surrettizi di prova, quando non sia possibile utilizzare quella diretta basata sul DNA per indisponibilità di quello paterno, se il padre è deceduto e non è possibile estrarlo dal suo cadavere, ad esempio perché è stato cremato.

In questi casi, infatti, non avrebbe alcuna rilevanza la prova di compa-

c.c. e significativamente non manca di notare come «Se le due azioni potessero concorrere, le suddette limitazioni oggettive, temporali e soggettive perderebbero ogni significato, essendo sempre possibile porre in discussione la paternità pur dopo la scadenza dei termini per il disconoscimento, e da parte di chiunque con il solo limite (generale) dell'interesse ad agire». In dottrina cfr. anche G. M. UDA, *Presunzione di paternità biologica, filiazione legittima e contestazione di legittimità*, in *Dir. fam.*, 1994, p. 917 ss.; S. PIRRONE, *Contestazione di legittimità e disconoscimento di paternità*, in *Giur. merito*, 1992, p. 884 ss., M. SESTA, *Divorzio e contestazione di legittimità dei figli nati dal primo matrimonio*, in *Giur. it.*, 1976, I, 2, p. 318; A. e M. FINOCCHIARO, *Riforma del diritto di famiglia*, Milano, III, 1979, p. 833; nel senso, invece, della concorrenza tra l'azione di disconoscimento e quella di contestazione vedi M. LUZZATI, *La famiglia la legge il giudice (il nuovo diritto di famiglia)*, Milano, II ed., 1978, p. 191 e R. PANE, *Favor veritatis ed azione di disconoscimento di paternità*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, p. 62 ss.

³² Il riferimento è alla ben nota Corte Cost. 6 luglio 2006, n. 266.

tibilità realizzata attraverso il raffronto col DNA di altri fratelli o presunti tali, perché in primo luogo questi potrebbero non essere stati concepiti da quell'uomo, ed in tal guisa verrebbero a conoscere l'inveridicità del proprio *status* per effetto di un giudizio incidentale, in violazione dell'art. 34 c.p.c., ma soprattutto in quanto proprio tale evenienza esclude che dal loro rifiuto a sottoporsi al test possano desumersi argomenti di prova a favore dell'istante³³.

Anche per i figli nati fuori dal matrimonio la già ricordata previsione di decadenza dall'azione di impugnazione del riconoscimento per tutti i legittimati diversi dal figlio realizza il bilanciamento tra interesse all'accertamento della verità della filiazione e stabilità dello *status*, assegnando al titolare del diritto indisponibile la valutazione circa l'azione o il mantenimento di uno *status* che si conosce essere non corrispondente alla verità della procreazione genetica.

Ciò si traduce, nella bozza di decreto delegato, nella modifica dell'art. 263 c.c. con l'introduzione di termini di decadenza e di prescrizione coerenti con quelli appena ricordati per l'azione di disconoscimento, ed evidenzia quello che potrebbe definirsi come l'ordito celato attraverso la trama della disciplina della filiazione, comprensiva del dettato codicistico previgente, della riforma in commento e delle altre leggi speciali, non ultima quella dettata col n. 40 del 2004 per la procreazione medicalmente assistita: il genitore che lasci decorrere il termine di decadenza o spirare quello di prescrizione dell'azione diretta a contestare la discendenza altro non fa che lasciar operare quel principio di responsabilità da procreazione che, dal regolamento (CE) n. 2201/2003, cosiddetto *Bruxelles II bis*³⁴, è oggi trasfuso nel superamento

³³ Al contrario di quanto decideva Trib. Brindisi, 2 febbraio 2005, su cui v. la nota critica, per altri profili, di M. ROBLES, *Alla ricerca dell'identità "perduta": la filiazione naturale tra (gen)etica e (bio)diritto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, p. 187 ss.

³⁴ Cfr. R. BARATTA, *Il regolamento comunitario sul diritto internazionale privato della famiglia*, in A. PICONE (cur.), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, 2004, p. 163 ss.; R. CONTI, *Il nuovo regolamento comunitario in materia matrimoniale e di potestà parentale*, in *Famiglia e diritto*, 2004, p. 291 ss.; A. DI LIETO, *Il Regolamento n. 2201/2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2004, p. 117 ss.; M.E. RUGGIANO, *Dal regolamento (CE) n. 1347/2000 al regolamento (CE) n. 2201/2003*, in *Dir. Famiglia e delle persone*, 2005, p. 739 ss.; J. LONG, *L'impatto del Regolamento CE 2201/2003 sul diritto di famiglia italiano*:

della nozione di «potestà genitoriale», sostituita com'è da quella di «responsabilità genitoriale», cui viene dedicato il nuovo Capo II del Titolo IX del Libro primo del codice civile, che si potrebbe in altri termini leggere come principio di affettività, e fonda il vincolo su una scelta procreativa consapevole, pur in difetto di discendenza, di cui l'adozione è solo uno dei prototipi.

Non sembra inutile rammentare come, a proposito della fecondazione eterologa, l'argomentazione della Corte di Strasburgo³⁵ abbia preso le mosse proprio dall'adozione, intesa «come strumento d'integrazione o di sostituzione delle relazioni familiari sorte su base biologica» che rappresenta la concreta espressione della diffusione, nel comune patrimonio culturale dei Paesi europei, della «deviazione dal principio della derivazione biologica, o genetica, del rapporto di filiazione»³⁶, per arrivare invece, attraverso il ripensamento di un istituto risalente e tradizionalmente orientato ad assicurare

tra diritto internazionale privato e diritto sostanziale, in *Familia*, 2006, p. 1127 ss.; M.C. BARUFFI, *La responsabilità genitoriale: competenze e riconoscimento delle decisioni nel regolamento Bruxelles II*, in S.M. CARBONE, I. QUEIROLO (cur.), *Diritto di famiglia e Unione Europea*, Torino, 2008, p. 257 ss. Per la dottrina straniera si vedano almeno B. ANCEL, H. MUIR-WATT, *La désunion européenne: le Règlement dit 'Bruxelles II'*, in *Revue critique de droit international privé*, 2001, p. 403 ss.; K. BOELE-WOELKL (ed.), *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, Oxford-New York, 2003; D. BRADLEY, *A Family Law for Europe? Sovereignty, Political Economy and Legitimation*, in *Global Jurist Frontiers*, IV, 2004, p. 1; P. HAMMJE, *L'intérêt de l'enfant face aux sources internationales du droit international privé*, in Aa.Vv., *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, 2005, p. 365 ss.; K. BOELE-WOELKI, T. SVERDRUP, *European Challenges in Contemporary Family Law*, Portland, 2008; C. BRIERE, *Règlement (CE) n. 2201/2003 du 27 novembre 2003*, in *Revue critique de droit international privé*, 2010, p. 184 ss. Da segnalare anche, per gli strumenti di armonizzazione precedenti al regolamento, R. BONOMI, *Il regolamento comunitario sulla competenza e sul riconoscimento in materia matrimoniale e di potestà dei genitori*, in *Riv. dir. internazionale*, 2001, p. 298 ss.; G. OBERTO, *Il regolamento del Consiglio (CE) n. 1347/2000 del 29 maggio 2000 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità parentale nei confronti dei figli comuni*, in *Contratto e impresa Europa*, 2002, p. 361 ss.; F. UCCELLA, *La prima pietra per la costruzione di un diritto europeo delle relazioni familiari: il regolamento n. 1347 del 2000 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di potestà dei genitori su figli di entrambi i coniugi*, in *Giustizia civile*, 2001, II, p. 313 ss.

³⁵ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Affaire S.H. e altri c. Austria*, dec. Aprile 2010.

³⁶ M. DELL'UTRI, *Fecondazione eterologa e diritti fondamentali*, in A. BARENGHI, *Procreazione assistita e tutela della persona*, Padova, 2011, 80; ID., *Maternità surrogata, dignità della persona e filiazione*, in *Giur. merito*, 2010, p. 358 ss.

la continuità patrimoniale qual'è l'adozione, ad «associare donne e uomini destinati per natura a rimanere esclusi, al compito dell'allevamento e dell'educazione delle nuove generazioni, legando il segno della responsabilità genitoriale al vincolo, semplice e umile, della dedizione e dell'affetto»³⁷.

5. — *Favor veritatis e volizione nella responsabilità da procreazione.*

Tra i diversi modelli procreativi conosciuti dal nostro ordinamento, è possibile rintracciare alcune disposizioni che realizzano effetti identici alla decadenza dalle azioni dirette a contestare la genitorialità, e talora li ottengono senza neppure attendere lo spirare di un termine ed a prescindere dalla dichiarazione di nascita.

Il richiamo è all'art. 9 della l. 40/2004, espressivo della più evidente deroga al brocardo «*consensus non facit filios*», che attraverso l'esclusione dell'azione di disconoscimento della paternità realizza la costituzione dello *status* di figlio dell'uomo che abbia prestato il proprio consenso all'inseminazione della compagna con gameti di un terzo donatore, pur nella consapevolezza della falsità dello stato giuridico medesimo.

Si realizza in tal guisa uno dei fatti di accertamento aventi l'efficacia preclusiva massima, in conseguenza del consenso all'inseminazione eterologa, ed è singolare notare come, a differenza del dettato dell'art. 30 DPR 396/2000 in materia di forma della dichiarazione di nascita o dell'atto di riconoscimento, la volontà possa desumersi anche da fatti concludenti.

L'effetto preclusivo dell'azione di disconoscimento o di impugnazione del riconoscimento è anzi istantaneo, a fronte del trascorrere dei mesi richiesti per la decadenza dall'art. 244 c.c., e finisce per realizzare lo scopo avuto di mira da tante coppie costrette a ricorrere alla donazione di gameti per l'impossibilità di produrne, complici le legislazioni straniere avulse al divieto che ispira quella italiana³⁸.

³⁷ M. DELL'UTRI, *Fecondazione eterologa e diritti fondamentali*, cit., p. 101.

³⁸ Di cui P. RESCIGNO, in D. CARUSI (cur.), *In vita in vitro in potenza: lo sguardo del diritto sull'embrione. Atti del Convegno di Genova (10 maggio 2010)*, Torino, 2011, p. 79, sottolinea il progressivo sgretolamento, in vista anche dell'apertura alla donazione di gameti, ispirata alla donazione samaritana che caratterizza la disciplina del prelievo di organi a fini di trapianto,

L'anomalia è altrettanto evidente nella filiazione fuori dal matrimonio che quando si realizza naturalmente, attraverso l'integrazione dei sessi, e viene accertata attraverso il riconoscimento, resta esposta nel vigente dettato codicistico all'impugnazione anche allorché il riconoscimento medesimo sia stato effettuato nella consapevolezza della falsità dell'attestazione di paternità³⁹, mentre è intangibile quando il figlio è nato in conseguenza dell'applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita, col consenso del partner della madre all'impiego dei gameti di un donatore.

Il combinato normativo evidenzia, sul punto, almeno due contraddizioni difficili a superarsi, l'una nei riguardi del padre che abbia proceduto al riconoscimento in mala fede, l'altra verso la donna che è madre per aver partorito, come una opinione desume dal dettato dell'art. 269 c.c., risolvendo l'azione declaratoria della maternità nella prova della coincidenza con il neonato da lei partorito⁴⁰.

alla quale tanta resistenza sembra opporsi per ragioni fondamentalmente ideologiche, che paiono confondere l'ovulo e lo spermatozoo con l'embrione. Così anche il Comitato Nazionale di Bioetica, *Parere su l'adozione per nascita degli embrioni crioconservati e residuali derivanti da procreazione medicalmente assistita*, del 18 novembre 2005. V. anche F.D. BUSNELLI, *Rilevanza giuridica della vita prenatale, categorie civiliste, principi costituzionali*, in D. CARUSI, *op. cit.*, p. 27 ss.; C. Europea di Giustizia, Grande Chambe, 18 ottobre 2011, in *Dir. famiglia e delle persone*, 2012, p. 3 ss., con note di G. CARAPEZZA FIGLIA e M. CASINI, a proposito della nozione di «embrione umano» nell'art. 6 della Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 6 luglio 1998, 98/44/Ce sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche, e sui limiti della brevettabilità per fini terapeutici o diagnostici utili all'embrione medesimo.

³⁹ Corte Cost., 22 aprile 1997, n. 112: «L'attribuzione della legittimazione ad agire anche all'autore in mala fede del falso riconoscimento e la imprescrittibilità dell'azione dimostrano infatti come il legislatore, nel conformare l'istituto in esame, abbia voluto privilegiare il *favor veritatis*, in funzione di un'imprescindibile esigenza di certezza dei rapporti di filiazione». L'introduzione, nella novellazione affidata al legislatore delegato, di termini di decadenza e di prescrizione dell'impugnazione del riconoscimento realizza dunque altro interesse, diverso ed opposto a quello così inteso della veridicità degli *status*. Contrario Trib. Roma, 17 dicembre 2012, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, p. 349 ss., con nota di M. G. STANZIONE.

⁴⁰ A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, XX ed., Milano, 2011, p. 1221; G. BISCONTINI, *La filiazione legittima*, in *Tratt. Bonilini Cattaneo*, III, *Filiazione e adozione*, p. 53, applicabile anche in caso di maternità surrogata secondo R. VILLANI, *La procreazione assistita*, in G. COLLURA, L. LENTI, M. MANTOVANI, *Filiazione*, cit., p. 702 ss.; conforme U.A. SALANITRO, *La disciplina della filiazione da procreazione assistita*, in *Famiglia*, 2004, p. 507.

Riguardo al padre che abbia riconosciuto un figlio nella consapevolezza della falsità dell'atto, la riforma dimentica di escludere la legittimazione all'impugnazione per difetto di veridicità che consente, per il mezzo dell'accertamento giudiziale, di ottenere gli effetti di una revoca altrimenti vietata dall'art. 256 c.c., sottraendo il genitore agli obblighi che l'art. 30 Cost. riconnette ad una genitorialità da lui consapevolmente voluta, alla pari di chi si è impegnato all'accoglienza del figlio nato da fecondazione eterologa, in spregio al divieto di legge⁴¹.

Riguardo alla madre, mancando piuttosto – come si è ricordato – qualsiasi automatismo che la identifichi in ogni caso con la partoriente, si pongono questioni di non poco conto in caso di maternità surrogata⁴² e procreazione artificiale con ovuli provenienti da una donatrice⁴³.

⁴¹ Questo, nell'apprezzamento di Corte Cost. 26 settembre 1998, n. 347, in *Giur. cost.*, 1998, p. 2632, con nota di E. LAMARQUE, *La prima decisione della Corte costituzionale sulle conseguenze dell'utilizzo delle tecniche di procreazione medicalmente assistita*, il fondamento dell'inapplicabilità dell'azione di cui all'art. 235 c.c. al caso in cui il marito avesse prestato il proprio consenso all'inseminazione di un terzo donatore, in particolare in considerazione della protezione del nato, ex artt. 30 e 31 Cost., secondo il criterio della prevalenza dell'interesse del minore rispetto a quello dei genitori, ed in funzione della garanzia dei «doveri di chi si è impegnato ad accogliere il nascituro, scegliendo liberamente di ricorrere a tali procedure e assumendone le relative responsabilità».

⁴² Cfr. G. FERRANDO, *Genitori e figli nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Famiglia e diritto*, 2009, p. 1049 ss.; D. GIORIO, *Utero in affitto. Quali conseguenze sullo status del figlio?*, in *Lo stato civile italiano*, 2009, p. 902 ss. La stampa ha dato notizia, nell'ottobre del 2013, di un provvedimento del Tribunale per i minori di Brescia che, in seguito all'accertata nascita da maternità surrogata, in Ucraina, ha disposto l'allontanamento di un bambino di un anno e mezzo dalla coppia che l'aveva cresciuto, e l'avvio del procedimento penale per il reato di alterazione di stato. Cfr. F. ANGELI, *Tolto il figlio a una coppia: «affittò» un utero via mail*, in *Il Giornale*, 15 novembre 2013, e *ibidem*, l'efficace commento redazionale *I bimbi sballottati come pacchi postali in nome della legge*.

⁴³ R. VILLANI, *Procreazione assistita*, in *Tratt. dir. famiglia* diretto da P. ZATTI, VII, *Aggiornamento*, Milano, 2006, p. 328 ss. sostiene invece che per definizione normativa «madre è colei che ha concepito e partorito il figlio», e questo è il fondamento lessicale della norma dell'art. 269, comma 3, c. c., norma reputata «talmente chiara da apparire risolutiva di ogni problema di attribuzione di maternità anche in ipotesi di maternità surrogata». Delle generalità della puerpera si fa menzione, salvo il caso di parto anonimo, nell'attestazione di avvenuta nascita che correda, ai sensi dell'art. 30, comma 2, D.P.R. 396/2000, la dichiarazione resa all'ufficiale di stato civile, ai fini della formazione dell'atto di nascita. Così anche M. MANTOVANI,

Nella disciplina dettata dall'art. 9 l. 40/2004, in definitiva, il consenso è causa prima della generazione, in coerenza con l'esclusione del disconoscimento e dell'azione di accertamento giudiziale della paternità del donatore di gameti, che non è anonimo in tutti gli ordinamenti che ammettono la donazione.

In altri termini, in assenza di discendenza genetica la procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo è retta dal principio di responsabilità, come ha chiarito la più recente giurisprudenza di legittimità, ammettendo il marito ignaro dell'uso dei gameti altrui all'azione di disconoscimento, assoggettata comunque ai termini di decadenza fissati dall'art. 244 c.c.

Significativo il passaggio in cui la Corte spiega come «il legislatore ha inteso stabilire un preciso limite al *favor veritatis*, determinando evidentemente una convergenza del *favor legitimationis* con il divieto di *venire contra factum proprium*»⁴⁴.

Coerente la giurisprudenza di merito, in un caso di diniego di trascrizione nei registri dello stato civile dell'atto di nascita formato all'estero di due bambini nati da maternità surrogata⁴⁵, che chiaramente ricostruisce due

Presupposti di legittimità. La presunzione di concepimento, cit., p. 53, sempre argomentando *ex art.* 269, comma 3, c.c., e M. SESTA, *La filiazione*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da M. BESSONE, IV, III ed., Torino, 1999, p. 10 ss. Dubbioso, invece, circa la correttezza del richiamo a questa disposizione, si mostra G. CATTANEO, *Della filiazione legittima*, in *Commentario cod. civ. Scialoja Branca*, Bologna – Roma, 1988, p. 38 ss., sul presupposto per cui la norma è stata dettata in tempi nei quali non poteva dubitarsi del fondamento della «convinzione che la partoriente sia per necessità anche madre genetica», e per questo non risolve il problema in caso di maternità surrogata. ID., *Lo stato di figlio legittimo*, in *Tratt. dir. priv. Rescigno*, IV, II ed., Torino, 1997, p. 21, sostiene l'attribuzione della maternità alla madre genetica.

⁴⁴ Cass. 1 luglio 2012 n. 11644, in *Foro it.*, 2012, I, c. 3348 ss. Inoltre, ci si domanda se il marito possa avviare l'azione di disconoscimento quando dimostri che, nel periodo del concepimento, la madre, oltre a ricorrere alla fecondazione artificiale, abbia commesso adulterio o celato la gravidanza. Sul punto si veda l'opinione critica di U.A. SALANITRO, *La disciplina della filiazione da procreazione medicalmente assistita*, in *Famiglia*, 2004, p. 490 ss., spec. 501 s., sul rilievo per cui manca una norma analoga al 235, comma 1, n. 2, c.c., a tutela del convivente, che gli consenta di impugnare il riconoscimento, nonostante il divieto di cui all'art. 9 della L. 40/2004, dimostrando che la procreazione è avvenuta al di fuori dell'impiego delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, ossia deriva dal congiungimento della madre con altro uomo.

⁴⁵ Trib. Napoli, decr. 14 luglio 2011, *ivi*, 2012, I, p. 3372 ss.; Trib. Catania Sez. I (Ord.), 3 maggio 2004, in www.leggiditalia.it; T. PIOLA, *La "maternità surrogata" e la trascrizione degli atti di nascita provenienti dall'estero*, in *I Servizi Demografici*, 2012, p. 14 ss.

modelli procreativi, quello naturale e quello assistito così motivando: «la ricerca della verità biologica esalta il principio della responsabilità procreativa che si atteggia in maniera differente nella procreazione naturale rispetto a quella assistita. Nella prima, la paternità è attribuita sulla base del mero dato biologico senza dare peso alla componente volitiva che accompagna l'atto sessuale, nella seconda il consenso ritualmente espresso al ricorso a tali tecniche determina una assunzione volontaria di paternità»⁴⁶.

Interessa notare come, prosegue il giudice partenopeo, nel divieto di fecondazione eterologa con esclusione dell'azione di disconoscimento, «quel che emerge è piuttosto il *favor affectionis* ovvero la preminenza che nella costruzione della paternità/filiazione assume il dato volitivo rispetto a quello biologico».

⁴⁶ Cfr. G. GIAIMO, *Il consenso inespresso ad essere genitore. Riflessioni comparatistiche*, in *Dir. famiglia e persone*, 2011, p. 855 ss., spec. p. 863 con riferimento alla procreazione quale evento cosciente e responsabile che, quando si realizza attraverso l'intervento medico, presuppone, «quale requisito indispensabile della volontà, che essa si formi in maniera cosciente e ponderata, anche in vista della tutela giuridica da accordare all'eventuale prole». E, p. 864, distingue la procreazione fisiologica, ove la procreazione cosciente e responsabile è riconosciuta come diritto (art. 1 l.194/1978, art. 1 l. 405/1975) anche allo scopo di proteggere il prodotto del concepimento, «atteso che il suo *status* di figlio (legittimo o naturale), prescindendo da una eventuale volontà di non procreare manifestata dai genitori, ha come requisito necessario e sufficiente il mero dato biologico». Nello stesso senso A. GORASSINI, *Procreazione (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, p. 951: «viene riconosciuta ai singoli la libertà di usare o meno delle loro forze generatrici; ed all'interno di questa libertà è garantita la facoltà di superare le leggi del *bios*, cioè la generazione come conseguenza biologica dell'atto reale del congiungimento carnale, atteggiando la procreazione come atto di libera scelta, basato sui fattori culturali del valore della discendenza umana e della trasmissione della vita». In giurisprudenza, già Cass. 18 novembre 1992, n. 12350, statuiva che «nell'ipotesi di nascita per fecondazione naturale la paternità, ex art. 269 c.c., va attribuita come conseguenza giuridica della procreazione, non occorrendo anche una cosciente volontà di procreare e non rilevando, di conseguenza, un disvolere e il rifiuto del concepimento». Ricorda F. NADDEO, *Accesso alle tecniche*, in P. SANZIONE, G. SCIANCALEPORE (cur.), *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004, p. 94 ss., che, al contrario, «daddove – come nella procreazione assistita – il naturale collegamento tra atto sessuale ed evento biologico della generazione viene a mancare, lo spontaneo e consapevole comportamento procreativo di entrambi i membri della coppia assurge ad atto di volontà costitutivo della fattispecie complessa da cui scaturirà, in caso di esito positivo della procedura, il rapporto giuridico di filiazione».

Coerente anche la denuncia di illegittimità del divieto di fecondazione eterologa di cui all'art. 4 comma 3 della legge 40/2004, sollevata dal Tribunale di Milano con decreto del 23 marzo – 3 aprile 2013, non ancora esaminata dalla Corte Costituzionale, motivata dalla censura per cui la legge tratta in modo opposto coppie che si trovano nella medesima condizione di «limiti di procreazione», consentendo il ricorso alla p.m.a. unicamente alle coppie i cui componenti posseggono (entrambi) gameti fecondabili, e non anche a quelle in cui (almeno) uno dei componenti sia incapace di produrre gameti idonei a generare l'embrione. Viceversa «all'identico limite (infertilità e sterilità di coppia) dovrebbe corrispondere la comune possibilità di accedere alla migliore tecnica medico-scientifica utile per superare il problema»⁴⁷, posto che comunque la reazione del sistema, attraverso la costituzione dello *status*, protegge l'interesse alla stabilità dello stesso al pari di quanto dispone oggi l'art. 244 e la riforma del 2012 attraverso il meccanismo della decadenza dalle azioni di contestazione⁴⁸.

⁴⁷ Nello stesso senso si muovevano le censure di incostituzionalità già svolte da M. D'AMICO, *L'incostituzionalità del divieto di donazione di gameti*, cit., p. 118: «questo divieto, che riguarda in modo indistinto le coppie eterosessuali, quelle omosessuali e le donne *single*, è costituzionalmente illegittimo, poiché pone in essere una discriminazione fra coppie eterosessuali sposate o conviventi, fra quei soggetti, cioè, ammessi alla fecondazione omologa ai sensi dell'art. 5 della legge. Mentre infatti i limiti di accesso alla fecondazione rientrano nello spazio di discrezionalità del legislatore, in un quadro legislativo come quello derivante dalla legge 40 del 2004 il divieto della fecondazione eterologa anche per le coppie eterosessuali sposate o conviventi si risolve in una discriminazione irragionevole fra soggetti vertenti nelle stesse condizioni». L'A. ritiene lesi l'art. 3 Cost. sotto il profilo della disparità di trattamento e della «irragionevolezza di una disciplina che, avendo come fine quello di curare sterilità e infertilità, preclude lo strumento per farlo nei casi più gravi», l'art. 2, annoverando tra i diritti fondamentali quello alla procreazione, garantito dall'art. 31, l'art. 32 di tutela della salute, e non manca di notare un «discriminazione fra cittadini in base alle possibilità economiche, fra chi può permettersi di ricorrere a trattamenti all'estero e chi no, con ulteriore violazione dell'art. 3 Cost.». Nello stesso senso anche M. DELL'UTRI, *Fecondazione eterologa e diritti fondamentali*, cit., p. 73, in sede di richiamo all'art. 14 della Convenzione EDU, e così «alla legittimità della possibile discriminazione tra persone affette da una differente misura di gravità della sterilità».

⁴⁸ La Corte costituzionale, con ord. n. 150 del 2012, su cui G. REPETTO, *Ancora sull'ordinanza n. 150 del 2012 della Corte costituzionale: alcune ragioni per fare di necessità virtù*, in *www.diritticomparati.it*, aveva ordinato la restituzione degli atti ai tre giudici che l'avevano sollevata (Trib. Firenze, Catania e Milano, ord. nn. 19, 34 e 163 del 2011, in M. D'AMICO, B. LIBERALI

Tra le obiezioni frapposte alla piena legittimazione della procreazione donazione di gameti pare opportuno dar conto di quelle che si riconducono alla impossibilità, per il figlio, di conoscere le proprie origini genetiche ove sia garantito l'anonimato del donatore⁴⁹, poiché si tratta, a ben vedere, dell'i-

(cur.), *Il divieto di donazione dei gameti. Fra Corte costituzionale e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, 2012), in ragione della decisione della Grande Chambre della Corte EDU del novembre del 20118, che, annullando la decisione di primo grado, ha dichiarato che non sussiste alcuna violazione della CEDU da parte dell'ordinamento austriaco *Affaire S.H. c. Austria*, su cui cfr. A. OSTI, *Il caso S.H. e altri c. Austria: il diritto (di coppia?) a procreare e la fecondazione eterologa*, C. GRABENWARTER, *Vita privata, fecondazione in vitro e «margine di apprezzamento degli stati membri»*, in M. CARTABIA (cur.), *Dieci casi sui diritti in Europa*, Bologna, 2011; R. CHIEPPA, *Fecondazione eterologa e Corte Europea C.E.D.U.: quali effetti vincolanti nel contrasto di interpretazione tra due decisioni ed altri profili processuali di costituzionalità*, in *Federalismi*, 2012, 9; V. ZAGREBELSKY, *La irragionevolezza della legge italiana sulla procreazione assistita nel giudizio della Corte Europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e Diritto internazionale*, 2012, p. 669 ss.; A. VIVIANI, *Il diritto di fondare una famiglia, la fecondazione assistita e i... passi indietro della Grande Camera della Corte europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2012, p. 196 ss.; F. ASTIGGIANO, *La procreazione medicalmente assistita*, in *Famiglia e diritto*, 2012, p. 420 ss. Critica, sull'utilità di un così imposto ulteriore passaggio innanzi alla giustizia comune, in attesa della riproposizione della questione e del giudizio di merito circa la legittimità costituzionale del divieto, ex art. 117, comma 1, Cost., l'opinione di A. RUGGERI, *La Corte costituzionale, i parametri "conseguenziali" e la tecnica dell'assorbimento dei vizi rovesciata (a margine di Corte Cost. n. 150 del 2012 e dell'anomala restituzione degli atti da essa operata con riguardo alle questioni di costituzionalità relative alla legge sulla procreazione medicalmente assistita)*, in www.giurcost.org. V. anche, in termini dubitativi circa la prognosi di incostituzionalità della disciplina italiana, U.A. SALANITRO, *Il dialogo tra Corte di Strasburgo e Corte Costituzionale in materia di fecondazione eterologa*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, p. 636 ss.

⁴⁹ In Germania si segnala l'*Embryonenschutzgesetz* del 13 dicembre 1990 che vieta l'ovodonazione e la fecondazione *post mortem*, applica il principio *mater semper certa* anche ai casi di gestante che non sia geneticamente madre e alla maternità surrogata, ma consente la donazione di gameti maschili che, nel caso in cui sussista una relazione di paternità per il nato, di regola per effetto della presunzione di paternità di cui al § 1592, n. 1, BGB o per riconoscimento (§1592, n. 2), non costituisce alcun rapporto tra il nato ed il donatore, al contrario di quanto si verifica allorché non sussista diversa relazione di paternità, con previsione di evidente favore per il minore. Il consenso alla fecondazione eterologa esclude i partner dall'azione di disconoscimento di paternità, se la fecondazione produce l'esito sperato. Il figlio nato da p.m.a. con donazione di spermatozoi ha invece azione di impugnazione del proprio *status* inventiero, allo scopo di veder dichiarata la discendenza genetica dal donatore, per conseguenza della pronuncia di incostituzionalità resa dal Tribunale Costituzionale Federale del 9 aprile 2003, 1BvR 1493/96 e 1BvR 1724/01, dell'esclusione del padre biologico dai doveri conseguenti alla generazione, e da BVerfG 18 gennaio 1988, 1BvR/87

dentica questione che si introduce, specie all'esito della citata decisione nel caso *Godelli c. Italia*, rispetto alla disciplina del parto anonimo⁵⁰.

Nell'uno come nell'altro modello procreativo parrebbe così opportuno introdurre una disposizione che subordini l'anonimato materno e la donazione di gameti al consenso a rilasciare informazioni non identificanti circa il DNA materno o del donatore, ed alla risposta a un questionario epigenetico, posto che l'alimentazione, lo stile di vita e le abitudini materne, paterne e perfino degli ascendenti possono avere effetti sulla salute del figlio, come hanno dimostrato gli studi di epigenetica⁵¹.

6. — *Verso l'emersione del principio di affettività e la rimeditazione dello status.*

La giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo segna da tempo numerosi punti fermi che riconducono alla protezione dell'art. 8 della Carta i legami familiari *de facto*, caratterizzati dalla presenza di vincoli di affettività, «purché ricorrano un certo numero di elementi, quali il tempo vissuto insieme, la qualità delle relazioni, nonché il ruolo assunto dall'adulto nei confronti del bambino»: così nel caso italiano di diniego dell'adozione speciale di una neonata affidata provvisoriamente con decreto d'urgenza ad una coppia, motivato dall'adozione disposta nei confronti di altra coppia,

che ha riconosciuto rango costituzionale al diritto di conoscere le proprie origini genetiche, poiché le stesse formano la propria individualità e identità personale. Di conseguenza, è escluso l'anonimato del donatore e pienamente garantito il diritto del figlio a conoscerne l'identità semplicemente facendone richiesta al medico o alla struttura che hanno realizzato l'intervento di procreazione.

⁵⁰ Il diritto a conoscere le proprie origini biologiche, espressione del diritto all'identità personale, trova garanzia internazionale nell'art. 7 della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo, nell'art. 30 della Convenzione de L'Aja sulla protezione dei minori e sulla cooperazione in materia di adozione internazionale del 29 maggio 1993, si vedano anche la Raccomandazione per il rispetto dei diritti del bambino nell'adozione internazionale n. 1443 del 26 gennaio 2000 e la Convenzione n. 202 del 27 novembre 2008, non ancora ratificata dall'Italia, sull'adozione di minori, art. 22.

⁵¹ Il riferimento, per tutti, è almeno a ME. PEMBREY, L.O. BYGREN, G. KAATI, et al., *Sex-specific, male-line transgenerational responses in humans*, in *Eur. J. Hum. Genet.* 2006; 14, pp. 159-66.

che la Corte ritiene ascrivibile ad una vita familiare già in atto, come tale tutelata, posto che la bambina aveva vissuto con la coppia per 19 mesi, e sussisteva un «forte legame» con gli adulti⁵²

Altrettanto può rilevarsi, più in generale, con riguardo ai criteri necessari a definire la vita familiare, nei quali si comprendono la convivenza della coppia, la lunghezza della relazione, la presenza di figli, allo scopo di accertare appunto «l'esistenza di una relazione affettiva» nel caso di una persona transessuale, la compagna di lui e la figlia ottenuta con metodiche di procreazione artificiale⁵³.

Anche con riferimento alla Carta Costituzionale pare obbligata la conclusione per cui il principio di parità sostanziale (art. 3) impone di prestare attenzione alla varietà delle situazioni soggettive da tutelare, che non possono trovare attuazione attraverso il pieno riconoscimento dello *status*, ma non restano tuttavia prive di rilevanza se, come ha insegnato attenta dottrina⁵⁴, l'azione di mantenimento *ex art.* 279 c.c. costituisce in realtà una azione di stato, diretta a realizzare il diritto allo *status* presidiato dall'art. 2 Cost.⁵⁵, espe-

⁵² Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 27 aprile 2010, *Moretti e Benedetti c. Italia*, ricorso n. 16318/07.

⁵³ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Chambre, 22 aprile 1997, *X, y, z c. Regno Unito*, ricorso n. 21830/93.

⁵⁴ A. PALAZZO, *La filiazione fuori del matrimonio*, Milano, 1965, p. 334 ss.

⁵⁵ Di siffatto fondamento costituzionale è certa Corte Cost. 28 novembre 2002, n. 494, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art 278, I comma, c.c., nella parte in cui esclude la dichiarazione giudiziale di paternità o maternità e le relative indagini, nei casi in cui, a norma dell'art. 251, I comma, c.c., il riconoscimento dei figli incestuosi era vietato. La si legga in *Giur. it.*, 2003, 868; in *Giur. cost.*, 2002, I, p. 4058, con nota di C.M. BIANCA, *La Corte costituzionale ha rimosso il divieto di indagini sulla paternità e maternità naturale di cui all'art. 278 comma 1 c.c. (ma i figli irricognoscibili rimangono)*; si veda anche, *ivi*, 2003, p. 446 ss., la nota di G. DI LORENZO, *La dichiarazione giudiziale di paternità e maternità naturale dei figli nati da rapporto incestuoso*; in *Vita notarile*, 2002, p. 1353, con nota di F. UCCELLA, *Sulla parziale illegittimità della disciplina della c.d. filiazione incestuosa: forti ombre su di un sentiero che resta impervio*; in *Famiglia*, 2003; II, p. 845, con nota di G. FERRANDO e S. LANDINI; v. anche C. CICERO, *Il problema della filiazione incestuosa (osservazioni a margine di Corte cost. n. 494/2002)*, in *Rass. Giur. Sarda*, 2003, e in *www.altalex.com*; in *Vita notarile*, 2002, p. 1353 ss., con nota di G. VECCHIO, *Sulla parziale illegittimità della disciplina della c.d. filiazione incestuosa: forti ombre su di un sentiero che resta impervio*; e in *Giur. it.*, 2003, p. 868 ss. In particolare, secondo la Corte, dalla previsione derivava, in forza dell'applicabilità degli artt. 580 e 594 c.c., una «*capitis deminutio* perpetua e irrimediabile,

ribile tanto da colui che abbia uno *status* incompatibile, quanto da chi avrebbe i requisiti per agire con l'azione generale di accertamento giudiziale della filiazione fuori dal matrimonio, allorché egli ritenga preferibile l'accesso ai soli diritti patrimoniali, chiudendo le porte a qualsiasi rapporto affettivo, ovvero, dopo la morte del genitore, per l'acquisizione dei più limitati diritti ereditari⁵⁶.

La relazione stabilita nel tempo, pur in assenza di vincoli genetici, non è dunque irrilevante, in quanto costituisce aspetto della vita familiare tutelata dall'art. 8 della Carta Europea dei Diritti dell'Uomo e dall'art. 7 Carta di Nizza⁵⁷, anche sotto l'aspetto potenziale, per tale intendendo quella che il

come conseguenza oggettiva di comportamenti di terzi soggetti», in violazione del «diritto ad uno *status filiationis* riconducibile all'art. 2 Cost., e del principio costituzionale di eguaglianza come pari dignità sociale e divieto di differenziazioni legislative basate su condizioni personali e sociali».

⁵⁶ Cass. 28 agosto 1999, n. 9065, in *Mass. Giur. It.*, 1999; Cass., 22 gennaio 1992, n. 711, in *Giur. It.*, 1993, I, 1, p. 138, con nota di M. SESTA, *Sui diritti verso il preteso padre naturale di colui che ha lo stato di figlio legittimo altrui*; in *Vita notarile*, 1992, p. 640 ss. Sostengono che anche l'art. 594 c.c. costituisca azione di *status* diretta alla soddisfazione di un diritto di riserva sulla successione del genitore non dichiarato, tra gli altri, A. PALAZZO, *La filiazione fuori del matrimonio*, cit., p. 355; G.W. ROMAGNO, *La successione dei figli privi di stato, alla luce di una recente sentenza della Corte Costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, II, p. 567 ss.

⁵⁷ Corte di Giustizia 11 luglio 2002, *Carpenter c. Secretary of State for the Home Department*, causa C-60/00, in *Racc.* 2002, p. I-6279, applicativo dell'art. 49 TCE (art.52 TFUE), letto «alla luce del diritto fondamentale al rispetto della vita familiare», nel senso dell'obbligo di garantire il soggiorno nello Stato membro di origine di un prestatore di servizi stabilito in tale Stato, che fornisce servizi a destinatari stabiliti in altri Stati membri, al coniuge del detto prestatore, anche se cittadino di un Paese terzo, per il caso della donna che si era presa cura dei figli del primo matrimonio del marito, sebbene non vi fosse tenuta in forza di vincoli giuridici. Cfr. K. LENAERTS, *Le traité de Lisbonne et la protection juridictionnelle des particuliers en droit de l'Union*, in *Cahiers de droit européen*, 2009, p. 711 ss.; M. MELI, *Il dialogo tra ordinamenti nazionali e ordinamento comunitario: gli sviluppi più recenti in materia di diritto di famiglia*, in *Europa e diritto privato*, 2007, p. 447 ss.; B. MASSON, *L'harmonisation des conditions du regroupement familial, la Cour fait la leçon sur le titre IV CE (CJCE 27 juin 2006, Parlement européen c/ Conseil de l'Union européenne)*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2006, p. 673 ss.; G. FERRANDO, *Le relazioni familiari nella Carta dei Diritti dell'Unione Europea*, in *Politica del diritto*, 2003, p. 347 ss. V. anche Corte di Giustizia 25 luglio 2008, causa C-127/08, su cui P. MOROZZO DELLA ROCCA, *L'esercizio della libertà di circolazione non tollera ostacoli alla coesione familiare*, in *Corriere giur.*, 2008, p. 1375 ss.; Corte di Giustizia 19 ottobre 2004, causa C-200/02, su cui G. PERIN,

padre biologico potrebbe stabilire col figlio avuto con una donna sposata, il cui *status* sia cristallizzato e non più contestabile⁵⁸, ed il relativo rilievo legittimo perfino l'affido condiviso alla «figura genitoriale di riferimento» pur in assenza di vincoli rilevanti per lo stato civile, trattandosi della seconda moglie del padre che si era presa cura del bambino orfano della madre fin dalla nascita, anche per tutelare la salute psicofisica del minore, in applicazione diretta dell'art. 32 Cost.⁵⁹.

Ci si domanda, dunque, se non fosse necessario e prodromico alla realizzazione degli scopi di giustizia sostanziale avuti di mira dalla riforma, un ripensamento della nozione di *status*, in considerazione di questa «fluidità», che li accomuna per più versi a posizioni soggettive individuali, ovvero a le-

In margine alla sentenza Chen: il diritto di circolazione dei familiari di cittadini comunitari, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2005, p. 89 ss.; Corte di Giustizia, del 6 dicembre 2012, Cause C-356/11 e C-357/11, *O. e S. c. Maahanmuuttovirasto* (C-356/11) e *Maahanmuuttovirasto c. L.* (C-357/11) con nota di A. RIGAUX, *Citoyenneté européenne, Regroupement familial*, in D.Simon, *Ordre juridique de l'Union*, in *Europe*, 2013, p. 14 ss., a proposito dell'incompatibilità del diniego di permesso di soggiorno, motivata dalla carenza di risorse stabili e regolari sufficienti a mantenere la famiglia, con l'obbligo, nascente dagli artt. 7 e 24, paragrafi 2 e 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, di esaminare le domande di ricongiungimento familiare nell'interesse dei minori interessati oltre che nell'ottica di favorire la vita familiare, con riferimento alla domanda avanzata da un cittadino di un paese terzo, che intenda vivere con sua moglie, anch'essa cittadina di un paese terzo residente legalmente nello Stato membro e madre di un figlio, nato da un primo matrimonio e che è cittadino dell'Unione, nonché con il figlio nato dalla loro unione, anch'egli cittadino di un paese terzo.

⁵⁸ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 15 settembre 2001, *Schneider c. Germania*, ricorso n. 36168/2009.

⁵⁹ T.d.M. Genova 12 marzo 2009, su cui E. BET, *Affidamento condiviso, genitore biologico e "figura genitoriale di riferimento"*, in *Famiglia e diritto*, 2013, p. 101 ss. Dall'istruttoria, condotta con efficace e sensibile ascolto del minore, era risultato che «a tutti gli effetti, la sig. X ha rappresentato per il minore la figura materna di riferimento, indipendentemente dall'essere alla genitore biologico o meno; che la separazione da essa ha provocato sentimenti di perdita parimenti significativi, aggravati dall'introduzione di altra figura femminile e recentemente resi ancora più disorganizzati dalla separazione dalla sorella maggiore». Il Tribunale dispone così l'affidamento condiviso al padre ed alla donna che ha fatto da madre al figlio del marito, considerando come fosse necessario «rispettare il diritto del minore alla bigenitorialità, in considerazione dei suoi vissuti e dei legami affettivi che egli ha costruito nella sua giovane vita al di là della natura delle filiazione». Cfr. anche P. PARKINSON, J. CASHMORE, *The voice of a child in a family law disputes*, Oxford, 2009.

gami tra soggetti individuati, nella prospettiva della realizzazione «dei valori di cui la persona è storicamente portatrice, i quali ben possono determinare una diversa qualificazione e una diversa disciplina di situazioni giuridiche strutturalmente identiche “a seconda del segno assiologico attribuito dal legislatore alla discriminante utilizzata”, e in relazione alla funzionalizzazione delle situazioni giuridiche soggettive, anche a contenuto patrimoniale, al pieno sviluppo della personalità»⁶⁰.

Il concetto di *status* elaborato in dottrina⁶¹ vi ricomprende tradizionalmente il complesso delle situazioni giuridiche fondamentali che legano la persona allo Stato e ad una famiglia, come comunità sociali «necessarie»⁶², con esclusione dunque delle posizioni assunte nei confronti di altre comunità, più o meno ampie⁶³.

⁶⁰ F. PROSPERI, *Rilevanza della persona e nozione di status*, in *civilistica.com*, 2013, 12, p. 30. L'A. procede dal principio costituzionale di eguaglianza sostanziale e dalla tutela dei valori essenziali della persona per sostenere l'inutilità del ricorso alla nozione di *status*. Cfr. Anche P. RESCIGNO, *Status e capacità*, in M. PARADISO (cur.), *I mobili confini dell'autonomia privata. Atti del Convegno di studi in onore di C. Lazzaara*, Milano, 2005, p. 15 ss.

⁶¹ A. CICU, *Il concetto di status*, in *Studi in onore di Simoncelli*, Napoli, 1917, 70, ora in *Scritti minori*, I, 1, Milano, 1965, p. 181 ss.; A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939; G. D'AMELIO, *Capacità e «status» delle persone*, in S. RODOTÀ (cur.), *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, 1971, p. 133 ss.; G. ALPA, *Status e capacità*, Roma-Bari, 1993, spec. p. 3 ss.; L. LENTI, *Una nota sul concetto di status*, in P. CENDON (cur.), *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, II, Milano, 1994, p. 659 ss.

⁶² L. FERRI, *Degli atti dello stato civile, artt. 449-455*, in *Commentario al cod. civ.* diretto da A. SCIALOJA, G. BRANCA, Bologna-Roma, 1973, p. 11; F. SCARDULLA, *Stato civile*, in *Enc. Dir.* XLIII, Milano, 1990, p. 938.

⁶³ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 1, *La norma giuridica, i soggetti*, Milano, 2002, 300; P. RESCIGNO, *Situazione e status nell'esperienza del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, p. 209 ss., distinguendo situazione, come «quella di un soggetto considerato in rapporto ad un ordinamento giuridico» e *status*, qualifica quest'ultimo per la caratteristica della tendenziale durezza, dell'attitudine a generare diritti e doveri ed a giustificare le vicende della vita e dell'attività della persona. Mentre la capacità giuridica riassume dunque la condizione generale della persona, manca nel codice una definizione dello *status*, pur sottinteso nelle applicazioni in diritto di famiglia, nella quali è sinonimo di qualità. Il riferimento alle posizioni di A. CICU e di E. REDENTI conduce alla nozione di *status* come «sintesi ideale di particolari atteggiamenti che assumono talora intere categorie di rapporti sociali giuridicamente rilevanti, fra un soggetto e tutti gli altri», rispetto ai quali la libertà contrattuale non ha il preteso effetto demolitorio delle differenziazioni derivanti dall'esperienza feudale, posto che «gli *status* diffusamente

In altri termini, la descritta concezione comunitaria o organicistica dello *status* come vincolo giuridico che lega l'individuo all'aggregato sociale Stato o famiglia, assume a presupposto fondamentale tale legame necessario, ed a tale condizione riconduce poteri, doveri, diritti ed obblighi caratteristici, unificati dall'indisponibilità⁶⁴.

rivivono e nascono in forme nuove nella misura in cui il bisogno individuale di sicurezza prevale nell'astratta tensione alla libertà».

⁶⁴ In altro senso, lo *status* può identificare una peculiare qualità personale come «situazione che, secondo l'ambiente sociale e secondo l'apprezzamento comune distingue un individuo dagli altri, per ragioni strettamente individuali o in ragione dell'appartenenza ad un gruppo», e dunque potrebbe ricomprendere tutte le posizioni giuridiche rilevanti, dotate di tendenziale stabilità o, per lo meno non precarie, specie nell'ottica della loro protezione, come si vedrà è abituale nel diritto comunitario. Si veda G. ALPA, *Persona, identità status*, in G. ALPA, G. RESTA, *Le persone e la famiglia*, 1, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, nel *Trattato di diritto civile* diretto da R. SACCO, Torino, 2006, p. 192, nota 2, per il riferimento allo *slogan* «dallo *status* al contratto» derivato da H.S. MAINE, *Ancient Law. Its connection with the early history of Society and its relation to modern Ideas*, London, 1861, *Introduction* by J. HARTMAN MORGAN, London, 1972, ora in S. RODOTÀ, *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, 1971, p. 211; ivi, p. 193 ss. riguardo al «capovolgimento» realizzato da R.H. GRAVESON, *Status in common law*, London, 1953, verso l'individuazione di un concetto che non identifica la posizione «naturale» di una persona, ma riguarda categorie di persone *capitis deminutae*, e costituisce uno strumento di classificazione giuridica della società ancora funzionale alla protezione di alcune condizioni individuali e relazioni sociali, al controllo ed alla soluzione dei conflitti di giurisdizione. L'analisi storica della tesi di MAINE trova il proprio approfondimento in W. FRIEDMAN, *Some reflections on Status and Freedom*, in AA.Vv., *Concepts of Jurisprudence. Essay in Honour of Roscoe Pound*, Indianapolis, 1962, p. 222, che individua un concetto moderno di *status* antitetico a quello che si vedeva immutabile nel diritto romano classico e si voleva superare con l'espressione tipica della volontà negoziale. Ne discende per FRIEDMAN la conclusione per cui, stante la mobilità tipica delle società contemporanee, possono esistere *status* innumerevoli e non classificabili, se non arbitrariamente, intendendo con questa espressione «il mutevole bilanciamento tra la libertà di volere e la libertà di circolazione da un lato, che è essenzialmente materia del diritto privato, e le finalità sociali dello stato di benessere espresse in termini di diritto pubblico». Lo *status* è così un concetto che si trova «al crocevia tra diritto privato e diritto pubblico», che «descrive il mutevole bilanciamento tra la libertà del volere e la libertà di circolazione da un lato, che è essenzialmente materia del diritto privato, e le finalità sociali dello stato di benessere espresse in termini di diritto pubblico» (W. FRIEDMAN, *Some reflections*, cit., 228). Significativa l'espressione di G. ALPA, *Persona, identità status*, cit., p. 201, per la quale «la realtà fattuale appare ancora più frastagliata: accanto agli *status* consegnati dalla tradizione abbiamo *status* occulti o indiretti, che perpetuano discriminazioni (ad esempio del convivente di fatto, dell'omosessuale ecc.); abbiamo

La tesi può essere ricondotta alla fondamentale opera di Piola⁶⁵, che vede nell'interrelazione tra individualità umana e Stato, ovvero in quella tra uomo e altri uomini, il *proprium* delle qualità personali costitutive dello stato civile della persona, e le distingue dalle altre qualità che producono unicamente effetti sulla capacità di agire. Definisce, di conseguenza, l'efficacia giuridica

status nuovi, portati dalle nuove tecnologie, e talvolta non ancora trasferiti dal mondo dell'etica a quello del diritto (ad esempio lo *status* di embrione) e ancora *status* originariamente economici che diventano giuridici, per contrapporsi all'abuso della libertà contrattuale (ad es. *status* di consumatore e di risparmiatore). Cfr. anche la definizione introduttiva di *status* come «concetto, strumento e criterio ordinatore della società e quindi dei rapporti personali e dei rapporti tra individuo e Stato», in G. ALPA, *Status e capacità*, cit., 4, e gli ulteriori sviluppi, specialmente a p. 108 ss.; M. REHBINDER, *Status, Contract and the Welfare State*, in *Stanford Law Review*, 1971, 23, p. 941 ss., nella traduzione di G. FORLINO, in V. TEDESCHI, G. ALPA, *Il contratto nel diritto nord americano*, Milano, 1980, p. 158 ss.; G. ALPA, A. ANSALDO, *Le persone fisiche, Artt. 1-10*, nel *Commentario al cod. civ.*, P. SCHLESINGER (cur.), Milano, 1996, p. 99 ss.; P. RESCIGNO, *Situazione e status nell'esperienza del diritto*, cit., p. 209 ss., per la caduta del mito della libertà contrattuale demolitoria degli *status*, visto che «gli *status* diffusamente rivivono e nascono in forme nuove nella misura in cui il bisogno individuale di sicurezza prevale nell'astratta tensione alla libertà»; G. ALPA, *La rinascita dello status*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Bologna 1992, p. 435 ss.; A. CORASANITI, *Stato delle persone*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, p. 948 ss., in particolare sulla concezione individualista e su quella comunitaria dello *status*.

⁶⁵ G. PIOLA, *Degli atti dello stato civile*, in P. FIORE, *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, II, *Delle persone*, VI, Napoli, 1900, p. 2 ss.: «Nella sua individualità fisica l'uomo ha alcune qualità. Una parte di esse esistono nello stesso uomo: il sesso, l'età. Un'altra parte è costituita da rapporti fra la individualità fisica dell'uomo e la individualità fisica di altri soggetti di diritto. E così in considerazione del rapporto che passa fra la individualità fisica dell'uomo e l'individualità fisica dello Stato, l'uomo è cittadino o straniero, nobile o plebeo; in considerazione dei rapporti positivi o negativi che passano tra l'individualità fisica dell'uomo e quella di altri uomini l'uomo è padre o figlio legittimo, naturale, adottivo; celibe coniugato o vedovo; pare od affine. Una terza parte di qualità infine è costituita dal rapporto fra l'individualità fisica dell'uomo e il luogo nel quale una tale individualità si trova; l'uomo è domiciliato, residente o dimorante in un luogo determinato. Il complesso delle qualità or ora enunciate costituisce quello che si chiama stato civile della persona, complesso che è d'uopo tenere distinto da quell'altro complesso di qualità che, come la emancipazione, la condizione fisica (cieco o sordo-muto dalla nascita) o psichica (infermo di mente, prodigo) dell'uomo, ha soltanto influenza sulla capacità dell'uomo stesso; anche alcune delle qualità che costituiscono lo stato (età, sesso, stato matrimoniale) hanno influenza sulla capacità, ma non essendo questo il solo effetto che producono, non vanno confuse con quelle qualità che sono soltanto relative alla capacità delle persone».

di tali qualità personali, quali «pregiudiziali» dal cui accertamento dipende l'appartenenza o meno di un diritto o di una qualsiasi situazione soggettiva giuridicamente rilevante, ed esemplifica citando la rilevanza del nome per identificare l'erede istituito in una disposizione testamentaria; della parentela per la spettanza dei diritti di successione *ex lege*; del sesso per riconoscere l'elettorato, allora spettante solo agli uomini; dello stato libero o vedovile per stabilire il diritto a contrarre matrimonio; della residenza per l'accertamento della validità di una notifica. Di qui l'opportunità che tali qualità siano provate attraverso atto pubblico, che garantisce la prova ben oltre il tempo limitato della memoria umana, ed ha efficacia *erga omnes*, in considerazione della possibilità che tali qualità assumano rilevanza anche molto tempo dopo la loro costituzione, «perché le generazioni si legano l'una all'altra nel corso dei secoli, l'una trasmette all'altra i diritti che competono a coloro dai quali risulta composta a coloro che compongono la generazioni immediatamente successiva, e non può fissarsi *a priori* per quante generazioni sarà d'uopo risalire onde arrivare all'origine di quel diritto che nell'attualità si fa valere, e che dipende da qualità di persona che ha vissuto secoli addietro»⁶⁶, né potendosi prevedere contro quali persone la prova dovrà essere prodotta.

La sostanziale coincidenza delle nozioni di «stato civile» e «*status veri e proprii*» giuridicamente riconosciuti, quali lo *status civitatis* e lo *status familiae*, è assunta a presupposto della tesi «del giurista che ha fornito, delle idee attorno allo *status*, la più compiuta formulazione»⁶⁷. Vale a dire che non qualsiasi qualità, condizione o posizione personale giuridicamente rilevante costituirebbe *status*, proprio in quanto solo della posizione che l'individuo assume nell'aggregato statale ed in quello familiare si interessano le norme sullo stato civile⁶⁸.

Tra quelli di famiglia, lo *status filiationis* è l'unico a mantenere il connotato di massima stabilità, esposto com'è esclusivamente alla rimozione per effetto di accertamento giudiziale della carenza del presupposto della sua costituzione, di regola ricondotto alla veridicità del legame biologico, ma

⁶⁶ G. PIOLA, *Degli atti dello stato civile*, cit., p. 5.

⁶⁷ Così P. RESCIGNO, *Situazione e status nell'esperienza del diritto*, cit., p. 218, a proposito del fondamentale saggio di A. CICU, *Il concetto di status*, cit., p. 181 ss.

⁶⁸ A. CICU, *Il concetto di status*, cit., p. 181.

che vedremo può altrimenti coincidere con l'affettività e la libera assunzione della responsabilità genitoriale.

L'istituto del divorzio, la diffusa esperienza delle filiazione fuori o prima del matrimonio, come quella delle seconde nozze, dimostrano all'evidenza sociale che si è genitori e figli – di regola – per sempre, pur non essendo più o non essendo mai stati coniugi, e talvolta neppure conviventi.

Dell'evoluzione sociale è specchio il graduale e progressivo processo evolutivo del diritto della filiazione⁶⁹, segnato originariamente dalla prevalenza, nell'equilibrio segnato nell'art. 30 Cost.⁷⁰, della tutela della famiglia

⁶⁹ M. SESTA, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Famiglia e diritto* 2013, p. 231 ss.

⁷⁰ Sull'opportunità di rintracciare negli art. 29 e 30 Cost. il fondamento della garanzia di pari trattamento dei figli matrimoniali e non matrimoniali, si registrano opinioni discordi: secondo V. BARBA, *La successione mortis causa dei figli naturali, naturali dal 1942 al disegno di legge recante "Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali"*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2012, p. 646, la permanenza dell'ultimo inciso del terzo comma dell'art. 30 Cost. serve, in ossequio al principio espresso nell'art. 29, a «mantenere su due piani distinti i così detti figli legittimi e i figli nati fuori del matrimonio», e, *ivi*, p. 653, «l'art. 29 e l'art. 30 di certo sono stati e sono, ancora, gli acerrimi nemici dei figli naturali e della famiglia fondata sull'*affectio familiaris*, ma non anche sul matrimonio quale atto». Cfr. anche, a proposito della «ineliminabile disuguaglianza» tra i figli naturali e incestuosi e quelli nati in matrimonio, S. LENER, *La filiazione fuori del matrimonio nel disegno di legge approvato dalla Camera dei deputati*, in *La civiltà cattolica*, 1972, p. 228 ss. Da tale disuguaglianza deriva, secondo l'A., la sostanziale distinzione tra il diritto di mantenimento, educazione e istruzione di cui all'art. 279 e il dovere di mantenimento, educazione e istruzione sancito nell'art. 30 Cost., posto che «il primo ha mera natura patrimoniale, e nulla ha, per sé o necessariamente, a che vedere col rapporto giuridico di paternità o maternità naturale» (*ivi*, p. 235). Ritengono, invece, che la norma si riferisca al solo «vincolo biologico e naturalistico della procreazione, e che quindi non vi sia spazio per diverse regole giuridiche riferite a figli legittimi e naturali – riconosciuti e non – in dipendenza di meri aspetti giuridico-formali», *ex multis*, M. SESTA, *La filiazione*, in T. AULETTA (cur.), *Filiazione, adozione, alimenti*, nel *Tratt. dir. priv.* diretto da M. BESSONE, IV, Torino, 2011, p. 3 ss.; A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 554 ss.; P. RESCIGNO, *La tutela dei figli nati fuori del matrimonio (1966)*, in *Matrimonio e famiglia, cinquant'anni del diritto italiano*, Torino, 2000, p. 77 ss.; R. BIANCHI D'ESPINOSA, *La tutela giuridica dei figli nati fuori del matrimonio e principi di diritto costituzionale*, in *Jus*, 1964, p. 479 ss., e in *La tutela giuridica dei figli nati fuori del matrimonio*, Atti del Convegno di studio svoltosi a Milano, 28-30 settembre 1964, Milano, 1966, p. 64 ss.; R. NICOLÒ, *La filiazione illegittima nel quadro dell'art. 30 della Costituzione*, in *Democrazia e diritto*, 1960, p. 126 ss.; M. GIORGIANNI, *Problemi attuali del diritto familiare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, p. 749 ss.

fondata sul matrimonio, presidiata in quanto gruppo portatore di valori riassunti nella formula dell'unità familiare⁷¹, cui corrispondeva la pienezza dello *status* dei nati in costanza di matrimonio, e confluito infine nell'esaltazione dell'interesse del figlio⁷². Formula, questa, con cui si suole riassumere il complesso dei suoi diritti fondamentali, presidiati a prescindere dal loro svolgersi o meno in quell'ambito familiare, che può non esistere più perché il vincolo matrimoniale si è sciolto – sostanzialmente – per decisione dei coniugi, oppure può mancare *ab origine* di riconoscimento giuridico per volontà dei conviventi, e perfino del riconoscimento sociale, com'è in tutti i casi di procreazione per effetto di rapporti occasionali o di fecondazione artificiale della persona *single*, ottenuta fuori del territorio nazionale⁷³.

⁷¹ Il concetto vive una rinnovata vitalità con riferimento al ricongiungimento familiare: cfr. L. TRIA, *Il diritto all'unità familiare degli stranieri e degli apolidi nell'Unione europea ed in Italia: una prospettiva di sintesi*, in www.europeanrights.eu, 2012; P. FRANCO, *Sul diritto all'unità familiare nel diritto europeo e nel diritto italiano*, in *Dir. famiglia e delle persone*, 2007, p. 522 ss.; G. SIRIANNI, *Il diritto degli stranieri alla unità familiare*, Milano, 2006; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Il diritto all'unità familiare in Europa tra "allargamento" dei confini e "restringimento dei diritti"*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2004, p. 63 ss.

⁷² Cfr., nell'applicazione dell'identico principio enunciato dal dodicesimo Considerando del Reg. n. 2201/2003, B. ANCEL, H. MUIR WATT, *L'intérêt supérieur de l'enfant dans le concert des juridictions: Le Règlement de Bruxelles II bis*, in *Revue critique du droit international privé*, 2005, p. 569 ss., e F.R. FANTETTI, *Il principio del reciproco riconoscimento delle decisioni tra Stati membri e l'interesse superiore del minore*, in *Famiglia, Persone e Successioni*, 2010, p. 97 ss., in commento a Corte di giustizia del 23 dicembre 2009, C-403/09, in materia di affidamento, trasferimento illecito, interesse del minore e conflitto di competenza. Sullo stesso tema Corte di giustizia 15 luglio 2010, C-256/09, e Corte di giustizia 5 ottobre 2010, causa C-400/10, su cui. L. IDOT, *Reglement «Bruxelles II bis»: Déplacement illicite d'enfant et reconnaissance d'une décision de mesures provisoires*, in *Europe*, 2010, p. 42 ss., e M. IUS, *Il provvedimento cautelare per l'affidamento dei figli ottenuto da un genitore in un Paese dell'Unione Europea non può essere riconosciuto in un altro Paese membro*, in *Lo stato civile italiano*, 2010, p. 25 ss.; A. JANNARELLI, N. SCANNICCHIO, *Opposizione a una decisione certificata di ritorno del minore nello Stato d'origine*, in *Giur. it.*, 2011, p. 273 ss. V. anche D. DE MEO, *La tutela giuridica del minore e del suo interesse nella cultura giuridica italiana ed europea*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2012, p. 461 ss. Con riferimento alla C.E.D.U. cfr. M. M. RUO, *"The best interest of the child" nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Minori e Giustizia*, 2011, p. 39 ss.; L. TOMASI, *Famiglia e standard internazionali di protezione dei diritti fondamentali, con particolare riguardo alla CEDU*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2010, p. 427 ss.

⁷³ Cfr., testualmente, C. GRASSETTI, *I principi costituzionali relativi al diritto familiare*, in P. CALAMANDREI, A. LEVI, *Commento sistematico alla Costituzione italiana*, Firenze, 1950, I, p. 286 «i

Aggettivazioni dell'interesse medesimo si ritrovano nella legislazione come nell'interpretazione: diritto alla bigenitorialità, all'affettività familiare e parentale, alla serenità, al libero sviluppo.

Le tappe fondamentali di questa evoluzione prendono le mosse dall'irricognoscibilità della filiazione adulterina, per ragioni di ordine pubblico, di cui si notava la caratteristica di fondamento e limite anche temporale⁷⁴, fermo

costumi sono più forti del diritto», tanto che, secondo E. LAMARQUE, *Art. 30*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, p. 627, ove manchi uno specifico intervento riformatore del legislatore, l'evoluzione della coscienza sociale tende ad imporsi sulle previsioni normative di diritto positivo, dando luogo ad interpretazioni creative ed innovative che, seppur distanti da quelle originarie, hanno lo scopo di dare corpo alla mutata realtà sociale e culturale. Così anche Corte Cost. 25 febbraio 1988, n. 211, in *Le Regioni*, 1988, p. 764 ss., con nota di M. SICA: «Il senso delle disposizioni si evolve con il tempo a causa delle modificazioni introdotte nell'ordinamento normativo complessivo in cui sono inserite e del divenire storico della società in cui quelle sono applicate». Segnalava il mutamento dei costumi come fattore determinante per l'evoluzione del diritto positivo anche R. NICOLÒ, *Osservazioni generali*, in *La riforma del diritto di famiglia. Atti del II convegno di Venezia, 11-12 marzo 1972*, Padova, 1972, p. 203 ss., su cui si legga, nella prospettiva dell'apertura dei nuovi orizzonti cui approda la novella in commento, M. SESTA, *La parità dei figli nell'opera di Rosario Nicolò*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, p. 141 ss. In termini critici M. COSTANZA, *A margine della riforma della filiazione*, cit., p. 125, ritiene che «la nuova disciplina della filiazione appoggia il fenomeno sociale, oggi piuttosto diffuso, delle relazioni parafamiliari, perché pure in assenza del matrimonio si delinea secondo il modello dell'unione familiare fondata sul vincolo matrimoniale, come traspare dalla lettura dell'art. 315 *bis* c.c., la definizione di diritti e di doveri di genitori e di figli che soltanto nell'ambito di gruppo coeso e stabile possono realmente attuarsi». V. anche P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Cittadinanza europea, libertà di circolazione e famiglie senza matrimonio*, in *Famiglia e diritto*, 2010, p. 849 ss.; S. PATTI, *Il «principio famiglia» e la formazione del diritto europeo della famiglia*, in *Famiglia*, 2006, p. 529 ss.; V. SCALISI, *La «famiglia» e «famiglie» in Europa*, cit., p. 7 ss.

⁷⁴ A.C. JEMOLO, *Volontarietà della dichiarazione di paternità*, in *Foro it.*, 1940, I, c. 9, in commento agli artt. 189 e 190 c.c.: «dovere etico di riconoscere i figli; limite al diritto corrispondente che logicamente dovrebbe nascere nei figli, imposto da considerazioni di interesse generale, timore di scandali o di ricatti; venir meno del limite allorché siano venute meno quelle ragioni, o per essersi lo scandalo già prodotto o perché voler celare lo scandalo ad ogni costo sarebbe male politico più grave dello scandalo stesso». Al dovere etico non corrisponde tuttavia un dovere giuridico, come non manca di notare P. UBALDI, *Il riconoscimento del figlio naturale*, in G. COLLURA, L. LENTI, M. MANTOVANI (cur.), *Filiazione*, cit., p. 334 ss., ove anche un richiamo all'automatismo nell'accertamento della maternità previsto dalla Convenzione di Bruxelles del 12 settembre 1962, cit.

il principio etico dell'obbligo di riconoscere i figli. L'attuazione dei principi dettati dagli art. 30 e 31 Cost. aprì quindi la strada alla riconoscibilità quasi piena della filiazione naturale, nonostante il vincolo matrimoniale, e, passando anche attraverso la riforma dell'adozione legittimante, si giunge ad ammettere la costituzione dello *status* nei confronti del *partner* che abbia consentito all'inseminazione eterologa in spregio al divieto di legge e per la previsione di decadenza dall'azione di disconoscimento, approdando infine alla riforma dettata con l. 219 del 2012 alla parificazione sostanziale del contenuto di situazioni soggettive prima distinte in filiazione legittima e naturale, ed il definitivo superamento della residua irricognoscibilità della filiazione incestuosa.

Lo *status* di figlio ha assunto in tal guisa significato unitario e fondante una rete di rapporti che vede, al centro ed al vertice, il soggetto della cui generazione si tratta, non necessariamente solo nei limiti della sua minore età, del che è conferma la enunciazione, nella sede più opportuna dell'art. 315 *bis* c.c., del principio secondo cui «il figlio ha diritto di essere mantenuto, educato, istruito ed assistito moralmente dai genitori, nel rispetto delle sue capacità, delle sue inclinazioni naturali e delle sue aspirazioni».

Appare, infine, non ulteriormente procrastinabile l'approfondimento del concetto di stato della persona, non ultimo allo scopo di verificare se l'eventuale emergenza di nuovi *status* socialmente tipizzati come dotati di proprie caratteristiche peculiari, possano o debbano, in ipotesi, consigliare o imporre l'integrazione delle norme di diritto pubblico che regolano gli atti ed i registri di stato civile.

Una celebre tesi di matrice anglosassone ha visto nel passaggio dallo *status* al contratto lo sviluppo della cultura, non solo giuridica, in particolare con riferimento all'organizzazione familiare⁷⁵.

⁷⁵ H.S. MAINE, *Ancient Law*, cit., p. 164: «The word Status may be usefully employed to construct a formula expressing the law of progress thus indicated which, whatever be its value, seems to me to be sufficiently ascertained. All the forms of Status taken notice of in the Law of Persons were derived from, and to some extent are still colored by, the powers and privileges anciently residing in the Family. If then we employ Status, agreeably with the usage of the best writers, to signify these personal conditions only, and avoid applying the term to such conditions as are the immediate or remote result of agreement, we may say that the movement of the progressive societies has hitherto been a movement from Status to Contract».

Dallo studio comparato dei diritti dell'antichità lo storico britannico trae la convinzione dell'esistenza di un cammino graduale della società tutta da gruppi familiari, essenzialmente patriarcali, verso forme più complesse di organizzazione gentilizia, fino alla costituzione dello Stato, percorso segnato dall'impronta familiare, riconoscibile in tutti i settori del diritto⁷⁶, e descrivibile in termini di progresso da una condizione personale di «dipendenza dalla famiglia», retta dai comandi dispotici del *pater*, fonti di diritti e obblighi, alla nascita di obbligazioni giuridiche, frutto di libero accordo.

In questo senso, il contratto diventa principio fondante e regolatore delle relazioni intersoggettive, tanto che può dirsi, testualmente, che «l'unità sociale nella società antica era la famiglia, nella società moderna è l'individuo»⁷⁷.

Al dispotismo del *pater* ed alla subordinazione dei *filii familias* si sostituisce la libertà di contratto, l'autorità della legge e dei tribunali; alla staticità dei rapporti di stato, determinati per sempre dalla posizione dell'individuo rispetto alla famiglia, al clan, al ceto o alla casta, si sostituisce la temporaneità la tendenziale modificabilità dei rapporti contrattuali; all'autorità della famiglia si sostituisce la centralità, nel diritto civile, dell'individuo.

La tesi, pur variamente criticata⁷⁸, è da varie parti assunta a fondamento per giustificare l'introduzione di una disciplina legale delle unioni c.d. civili, fondate sull'accordo delle parti, che reclamano una regolamentazione più o meno ampia, per esigenze di certezza dei rapporti giuridici⁷⁹ o, in termini

⁷⁶ H.S. MAINE, *Ancient Law*, cit., p. 71.

⁷⁷ S. MAINE, *Ancient Law*, cit., 74. Cfr. B. SMITH, *Maine's Concept of Progress*, in *Journal of the History of Ideas*, 1963, p. 407 ss.; G. D'AMELIO, *Capacità e status delle persone*, in S. RODOTÀ, *Il diritto privato nella società moderna*, cit., p. 133 ss.; P. GROSSI, *Una testimonianza provocante: Henry Sumner Maine*, in ID., *Un altro modo di possedere. L'emergenza di forme alternative di proprietà nella coscienza giuridica postunitaria*, Milano, 1977, p. 43 ss.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Sir Henry Maine e l'Ancient Law*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 1981, p. 83 ss.; G. ALPA, *Sociologia del contratto: nuove idee, vecchi schemi*, in *Sociologia del diritto*, XI, 1984, p. 7 ss.; ID., *La rinascita dello status*, in *Materiali storia cultura giuridica*, 1992, p. 435 ss.; E. ROPPO, *Il contratto*, in G. IUDICA, P. ZATTI, *Trattato di diritto privato*, Milano, 2001, p. 60 ss.; M. PICCININI, *Tra legge e contratto. Una rilettura di Ancient Law di Henry S. Maine*, Milano, 2003; A. LA TORRE, *Cinquant'anni col diritto*, I, *Diritto civile*, Milano, 2008, p. 181 ss.; M. GIORGIANNI, *Principi generali sui contratti e tutela dei consumatori in Italia e in Germania*, Milano, 2009, p. 285.

⁷⁸ V. *supra*, nota 6.

⁷⁹ D. MESSINETTI, *Diritti della famiglia e identità della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 149,

meno pacifici, di ordine pubblico, sulle quali il panorama normativo moderno è quantomai variegato, pur nella stessa Unione Europea, con indubitabili crisi di coordinamento delle legislazioni nazionali in funzione del godimento del diritto di libera circolazione dei cittadini comunitari, ma non solo⁸⁰.

Si segnala, in contrario, un ampio movimento di ritorno dal contratto allo *status*, realizzato attraverso la disciplina di favore per i soggetti variamente definibili «deboli», dallo Stato liberale a quello assistenziale⁸¹, in cui «gli *status* diffusamente rivivono, o nascono in forme nuove, nella misura in cui il bisogno individuale di sicurezza prevale sull'astratta tensione alla libertà».

Non mancano opinioni che sostengono l'esistenza di *status* personali che prescindono dall'inserimento in un gruppo sociale riconosciuto come famiglia, come nel caso della filiazione riconosciuta o dichiarata giudizialmente⁸², fino a sostenere l'esistenza di un unico *status filiationis*, pur nella differenza dei sistemi di accertamento della filiazione⁸³.

La constatazione dell'esistenza di un ampio e variegato catalogo di situazioni soggettive che ricevono discipline di «diritto singolare» in ossequio al canone costituzionale di pari trattamento, che impone la rimozione degli

per l'auspicio che «i rapporti interpersonali valgano per il diritto indipendentemente dalla loro istituzionalizzazione e formalizzazione».

⁸⁰ Cfr. S. PATTI, *La famiglia*, in S.G. PANUZIO (cur.), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005, p. 495 ss.; A. BELLIA, *Federalismo e matrimonio omosessuale nell'Unione Europea: una prospettiva americana*, in *Quaderni costituzionali*, 2009, p. 131 ss.; K. BOELE-WOELKI, A. FUCHS (eds.), *Legal Recognition of Same-Sex Couples in Europe*, Oxford, 2003; V. COLCELLI, *Le situazioni giuridiche soggettive nel sistema C.E.D.U.*, Perugia, 2010, *passim*; M.G. CUBEDDU, *Verso principi generali uniformi degli atti della persona (e della famiglia)*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, p. 29 ss., a proposito del mutamento delle fattispecie e dei concetti del diritto di famiglia determinato dalle fonti dell'Unione Europea, e delle sue ripercussioni sul diritto interno; M.M. WINKLER, *I matrimoni same sex di fronte alla Corte di Cassazione*, in *Int'lis*, 2012, p. 7 ss.; B. PEZZINI, *Un paradigma incrinato: la faticosa rielaborazione di categorie concettuali tra le sentenze della Corte costituzionale 138/2010 e della Corte di cassazione 4184/2012*, in *Quaderni costituzionali*, 2012.

⁸¹ P. RESCIGNO, *Diritto privato futuro*, in *Rass. dir. civ.*, 1992, p. 740 ss.; Id., *Situazione e status nell'esperienza del diritto*, cit., 222; G. ALPA, *Status e capacità*, cit., 37.

⁸² P. RESCIGNO, *Status. I) Teoria generale*, in *Enc. giur.*, XXX, Roma, 1993, 4; Id., *Status e capacità. I mobili confini dell'autonomia privata*, cit., p. 15 ss.

⁸³ G. FERRANDO, *La filiazione naturale e la legittimazione*, in *Tratt. Dir. Priv. Rescigno*, IV, t. 3, Padova, 1997, II ed., p. 131 ss.; G. BONILINI, *Lo status o gli status di filiazione*, cit., p. 11 ss.; M. SESTA, *Diritto di famiglia*, Padova, 2005, II ed., p. 431 ss.

ostacoli che di fatto si frappongono all'eguaglianza, si è sostenuta l'inutilità del ricorso alla nozione di *status*, «al fine di spiegare ragioni ed operatività nel sistema delle deroghe sempre più frequentemente poste all'operatività dell'eguaglianza formale, essendo una ovvia conseguenza del rilievo sostanziale che assume la persona umana nell'ordinamento di un moderno Stato sociale»⁸⁴.

La legislazione nazionale e, con maggiore evidenza, quella di derivazione comunitaria⁸⁵ paiono, al contrario, usare con larghezza tale nozione, senza peraltro definirla, per tracciare appunto aree di diritto singolare, a protezione di condizioni personali non risultanti dai registri dello stato civile, ma per così dire «occulti, i “diversi”, i sieropositivi, i conviventi *more uxorio*, che rappresentano ancora oggi una forma di ghettizzazione di gruppi di concetti della società civile»⁸⁶.

⁸⁴ F. PROSPERI, *Rilevanza della persona e nozione di status*, in *Rass. dir. cin.*, 1997, p. 810 ss.

⁸⁵ Cfr. M. REVILLARD, *Pratique de droit international privé de la famille en Italie et en France: perspectives de communautarisation*, in G. VENTURINI, S. BARIATTI (cur.), *Liber Fausto Pocar, Nuovi strumenti del diritto internazionale privato*, Milano, 2009, p. 849 ss.; R. BARATTA, *Problematic elements of an implicit rule providing for mutual recognition of personal and family status in the EC*, in *IPRax*, 2007, p. 4 ss.; N. DETHLOFF, *Familien und Erbrecht zwischen nationaler Rechtskultur, Vergemeinschaftung und Internationalität-Perspektiven für die Forschung*, in *Zeup*, 2007, p. 992 ss.; F. MORO, *Observations sur la communautarisation du droit de la famille*, in *Rivista dir. internazionale privato e processuale*, 2007, p. 675 ss.; C. MCGLYNN, *Families and the European Union. Law, politics and pluralism*, Cambridge, 2006; J. MEUSSEN, *International family law for the EU*, Antwerp-Oxford-New York, 2007; K. BOELE-WOELKI, D. MARTINY, *Prinzipien zum Europäischen Familienrecht betreffend Ehescheidung und nachehelicher Unterhalt*, in *Zeup*, 2006, p. 6 ss.; B. STARK, *International family law: an introduction*, Aldershot, 2005; M. COSTA, *A intervenção da Uniao Europeia na harmonização do direito da família - L'intervento dell'Unione Europea per l'armonizzazione del diritto di famiglia*, in *Famiglia*, 2006, p. 125 ss.; M. R. MARELLA, *L'armonizzazione del diritto di famiglia in Europa. Metodo e obiettivi*, in S.P. PANUZIO (cur.), *I diritti fondamentali e le corti in Europa*, Napoli, 2005, p. 513 ss.; D. MARTINY, *Is unification of family law feasible or even desirable?*, in A. HARTKAMP (cur.), *Towards a European civil code*, Nijmegen, 2004, p. 307 ss.; P. MENGOLZI, *I problemi giuridici della famiglia a fronte del processo di integrazione europea*, in *Famiglia e diritto*, 2004, p. 643 ss.

⁸⁶ E. LA ROSA, *Minore età e soggettività*, in R. TOMASSINI, *Soggetti e ordinamento giuridico*, Torino, 2000, p. 13; secondo V. SCALISI, *Lo status di figlio legittimo da adozione*, in *Id.*, *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno*, Milano, 2005, p. 382, «la rielaborazione teorica segnala come caratteristico del nostro tempo il ritorno allo *status* quale indice di inversione di tendenza rispetto al processo storico... che aveva menato dallo *status* al contratto». Cfr. anche N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1999, p. 41; G. BONILINI, *Lo status*

È fuori di dubbio, in particolare, che «la famiglia è costituita da *status*, ma la definizione di *status*, quale rapporto organico tra il membro e il gruppo sociale di appartenenza, è astratta se non si ha riguardo ai rapporti organici tra i suoi membri, che definiscono i diversi *status* di coniuge, di figlio, ecc.»⁸⁷: se non si pone in luce l'essenzialità dell'elemento affettivo⁸⁸, che realizza la coincidenza dell'interesse dell'individuo con quello del gruppo familiare, non si può giustificare il fatto che il rapporto organico possa venir meno quando viene a mancare l'elemento affettivo, per lo scioglimento del vincolo matrimoniale, attraverso il divorzio o la dichiarazione di nullità, o in ogni caso di contestazione degli *status* familiari.

Non si spiegherebbe, altrimenti, l'iscrizione nei registri di stato civile della sentenza di scioglimento del vincolo, ai sensi dell'art. 10 della l. 1° dicembre 1970, n. 898⁸⁹, o di quelle che chiudono, con giudicato affermativo o negativo, i processi di contestazione, stabilendo «chi va con chi»⁹⁰, per consentire l'affermazione del vincolo affettivo, basato su quello di sangue, ovvero per consentire l'accertamento della verità affettiva oltre che di quella biologica.

Si tratta, in definitiva, di giudicati che rimuovono quel rapporto organico tra individuo e famiglia che dovrebbe costituire lo *status*, inteso come posizione del soggetto rispetto alla comunità necessaria familiare.

o gli *status di filiazione?*, cit., spec. p. 687, trattando della condizione dei figli nati da unioni matrimoniali e non, auspica, citando G. ALPA, *Status e capacità*, cit., p. 206, una «eguaglianza nella differenza», secondo l'ideale della «varietà nell'unità». Di «interrelazioni continue tra i due *status*» discute A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 242.

⁸⁷ A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 257.

⁸⁸ G. ALPA, *I principi generali*, cit., p. 239, sull'ambizione dell'ordinamento di ricondurre al concetto di *status* rapporti fondati su affetti, complicità, speranze, contrasti e contrapposizioni.

⁸⁹ Norma che discute, impropriamente, di annotazione, come rilevato da L. FERRI, *Degli atti dello stato civile*, cit., p. 8, con riferimento alla disciplina della trascrizione della sentenza di annullamento di matrimonio e della dispensa dal matrimonio rato e non consumato, che realizza appunto uno scioglimento del vincolo.

⁹⁰ A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 259.

7. — *Elementi costitutivi dello stato civile della persona.*

Nella dottrina francese si segnala una concezione di stato civile in senso stretto, che ne evidenzia la funzione di classificazione, identificazione o individualizzazione delle persone, qualificandolo come la sintesi delle qualità che permettono di distinguere una persona in seno alla famiglia o alla società⁹¹. Inteso, invece, in senso ampio, stato civile è sinonimo di situazione giuridica della persona⁹², compendio delle condizioni personali cui l'ordinamento riconnette effetti giuridici⁹³.

Dall'accoglimento dell'una o dell'altra tesi derivano incertezze circa gli elementi costitutivi dello stato: se non vi è luogo a discutere su nome, cittadinanza, condizione familiare, sesso, lo stesso non può dirsi per la professione, la capacità, le convinzioni religiose⁹⁴.

⁹¹ J. MESTRE, *Note sous* Cass. Crim., 19 avril 1980, in *Dalloz*, 1981, 68, n. 10 : «la définition stricte est celle la plus généralement présentée. L'état des personnes y évoque l'idée de classement. Les règles le déterminant assignent à chacun sa place dans la société civile». La Cassazione aveva riformato la sentenza di merito con cui la Cour d'appel di Nouméa aveva statuito che lo stato delle persone «englobe uniquement les règles relative à l'identification individuelles de celles-ci – nom, domicile, état civil – et à leur relation de famille – mariage, filiation». G. CORNU, *Les personnes*, Montchrestien, 2007, 84, n.37: «Divers, ces éléments assument tous la même fonction générale: (...) il concurrent à individualiser chaque personne dans la société ; ils constituent au sens large du terme, des facteurs d'identification civile»; F. TERRÉ, D. FENOUILLET, *Les personnes, la famille, les incapacités*, VII ed., Paris, 2005, n. 122.

⁹² F. LAROCHE-GISSEROT, *Les personnes*, in H. e L. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, I, 2, 8 ed., Monchrestien, 1997, n. 462 : «l'état de la personne fixe son identité juridique»; così anche Cass. Crim., 19 avril 1980, cit.

⁹³ R. SAVATIER, *Les personnes*, in M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, I, Paris, 1952, n. 13 : «on appelle état d'une personne certaines qualités que la loi prend en considération pour y attacher des effets juridiques»; M. GOBERT, *Réflexion sur les sources du droit et les principes d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes (à propos de la maternité de substitution)*, in *Rev. trim. droit civ.*, 1991, p. 519: «l'état d'une personne est sa situation juridique, son statut, sa condition juridique, qui peut englober l'ensemble des éléments auxquels la loi attache des effets de droit».

⁹⁴ In senso positivo si veda, ad esempio, J. CARBONNIER, *Note sous* Trib. Briançon, 6 janvier 1948, in *Dalloz*, 1948, jurispr., 580; *contra* R. SAVATIER, *Les personnes*, cit., n. 13, che esclude le condizioni personali legate alla professione ed alla religione.

Risale a Domat⁹⁵ la tesi che, sulla base del concetto romanistico di *status hominum*, lo intende come sintesi di «differenti qualità, come quella di libero e schiavo, padre e figlio, e altre, si cui si dice che sono lo stato delle persone. Ma non si vede cos'abbiano in comune queste qualità perché è si possa concepire un'idea giusta e precisa del carattere necessario in una qualità, per poter dire che essa riguardi o non lo stato di una persona». Con la conseguenza per cui l'unica conclusione a cui è possibile giungere è che «tutte le qualità hanno in comune il rendere le persone capaci o incapaci o di qualsiasi obbligazione, o di alcune, o delle successioni»⁹⁶, e si distinguono per il trarre origine dalla legge di natura o da quelle umane⁹⁷.

Ne costituisce prova l'evoluzione storica della formulazione del vigente art. 1 del codice civile italiano⁹⁸, che comprendeva un terzo comma, abro-

⁹⁵ J. DOMAT, *Le lois civiles dans leur ordre naturel*, vol. 1, Paris, 1679, p. 10; H.F. D'AGUES-SEAU, *Œuvres*, V, *Essai sur l'état des personnes*, Ayverdun, 1772, p. 416 s.

⁹⁶ J. DOMAT, *Le lois civiles dans leur ordre naturel*, loc. cit.; cfr. P. RESCIGNO, *Status*, cit., p. 2 s., per il quale *status* è «espedito logico e strumento pratico disponibile per creare o mantenere diseguaglianze e zone di diritto singolare», «formula verbale che riassume una normativa» traducendo in una condizione giuridica non precaria né discontinua la situazione di fatto che, nell'ambiente sociale, distingue un soggetto dagli altri per ragioni individuali o per l'appartenenza ad un gruppo.

⁹⁷ J. DOMAT, *Le lois civiles dans leur ordre naturel*, loc. cit., con riferimento alla distinzione tra i sessi, per legge di natura, e alla condizione di libertà o schiavitù, ovvero di nobiltà, per i privilegi derivanti dalle leggi umane.

⁹⁸ Su cui cfr. G. ALPA, *Status e capacità*, cit., p. 139 ss.; F. TREGGIARI, *Questione di stato. Codice civile e discriminazione razziale in una pagina di Francesco Santoro Passarelli*, in G. Diurni, P. Mari, F. TREGGIARI, *Per saturam. Studi per Severino Caprioli*, Spoleto, 2008, p. 821 ss., anche in B. MANTOVANI (cur.), *Il pensiero giuridico di Francesco Santoro Passarelli*, Torino, 2010, p. 17 ss. Notava F. SANTORO-PASSARELLI, *Lineamenti di Diritto civile. Persone fisiche*, Padova, 1940, p. 11 ss. che anche in ordinamenti evoluti come quello romano classico non ogni uomo era persona, per cui lo *status* non può essere inteso come somma dei poteri e doveri del soggetto, ma piuttosto come presupposto di una sfera di capacità, di una serie di poteri e doveri che possono cambiare per l'appartenenza a un certo gruppo sociale o politico. Sull'argomento si vedano almeno, tra gli altri, A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1935, p. 60 ss.; Id., *Capacità (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 10 ss.; D. MESSINETTI, *Personalità (diritti della)*, *ivi*, XXXIII, Milano, 1983, p. 358 ss.; P. STANZIONE, *Persona fisica*, in *Enc. Giur.*, XXIII, Roma, 1990; N. LIPARI, *Spunti problematici in tema di soggettività giuridica*, in *La civilistica italiana degli anni '50 tra crisi dogmatica e riforme legislative*, Padova, 1991, p. 55 ss.; C.M. BIANCA, G. PATTI, S. PATTI, *Lessico di diritto civile*, Milano, 1991, p. 730: «lo stato familiare è presupposto e titolo di una pluralità di

gato con r.d.l. 20 gennaio 1944 n. 25 e d. lgs. lt. 14 settembre 1944 n. 287, che riservava alle leggi speciali la previsione di limitazioni alla capacità delle persone, dipendenti dall'appartenenza a certe razze: avendo sostituito il concetto neutro e giuridico di capacità, ereditato dalla dogmatica tedesca, a quello naturale di uomo, utilizzato nel primo progetto del 1930⁹⁹, l'ordinamento mantiene coerenza anche quando ammette che non qualsiasi uomo possa essere titolare di diritti dal momento della sua nascita, e fino alla sua morte, per avere arricchito la soggettività con il godimento dei diritti civili e politici attraverso il concetto di capacità giuridica¹⁰⁰.

Il riferimento dello *status* ai diritti soggettivi dell'uomo, nella compagine statale o familiare, riecheggia nell'opinione, costante in giurisprudenza, per la quale deve ammettersi il ricorso straordinario per cassazione avverso i decreti emessi in sede di reclamo, in virtù del disposto dell'attuale comma 7 (in precedenza comma 2) dell'art. 111 Cost., attribuendo rilevanza alla sostanza piuttosto che alla forma del provvedimento, ogni volta che lo stesso incida su «posizioni di diritto soggettivo o di *status*», e abbia carattere di decisorietà e definitività¹⁰¹. Ma di *status* si discute, nell'accezione più ampia,

specifici diritti, poteri e doveri».

⁹⁹ V. anche F. GIARDINA, *La persona fisica*, in Id., *Diritto civile*, vol. 1.1, *Le fonti e i soggetti*, Milano, 2009, p. 271 ss.

¹⁰⁰ Cfr., per la connessione tra stato e capacità, e la considerazione dello *status* come «strumento per individuare soggetti e gruppi sociali con capacità diminuita o rifiutata», P. RESCIGNO, *Status*, cit., p. 2 ss.: «La finalità assoluta dagli *status* era quella di operare nel sistema giuridico la classificazione della società, rivelando, come si è detto da un giurista, l'esistenza di "gruppi precisamente definiti della comunità, ciascuno con diritti ed obblighi specifici attribuitigli dalla legge e con un aumento o diminuzione di capacità, che distingueva i membri di quei gruppi dalla situazione del cittadino normale, così come i componenti di un gruppo"». Il riferimento è a R. GRAYSON, *Status in the Common Law*, London, 1953, e a C. MAIORCA, *Istituzioni di diritto privato. Temi di ricerca. I, Personalità – Capacità – Status*, Torino, 1979.

¹⁰¹ Cass. Sez. unite, 9 dicembre 2008, n. 28873, in *Giust. civ. Mass.* 2008, 12, p. 1750; Cass. 22 ottobre 2010, n. 21718, in *Dir. famiglia* 2011, 2, p. 651 (s.m.), con nota di I. ZINGALES, in materia di provvedimenti adottati ex art. 709 ter c.p.c., per risolvere le controversie insorte in ordine all'esercizio della potestà; Cass. 24 maggio 2012, n. 8225, in *Diritto & Giustizia*, 25 maggio 2012, con nota di A.M. BASSO, sui procedimenti ex artt. 317 bis, 330, 333, 336, 342 bis e ter c.c., per i quali «si può ritenere che, nella specie, si tratti (anche) di controversia tra contrapposte posizioni di diritto soggettivo, sicuramente incidente sullo *status* genitoriale e della minore».

anche a proposito della condizione del chiamato all'eredità¹⁰², di quella del magistrato ordinario, a proposito dei procedimenti disciplinari e della garanzia di inamovibilità¹⁰³, e più in generale con riferimento alle qualità personali e professionali¹⁰⁴.

Così posto il nesso tra stato delle persone e capacità, che riecheggia in tante norme di diritto positivo¹⁰⁵, come profondamente riformato dalle rivoluzioni liberali ottocentesche, inciso dall'esperienza dei totalitarismi, riformato dalle Costituzioni moderne e profondamente innovato dal pluralismo delle fonti giuridiche dell'Unione Europea, la proclamata esistenza di un unico *status* di figlio, e la sopravvivenza di distinzioni fondate sulla nascita, vanno confrontate con le fonti interne, comunitarie ed internazionali che integrano la legge di ordinamento di stato civile, richiamata dall'art. 449 c.c., nella disciplina della tenuta dei registri di stato civile, per tutti gli aspetti che possono considerarsi afferenti allo stato ed alla capacità delle persone.

Il riferimento principale è all'art. 21, comma 1, della Carta Europea dei diritti fondamentali, da confrontare con dette disposizioni, attraverso il concetto di *status* inteso quale sintesi ideale di rapporti, formula verbale che

¹⁰² Da ultimo v. Cass. 11 giugno 2012, n. 9466, in *Red. Giust. cin. Mass.* 2012, p. 6; a proposito di tutela degli *status* ereditari cfr. S. STEFANELLI, *Tutela degli status*, in A. PALAZZO, *Trattato della successione e dei negozi successori, I, Categorie e specie della successione*, Torino, 2012, p. 32 ss., cui sia permesso il rinvio per i riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

¹⁰³ Cons. Stato 20 aprile 2012, n. 2355, in *Red. amm. CDS*, 2012, 4; TAR Lazio 11 aprile 2012, n. n. 3283, in *Red. amm. TAR*, 2012, p. 04

¹⁰⁴ Così Corte di Giustizia 11 settembre 2011, n. 155, in *Foro it.* 2011, IV, c. 429 ss., a proposito della retribuzione base e degli altri elementi collegati «allo *status* personale e professionale del pilota di linea».

¹⁰⁵ Si ricordino, senza pretesa di esaustività, l'art. 17 Disposizioni prel. al cod. civ.; l'art. 9 c.p.c.; l'art. 1 della Convenzione di Lugano concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, del 16 settembre 1988; l'art. 2 della Convenzione de L'Aja sugli accordi di scelta del foro, del 30 giugno 2005; l'art. 1 del Regolamento Roma 1, Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008; l'art. 3 d.d.l. n.2805, contenente disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali, nel testo proposto all'esame del Senato della Repubblica il 14 maggio 2012, non trasfuso nel testo approvato il 16 maggio 2012, dal quale sono state espunte le disposizioni relative, appunto, all'istituzione di sezioni specializzate per le controversie in materia di persone e famiglia; l'art. 34 della Costituzione francese e gli artt. 3, 108, 2060 del Code Civil.

riassume una normativa, «espedito logico e strumento pratico disponibile per creare o mantenere diseguglianze e zone di diritti singolari»¹⁰⁶: tanto si verifica per gli *status* di figlio matrimoniale e non matrimoniale con riguardo alla costituzione ed alla rimozione dello *status* medesimo, mentre sembrano superate le differenze afferenti al rapporto di filiazione, ossia al complesso delle posizioni giuridiche attive e passive riconducibili al figlio, che prima della riforma si riducevano al diritto di commutazione ed alla (discussa) esclusione della parentela naturale¹⁰⁷.

In prima approssimazione, si tratta di disposizioni riferibili a condizioni familiari, alla cittadinanza, al nome, al genere, alla residenza, e ad altre vicende della vita aventi rilevanza giuridica. Non sono trascritte nei registri dello stato civile le vicende relative ad altre condizioni personali, definibili in termini di *status* di protezione¹⁰⁸, di consumatore, lavoratore, rifugiato, di protezione sussidiaria o umanitaria¹⁰⁹.

¹⁰⁶ P. RESCIGNO, *Status, I), Teoria generale*, cit., p. 3.

¹⁰⁷ Nota G. BONILINI, *Lo status o gli status di filiazione*, cit., p. 15 s., come già il disposto delle norme affidate all'art. 155, comma 1, c.c. e all'art. 4, capoverso, della legge 54 del 2006 sull'affidamento condiviso accreditasse il riconoscimento giuridico della parentela naturale. Si vedano, per i riflessi del «nuovo concetto di parentela» sulla disciplina ereditaria, A. MAGNANI, *Il principio di unicità dello stato giuridico di figlio. Il nuovo concetto di parentela. Riflessi successori*, in *Riv. notariato*, 2013, p. 629 ss., ma anche V. BARBA, *La successione mortis causa dei figli naturali dal 1942 al disegno di legge recante «Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali»*, cit., p. 645 ss.

¹⁰⁸ G. ALPA, *I principi generali*, in *Tratt. Dir. Priv.* diretto da G. IUDICA, P. ZATTI, Milano, 1993, p. 239, in contrapposizione agli *status* di privilegio o subordinazione del diritto medioevale; S. SILVERIO, *Qualche appunto sugli status*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 30 dicembre 2012, www.forumcostituzionale.it. Discute, invece, di «diritti di protezione sociale, autonomamente connessi alla condizione di cittadino dell'Unione, non allo *status* unzionale di soggetto del mercato comune», E. TRIGGIANI, *Cittadinanza dell'Unione e integrazione attraverso i diritti*, in L. MOCCIA, *Diritti fondamentali e Cittadinanza dell'Unione Europea*, Milano, 2010, p. 147.

¹⁰⁹ Cfr. Convenzione ONU di Ginevra del 28 luglio 1951, relativa allo *status* dei rifugiati, ratificata dall'Italia con l. 28 luglio 1954, n. 722; art. 78 TFUE, su cui E. BENEDETTI, *Il diritto d'asilo e la protezione dei rifugiati nell'ordinamento comunitario dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, Torino, 2010, p. 175; art. 32 D.Lgs. 25/2008, art. 5, c. 6, D.Lgs. n. 286/1998; Direttiva 2004/83CE Direttiva. 2005/85/CE. Cfr. Ministero dell'Interno, *Il Regolamento dello Stato Civile: Guida all'Applicazione*, Roma, 2011, p. 110: «Nell'ipotesi in cui lo straniero "rifugiato",

8. — *Stato e capacità delle persone: quale tutela per i diritti fondamentali dei figli?*

Il nucleo dell'idea generale di *status* si forma nel periodo rinascimentale del diritto civile quando Donello e Duareno nel commento al *De statu hominum* del titolo V, libro I del Digesto guardano al suo contenuto costituito dai diritti e dai doveri dell'individuo¹¹⁰; superato il concetto di *status libertatis*, posto che tutti gli individui ne sono investiti, ridimensionato quello *civitatis*, per l'equiparazione dei diritti fondamentali di cittadini e stranieri, fatta eccezione per i diritti politici, e posto l'acquisto della capacità giuridica per effetto della nascita, prescindendo dallo *status familiae*, autorevole dottrina è giunta, nel secolo scorso, a concludere che «stato e capacità sono invero concetti distinti. La capacità non implica di per sé attualità di rapporti e funzioni, come lo *status*, ma solo attitudine ad assumere la titolarità di diritti, doveri»; «la capacità è, per così dire, vuota e indeterminata, lo stato è concreto e determinato. Per questo non si potrebbe neppure sostenere che lo stato è un aspetto o un frammento della capacità giuridica. Si tratta di fenomeni la cui differenza non risiede solo nell'estensione o nella qualità», né tantomeno può dirsi che lo stato sia il presupposto di una sfera di capacità¹¹¹.

L'osservatorio delle fonti internazionali consente di allargare lo sguardo alle interrelazioni tra stato e capacità delle persone, intendendo il primo in senso cosmopolita e svincolato dallo *status civitatis*: diritti fondamentali, tutela dell'ambiente e diritti sociali vanno riconosciuti a tutte le persone, in condizioni di parità, con interventi positivi imposti non solo allo Stato di

domiciliato o residente nel territorio italiano, intenda contrarre matrimonio in Italia, si ritiene che la situazione di rifugiato, la quale deve essere certificata dall'Alto Commissariato per i rifugiati dell'ONU, fa venir meno l'obbligo della presentazione del nulla osta prescritto dall'art. 116 del codice civile. In tal caso l'ufficiale dello stato civile deve verificare, secondo la legge italiana, l'insussistenza di impedimenti alla celebrazione del matrimonio sulla base dei documenti prodotti e delle dichiarazioni rese dagli sposi e procedere poi ad effettuare le pubblicazioni di rito».

¹¹⁰ F. DUARENUS, *Opera omnia*, tomus I, Francofurti, 1592, in *Tit. V, lib. I Pand.*, p. 10; H. DONNELLUS, *Opera omnia. Commentarium de iure civili*, tomus I, Lucae, 1762, *lib. II, cap. IX*, pp. 231-232, come citati in P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza europea*, vol. 1, *Dalla civiltà comunale al settecento*, Roma-Bari, 1999, p. 597.

¹¹¹ L. FERRI, *Atti dello stato civile*, cit., pp. 25 e 26, nota 4.

cittadinanza ma anche a quello in cui la persona legittimamente soggiorni.

Si veda la decisione della Corte di Giustizia dell'Unione¹¹² in materia di *status* dei cittadini di Paesi terzi soggiornanti di lungo periodo, diritto alla parità di trattamento per quanto riguarda la previdenza sociale, l'assistenza sociale e la protezione sociale, che ha ritenuto che l'articolo 11, paragrafo 1, lettera d), della direttiva 2003/109/CE del Consiglio, del 25 novembre 2003, debba essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale o regionale la quale, per quanto riguarda la concessione di un sussidio per l'alloggio, riservi ad un cittadino di un Paese terzo, beneficiario dello *status* di soggiornante di lungo periodo conferito conformemente alle disposizioni di detta direttiva, un trattamento diverso da quello riservato ai cittadini nazionali residenti nella medesima provincia o regione nell'ambito della distribuzione dei fondi destinati al sussidio summenzionato, a condizione che tale sussidio rientri in una delle tre categorie contemplate dalla disposizione sopra citata, in deroga al principio della parità di trattamento per le misure di cui al paragrafo 4 del medesimo articolo 11.

La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, artt. 13 e 15, il Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, adottato a New York il 16 dicembre 1968, art. 12, primo comma, e art. 13, il Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociale e culturali adottato a New York il 6 dicembre 1968, art. 14 e 16, la Dichiarazione sull'ambiente umano del 16 giugno 1972, art. 1 e 2, «sembrano segnare le interrelazioni tra la capacità di vita che dev'essere assicurata ad ogni persona ed i beni strumentali per una vita degna dell'uomo»¹¹³, senza distinzioni tra cittadini e non, anche con riguardo alla libertà di scelta della residenza e della cittadinanza, motivata pure per ragioni di tutela della propria salute che richiedono capacità sia umane che ambientali per la sua cura.

I concetti di dignità umana, e vita degna di essere vissuta si legano alle attività, alle «capacità di base» in una recente indagine, che prosegue sulla via aperta dall'economista Amartya Sen¹¹⁴ in tema di giustizia sociale per giungere a un nuovo approccio che «punta alla protezione di sfere di capa-

¹¹² Corte di giustizia, Grande Chambre, 24 aprile 2012, *Servet Kanberaj* (C-571/10).

¹¹³ A. PALAZZO, *Cittadinanza, ambiente e costituzione dei beni comuni*, in *Diritto e processo*, 2012, p. 217 ss.

¹¹⁴ A. SEN, *The idea of justice*, Cambridge Mass., 2009.

cità talmente fondamentali che la loro rimozione renderebbe una vita non all'altezza della dignità umana»¹¹⁵.

Questo approccio alla giustizia sociale giunge ad individuare la soglia minima di «dieci capacità centrali»¹¹⁶, che un buon ordinamento politico deve garantire a tutti: «Vita: avere la possibilità di vivere fino alla fine una vita di normale durata; di non morire prematuramente, o prima che la propria vita sia limitata in modo tale da risultare indegna di essere vissuta»¹¹⁷; poter godere di salute fisica; potersi muovere liberamente, essere protetti dalle aggressioni e avere possibilità di scelta in campo riproduttivo; poter usare i propri sensi per immaginare e pensare, sorretti da un'adeguata istruzione; poter provare sentimenti per altre persone, senza vedere il proprio sviluppo emotivo distrutto da ansie e paure, anche con il sostegno di forme di associazione cruciali per lo sviluppo personale; essere in grado di formare una propria ragione pratica, per aver viste tutelate anche la libertà di coscienza e di pratica religiosa; poter intrattenere relazioni, essendo «trattati come persone dignitose il cui valore eguaglia quello degli altri. Questo implica tutela contro la discriminazione in base a razza, sesso, tendenza sessuale, religione, casta etnia, origine nazionale»¹¹⁸; essere in grado di avere relazione con le altre specie e la natura; poter ridere, giocare e godere di attività ricreative; avere il controllo politico e materiale del proprio ambiente, ivi compreso il diritto di proprietà e di cercare lavoro alla pari degli altri.

Un tale concetto e prospetto di capacità presuppone la considerazione di «ogni persona come un *fine*, chiedendosi non tanto quale sia il benessere totale o medio, bensì quali siano le opportunità disponibili per ciascuno», posto che «tutti, insomma, meritano uguale rispetto da parte delle leggi e delle istituzioni»¹¹⁹.

¹¹⁵ M.C. NUSSBAUM, trad. it. di R. FELCIONI, *Capacità. Liberarsi dalla dittatura del PIL*, Bologna, 2012, p. 38.

¹¹⁶ M.C. NUSSBAUM, *Capacità. Liberarsi dalla dittatura del PIL*, cit., p. 39 ss.

¹¹⁷ Le interrelazioni tra dignità e libertà sono state oggetto del nostro *Autodeterminazione e disposizioni sul corpo*, cit., spec. p. 48 ss., al quale si rinvia, anche per l'approfondimento bibliografico.

¹¹⁸ Parla, a questo proposito, di «oblio della storia» G. ALPA, *Status e capacità*, cit., p. 139 ss.

¹¹⁹ M.C. NUSSBAUM, *Capacità. Liberarsi dalla dittatura del PIL*, cit., p. 37.

Status e capacità non sono dunque concetti superati, né estranei l'uno all'altra, quando si intende il primo in senso cosmopolita e la seconda come sintesi dei diritti fondamentali dell'uomo.

Lo *status* cosmopolita è il fondamento della capacità giuridica, intesa come attitudine ad essere titolare di quei diritti e doveri fondamentali che lo *status* reclama per il singolo, *status* è contenitore di tutte le situazioni soggettive garantite dalle Convenzioni internazionali a qualsiasi individuo – non più persona, ma uomo e donna, senza distinzioni di cittadinanza – la cui realizzazione è imposta, in forza della fonte internazionale, ai legislatori statali, per la protezione dei loro cittadini, dei cittadini stranieri e degli apolidi soggiornanti sul loro territorio.

Ciò posto, senza un complessivo ripensamento¹²⁰ della nozione di *status* e del loro connotato tradizionale di esclusività, ripensamento estraneo pure ai *desiderata* del frettoloso riformatore di fine legislatura¹²¹, non può dirsi realizzata coerentemente quella parificazione degli *status filiationis* cui mirava la riforma in commento, per la sostanziale insensibilità rispetto alle disparate situazioni soggettive in cui i singoli possono trovarsi rispetto alle persone che, per discendenza genetica, per scelta procreativa o per volontaria assunzione di responsabilità, possono definirsi loro genitori o figure genitoriali di riferimento, anche nella concorrenza degli uni con le altre, spesso concretizzata nella diffusione delle famiglie ricostituite e allargate.

¹²⁰ Il richiamo è a F. PROSPERI, *Rilevanza della persona e nozione di status*, cit., 28, per il quale «Se, infatti, si conviene che è la persona umana, considerata nella totalità della sua dimensione spirituale e materiale, a costituire “una struttura di valore, un essere assiologico” allora non v'è alcun bisogno di ipotizzare l'operatività di ulteriori categorie concettuali, quali, appunto, lo *status*, per superare l'astrattizzante distinzione tra capacità giuridica e capacità di agire relativamente alle scelte esistenziali: ogni limitazione al loro esercizio diretto dovrà essere ritenuta costituzionalmente illegittima qualora sia di ostacolo alla piena esplicazione dei valori di cui la persona è portatrice. Ed è, ancora, nella fondamentale esigenza di rispetto di questi valori, nella necessità, cioè, di assicurare sempre una protezione assoluta della dignità umana, che vanno individuati gli insuperabili confini posti all'autonomia privata».

¹²¹ Ritiene che non sia stato raggiunto il proclama della parificazione, e vieppiù della unificazione dello *status* di figlio, anche L. LENTI, *La sedicente riforma della filiazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, p. 201 ss.

SANDRO GERLI*

ATTIVITÀ MEDICA E DIRITTO A PROCREARE

La procreazione umana rappresenta un tema molto ampio, la cui trattazione richiederebbe un tempo indeterminato.

A causa del progressivo aumento dell'aspettativa di vita, si calcola che il 30% della popolazione nel 2050 avrà un'età superiore ai 65 anni. Questo concetto varia da paese a paese, in relazione allo specifico tasso di fertilità e natalità. In Africa, ad esempio, questo tasso è assai elevato, ma la previsione vede una riduzione globale del tasso di fertilità, più evidente nei paesi più sviluppati. Il più basso tasso di natalità è presente invece in paesi come la Spagna ed i paesi dell'ex Unione Sovietica, in cui si attesta attorno all'1%.

Negli ultimi 30 anni la procreazione si sta riducendo e ciò riguarda anche il nostro paese. Questo avviene a causa: dell'espansione economica variabile con riflessi sull'occupazione; matrimonio non più essenziale per la costituzione della famiglia; minore adesione a religione che incoraggiano la procreazione; donne più impegnate dal punto di vista lavorativo; prevalenza della "qualità" della prole sulla "quantità"; affermazione di modelli di vita fondati sul successo professionale e sull'autorealizzazione; carenza di organizzazione sociale e di infrastrutture nei singoli paesi atti a favorire la procreazione; problematiche mediche che siano causa di infertilità non riconosciute o non adeguatamente trattate.

L'età media della donna alla nascita del primo figlio sta aumentando, ed oggi la maggior parte di esse ha circa 30 anni. Negli anni 80 le donne con età superiore ai 35 anni che iniziavano una gravidanza erano il 20%: ora questa percentuale è raddoppiata. Che vuol dire fare un figlio oltre i 40 anni? Noi abbiamo constatato che i neonati delle donne in età avanzata sono sani come quelli delle pazienti che decidono di avere un figlio tra i 20 e 30 anni, ma vengono sottoposte più frequentemente al taglio cesareo e sono mag-

* Università degli Studi di Perugia.

giormente gravate da patologie che sono specifiche della gravidanza. Il parto pre-termine, che è una delle grandi problematiche della medicina materno-fetale e che si genera anche per motivi gestazionali, è più frequente nelle donne oltre i 40 anni.

La fertilità della donna è funzione dell'età ed a 35 anni è già la metà rispetto al massimo potenziale riproduttivo. L'età migliore per il concepimento è intorno ai 20 anni. Oltre i 40 anni una coppia su quattro ha problemi di fertilità. I fattori che determinano il declino della fertilità con l'avanzare dell'età della donna sono: la riduzione del numero degli ovociti e i disturbi dell'ovulazione; riduzione della qualità degli ovociti e aumento delle mutazioni genetiche e cromosomiche; riduzione della fertilizzazione ovocitaria; disturbi dell'impianto come alterazioni embrionali o un'alterata recettività endometriale; maggiore prevalenza di patologie ginecologiche legate all'età (fibromi, polipi); maggiore prevalenza di patologia sistemiche legate all'età; aumento della abortività clinica e subclinica; declino della sessualità; aumento delle patologie ostetriche legate all'età.

Per combattere l'infertilità noi oggi abbiamo a disposizione non solo le tecniche di procreazione medicalmente assistita, ma anche alcuni farmaci che si sono dimostrati utili per la soluzione del problema. La principale tecnica di riproduzione assistita è la iniezione intracitoplasmatica dello spermatozoo (ICSI), che consiste nell'introduzione del singolo spermatozoo nella cellula uovo. La procedura, nata per caso ed ideata da un italiano in Belgio, ha consentito di ottenere risultati straordinari. I casi che precedentemente venivano trattati con fecondazione eterologa maschile, in carenza di spermatozoi, sono oggi risolti con la ICSI e con lo stesso liquido seminale del partner maschile, dal momento che sono sufficienti anche pochissimi spermatozoi. Oggi, dal 1993, è la tecnica che si attua nell'80% dei casi. Una volta ottenuto il pre-embrione (zigote) dopo 24 ore, l'embrione a 4-6 cellule viene trasferito dopo 2 o 3 giorni oppure dopo 5 giorni, allo stadio di blastocisti, all'interno della cavità uterina.

Il Registro Italiano della Procreazione Medicalmente Assistita ha rilevato che nel 2010 sono stati effettuati circa 90.000 cicli di trattamento con fecondazione assistita, con 15.000 gravidanze e 12.000 bambini nati vivi, con un incremento del 15% rispetto al 2009. I bambini nati dalla fecondazione in vitro sono oggi il 2% di tutti i bambini nati vivi in Italia.

Le donne che decidono di ricorrere a questo tipo di trattamento hanno in media 36 anni, ma spesso anche la 40enne e la ultra 40enne iniziano il trattamento, con una possibilità significativamente più bassa di raggiungere il risultato ed un tasso di abortività più elevato. La tecnica di fecondazione in vitro comporta alcuni rischi: un rischio immediato legato alla stimolazione ovarica (limitato e prevedibile); rischi in corso di gravidanza che possono essere diagnosticabili e trattabili; rischi tardivi oncologici legati ai farmaci. Per i neonati invece esistono rischi di patologie, malformazioni o anomalie genetiche/cromosomiche e rischi legati alla prematurità. Molto spesso tale problema è correlato al rischio delle gravidanze multiple e, se consideriamo che spesso tali neonati hanno un peso assai basso, ben si comprende l'importanza sociale del problema.

In Italia, dall'entrata in vigore legge 40, fino a prima della sentenza della Corte Costituzionale n.151 del 2009, la percentuale di gravidanza è diminuita dal 25 al 19%. La sentenza della Corte Costituzionale ha cambiato i commi 2 e 3 dell'articolo 14, dichiarando illegittima la parte che prevede "un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre"; illegittima la parte che non prevede che il trasferimento degli embrioni debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna. Oggi, in alcuni casi per i quali si preveda una difficoltà di fecondazione, vengono utilizzati più di 3 ovociti e, nel caso si ottengano più di tre embrioni, questi vengono congelati. Dopo la sentenza della Corte Costituzionale la percentuale di gravidanza è risalita. La sentenza, in sostanza, ha giovato all'esito del trattamento.

GRAZIELLA ALGIERI *

PROBLEMI APPLICATIVI E SPUNTI PROPOSITIVI

Sono 10 i punti cruciali segnalati dalla Commissione Famiglia dell'OUA per affrontare le urgenti tematiche di una novella che non corrisponde alle corrette esigenze dei minori e dei nuclei familiari.

Partiamo dal primo punto annunciato dall'OUA: la riforma dell'art. 38, così come disciplinato dalla L. 219/2012, che possiamo definire, pacatamente, come «salva-poltrone», con totale mancanza di specifica preparazione in materia. La L. 219/2012, ci assegna una pseudo novella in cui si dividono le competenze tra Tribunale Ordinario e Tribunale per i Minori ma non si creano le Sezioni Specializzate che permettono di trattare le tematiche della famiglia e dei minori con le adeguate preparazioni del caso. Si è preferito dividere le competenze anziché procedere alla conveniente ed opportuna soppressione dei Tribunali per i Minori e alla dovuta creazione delle Sezioni Specializzate presso ogni Tribunale Ordinario. La riforma famiglia ha bisogno di posizioni importanti e riformatrici e non di mille deleghe atte ad apportare piccole e non risolutive novelle. Sembra che il mondo politico/governativo non attribuisce il corretto peso e la giusta posizione economica-sociale al nucleo famiglia. Del resto la relazione dei c.d saggi, di un mese circa addietro, non ha fatto alcun accenno, tra le riforme urgenti della giustizia civile, al diritto di famiglia. Unico accenno alla famiglia, intesa dai saggi come forza sociale prioritaria del sistema, lo troviamo al punto fisco, sulla necessità di agevolare le famiglie fiscalmente, al fine di favorire una maggiore procreazione. I saggi ci dicono di «fare più figli», ma i minori già nati sono dimenticati; un piccolo esercito vivente completamente dimenticato dal sistema.

La Commissione Famiglia OUA ha indicato tra i dieci punti fondamentali

* Avvocato del Foro di Rossano, Coordinatore della Commissione Famiglia, Organismo Unitario dell'Avvocatura.

sui quali intervenire, anche la «mediazione familiare». Sono poche le Nazioni che non possono vantare un intervento normativo che abbia compiutamente disciplinato la figura e i requisiti del Mediatore Familiare. La Famiglia è la struttura principale d'interesse sociale prevalente, molto pregiudizievole nella collettività sono i membri che soffrono della forte litigiosità che patiscono nel nucleo. Il Consiglio d'Europa con raccomandazione che risale al 21 gennaio 1998, ha invitato gli Stati membri ad organizzare i servizi di mediazione familiare attraverso il settore pubblico e quello privato, attraverso procedure di selezione e di formazione dei mediatori, fermo i poteri delle autorità di decidere sul contenuto degli accordi e di adottare i provvedimenti di urgenza atti ad impedire pregiudizi ai coniugi, ai figli e al bene del nucleo. L'Italia ancora ad oggi, 15 anni dopo, non ha provveduto; la motivazione è palese: non vuole provvedere perché vuole una giustizia a costo zero, una giustizia svenduta, non vuole porsi carico della formazione e del servizio di mediazione familiare. Occorre una normativa che parta, preliminarmente, da una corretta «identificazione» di tale figura. Principale compito del Mediatore Familiare deve essere quello di assicurare l'interesse dei figli, riportando i genitori sulle esigenze dei minori e sulla loro responsabilità del benessere psicofisico del minore. L'esercizio della professione di mediatore familiare deve essere subordinato a una specifica formazione professionale post laurea (medicina, giurisprudenza, psicologia ecc.), con corsi di specializzazione che devono prevedere un monte ore non inferiore a 300; necessita il conseguimento della abilitazione e l'iscrizione in un apposito Albo Professionale. L'Organizzazione dei corsi di formazione, a mio parere, deve essere attribuita alle Università. Riguardo all'applicazione della mediazione, ai momenti pertinenti e decisivi, sempre a mio pensare, ci sono ipotesi specifiche che possono essere individuate e incisive nel processo a determinazione della forte litigiosità della coppia che arreca danno al figlio minore.

Rilevante è la successiva questione di cui si chiede intervento legislativo, attinente all'inadempienza e violazione dei provvedimenti emessi di cui all'art. 388 cp e all'art. 570 cp. Un sistema il nostro che per l'enorme mole di carichi pendenti ha reso il reato di violazione di cui all'art. 388 cp e al 570 cp sempre meno punitivo, una scarsa efficacia deterrente con processi che durano anni. Da un'analisi emergente dalla consultazione con l'Avvocatura, per la fissazione della prima udienza, nelle fattispecie, occorre circa un anno

o due, con conseguente crescente stato di conflitto tra i coniugi a danno dei minori. L'ex coniuge che contravviene al diritto di visita a favore dell'altro genitore è problema quotidiano, è querela quotidiana, è stato di conflitto crescente quotidiano. Il diritto del minore di stare, condividere la sua infanzia con entrambi i genitori, è quotidianamente negato. Negato un pronto intervento della giustizia, teso a garantire l'osservanza dei provvedimenti emessi al fine di consentire un affidamento condiviso nell'affettività, nella gestione giornaliera dei bisogni del minore. Necessita una seria e profonda riforma che vada a incidere con maggiore celerità e rigore.

L'Ascolto del minore, successivo punto cruciale dei 10 segnalati dall'OUA – Commissione Famiglia. La normativa attuale, com'è noto, fa solo cenno alle «modalità adeguate, rispettose della sensibilità del minore» ma risulta scarsa sulle effettive modalità atte a garantire al minore il suo diritto di esprimere i suoi bisogni. Sull'ascolto dei minori deve ricordarsi la Convenzione Internazionale di Strasburgo del 25.01.1996, legge di ratifica del 20 marzo 2003 n. 77, la quale si basa sul diritto del minore a: 1) ricevere ogni informazione pertinente; 2) a essere consultato, a esprimere la propria opinione; 3) a essere informato delle eventuali conseguenze di ogni decisione. Appare necessario, pertanto, provvedere alla disciplina sulle modalità di ascolto partendo dalle tre condizioni fissate dalla Convenzione Internazionale di Strasburgo. Basta alle linee guida differenti in ogni Tribunale e non vincolanti. La normativa deve colmare il vuoto, non può solo disporre l'ascolto omettendo ogni previsione sulle sue modalità. Il ruolo dei protocolli e delle c.d. Linee Guida, è un ruolo ambiguo, non hanno alcuna rilevanza giuridica ed è demandato il rispetto, alla semplice volontà, la cui violazione non comporta alcuna conseguenza. Per l'ascolto dei minorenni in primis A) deve essere individuato un ambiente adeguato che difficilmente potrà essere costituito dall'Ufficio Giudiziario, dal Tribunale. B) il minore prima di essere ascoltato ha diritto di ricevere un'adeguata informazione sul procedimento e sulle sue conseguenze; C) *tertiis*, i genitori non devono assistere all'audizione per come già previsto nella Convenzione di Strasburgo, salvo che il giudice non lo ritenga opportuno; D) durante l'audizione i partecipanti, difensori compresi, devono astenersi dall'interloquire con il minore; E) Il giudice deve disporre per l'audizione la presenza di un operatore del servizio dotato di specifiche competenze in materia di psicologia. F) la verbalizzazione dell'au-

dizione dovrà essere integrale e fedele anche nel linguaggio e il minore ha diritto di leggere e sottoscrivere. Dovrebbero essere posti dei limiti; è chiaro che l'ascolto dovrà essere disposto in tutti i procedimenti contenziosi mentre in quelli di separazione consensuale solo se rilevante, nell'interesse del minore.

Adozione Nazionale, altro tema urgente sul quale intervenire con urgenza ed è nel «decalogo» OUA. Il Ministero di Giustizia a fine legislatura ha cercato di coprire con una «pezza» un buco enorme, disponendo la nascita di una Banca Dati relativa solo ai c.d. adottabili.

Come viene precisato nel comunicato del Ministero: «sarà attiva nei prossimi giorni (era il 15 Febbraio c.a.) con decorrenza dalla data di pubblicazione del provvedimento istitutivo. È costituita presso il Dipartimento per la giustizia minorile e contiene i minori dichiarati adottabili, dati anagrafici e condizioni di salute».

La Banca dati essenziale che, invero, occorrerebbe realizzare, al fine di verificare le falle del sistema, è quella individuante tutti i bambini che risultano parcheggiati da anni negli Istituti o nelle case-famiglie. Non semplici numeri ma una vera Banca Dati, ufficiale, contenente la data di entrata del bambino presso l'Istituto, la sua età, la data di eventuale uscita per l'affidamento, la motivazione dell'eventuale lungo pernottamento e/o rinnovamento dell'affidamento.

Con questi dati avremmo un quadro inequivocabile che accerta il punto o i punti del sistema non marciante, per proporre, in seguito, soluzioni e riforme necessarie.

L'esigenza di questi dati è di priorità assoluta al fine di proporre riforme. Ad esempio: siamo sicuri che l'affidamento è un istituto efficiente e positivo? Il sistema legiferato è basato sull'aiuto a famiglie e bambini. La proroga, oramai quasi sempre applicata, a più di due anni, ha fatto divenire l'Istituto dell'affidamento non più temporaneo per come, invero, concepito dal Legislatore e ha tolto la possibilità ai bambini di vivere all'interno di una vera famiglia. L'affidamento, dai numeri e dalle motivazioni ufficiali, che si otterrebbero dalla Banca Dati dei «bambini parcheggiati», è uno degli strumenti del sistema che andrebbe esaminato nella sua effettiva utilità ed efficacia. Due o quattro anni all'interno di una casa famiglia o comunità sono un tempo infinito per un bambino.

La responsabilità sui ritardi è difficilmente individuabile senza questi dati: dalla competenza del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, al Ministero della Giustizia, al Dipartimento per la Famiglia della Presidenza del Consiglio, ai Tribunali per i Minori, alle Regioni, alle Province, ai Comuni, agli Assistenti Sociali.

Non dimentichiamo le case-famiglie che per ciascun ospite percepiscono dai Comuni una quota, soldi pubblici.

L'elevato numero di parcheggiati costituisce di certo una risorsa per la Comunità e non vorremmo che questo fosse, appunto, un elemento di distorsione del sistema. Dalle poche cifre ufficiali, infatti, emerge che solo un migliaio tra i bambini ospitati finiscono per essere adottati ogni anno. Il nodo centrale è l'inadeguatezza complessiva della legislazione con evidente contrasto rispetto a quella marciante- Europea.

Con la sentenza Lombardi del 29 Gennaio 2013, infatti, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha condannato lo Stato Italiano a risarcire i ricorrenti per non aver assicurato ai figli una vera tutela del diritto alle relazioni familiari, a conferma della nota sentenza Piazzini del 2 Novembre 2010.

Altro punto cruciale del sistema famiglia che necessita un pronto intervento, è la nozione di «condivisione». Il concetto di condivisione non è ancora effettivamente ben appreso dalle ex coppie ma non è ancora ben definito dalla stessa giurisprudenza, pensiamo ai due ultimi provvedimenti, quello del Tribunale di Firenze, emesso il 9 Aprile 2013 (ancora non pubblicato nella sua integrità), che assegna due domicili al minore e quello opposto, del Tribunale di Varese del 26 Febbraio 2013 (pubblicato nella sua integrità), che ha confermato unica residenza per entrambi i genitori ed i minori la condivisione della casa familiare a tempi alterni da parte dei genitori. A fare la sfera da ping-pong, in breve, durante la settimana delle visite, per il Tribunale di Varese non è il minore ma i genitori. Quasi certamente, sempre mio pensiero, è più corretta l'interpretazione di condivisione pronunciata dal Tribunale di Varese.

Il concetto di condivisione è del tutto sconosciuto ai coniugi che affrontano una separazione e da qui partono le conflittualità nella gestione del minore. Bisogna investire nella divulgazione del significato di condivisione poiché gli ex coniugi non diventano anche ex genitori; investire nella propagazione di condivisione delle responsabilità genitoriali, dell'esercizio in

comune di ogni attività afferente al minore. Il Governo non può pensare di risolvere il problema con investimento pari a zero; una simile divulgazione non può essere demandata solo agli uomini di diritto ma occorre anche il sociale e la presenza dello Stato.

Opportuno segnalare ai politici che andranno a legiferare sulla tematica e sulla imminente legge delega, anche l'interessante saggio del Prof. Antonio Palazzo, pubblicato in *Rivista di Diritto Civile* di Febbraio 2013, sulla riforma dello *status* di Filiazione.

Il Prof. A. Palazzo indica due passaggi importanti della delega che se non si integrano, con il decreto delegato, potrebbero far sorgere censure di incostituzionalità: il primo in riferimento alla «dichiarazione della madre di non voler essere nominata e riconoscimento del padre biologico si pone in prudenza attesa per scegliere il momento più opportuno ai fini del suo riconoscimento» (art. 250 comma 3 e 4 cc.) ed il consenso del figlio che abbia compiuto i 16 anni. Si segnala, sostiene Palazzo, il mancato richiamo dell'art. 250, comma 2, in sede di abbassamento della soglia di età a 14 anni disposta dall'art. 2 lett. G della delega, omissione che sembra possa essere superata con l'integrazione del decreto delegato, stante evidenti ragioni di parità di trattamento, la cui obliterazione si esporrebbe a censure di incostituzionalità.

Il secondo passaggio importante sempre del Prof. A. Palazzo, è in riferimento all'Art. 74 cc che riformulato esclude il vincolo di parentela per l'adottato maggiorenne.

Si potrebbe anche qui affacciare un dubbio costituzionale, posto che è incostituzionale il divieto di adozione ex art. 291 cc quando risulti il consenso dei fili maggiorenni, per violazione dell'art. 3 della Costituzione e non sono ipotizzabili profili di incompatibilità con i diritti dei membri della famiglia legittima che giustifichino un trattamento normativo differenziato secondo quando statuito dalla Corte Costituzionale il 26 Maggio 2004 con sentenza numero 245, non ha senso escludere in questi casi il vincolo di parentela, pena la violazione dell'art. 30 della Costituzione.

Ulteriore tematica è la sottrazione dei minori.

La giustizia italiana con le difficoltà attuali ed i suoi tempi lunghi non riesce a garantire, in tempi brevi, l'effettiva esecutività dei provvedimenti di visita violati, addirittura, con la sottrazione del minore. I matrimoni o le convivenze tra coppie di nazionalità diverse, al momento della rottura, in

presenza di minori, sfocia, sempre di più, nella negazione della visita del genitore al figlio e nella sottrazione del minore portato fuori dal contesto nazionale.

Avviati gli atti penali, le querele, gli atti civili, si attende mesi e anni l'intervento della giustizia che possa permettere al genitore di rivedere il figlio e di riportarlo, almeno nelle festività, in Italia.

La Mediazione Europea fissata con apposito Mediatore al Parlamento, poco conosciuta ed applicata dai colleghi italiani, una volta attivate le procedure civili e penali, può essere di grande supporto e valenza per i casi di sottrazione dei minori.

Il Mediatore Europeo, con i mezzi che ha a disposizione, è in grado di contattare l'ex coniuge e cercare di ricondurre al buonsenso per il benessere psicofisico del minore, il quale ha diritto di nutrirsi dell'affettività di entrambi i genitori.

In definitiva, il sistema famiglia non funziona e questo necessita ribadirlo in modo insistente al fine di ottenere una equa ricostruzione degli Istituti esaminati che rispettino i minori, dando priorità alle loro esigenze e non alle poltrone e alle capacità economiche del Paese.

Non possiamo tollerare che ci sia un piccolo esercito di minori senza diritti a causa di una legislazione antiquata e del cattivo funzionamento degli Organi preposti alla loro difesa.

PARTE SECONDA
LO STATUS DI FILIAZIONE
NELLA PROSPETTIVA EUROPEA

ROBERTO CIPPITANI*

RIFORMA DELLO *STATUS* E FONTI COMUNITARIE

SOMMARIO: 1. Diritto sovranazionale e diritti individuali. — 2. Alcuni principi di diritto familiare europeo. — 3. Legge di riforma e quadro europeo. — 4. Non corrispondenza con i principi sovranazionali. — 5. Alcune osservazioni di tecnica legislativa.

1. — *Diritto sovranazionale e diritti individuali.*

Il diritto di famiglia è ancora oggi considerato una prerogativa del diritto nazionale, il campo del diritto privato più sensibile alle tradizioni e alla cultura di un Paese.

La stessa costruzione giuridica comunitaria, e comunque il diritto sovranazionale europeo, sembrano dimostrarlo.

Si pensi che, soltanto con il Trattato di Lisbona, il diritto di famiglia viene esplicitamente considerato come materia della politica di cooperazione giudiziaria in materia civile (art. 81 Trattato FUE), ma con esclusivo riferimento alle implicazioni transnazionali e peraltro con la previsione di una procedura legislativa speciale, che richiede l'unanimità del Consiglio e solo la consultazione del Parlamento (art. 81, 3° co., Trattato FUE che deroga alla procedura legislativa ordinaria).

Sempre in Europa, il sistema della Convenzione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (di seguito CEDU) fa riferimento alla famiglia soltanto nell'art. 8 (che riguarda la tutela della vita privata e familiare) e nell'art. 12 (diritto di sposarsi).

Queste disposizioni sono state riprese dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, negli artt. 7 e 9, che aggiunge la garanzia della protezione giuridica, economica e sociale della famiglia (art. 33) e della maternità (art. 34).

* Università degli Studi di Perugia.

Le poche disposizioni europee sul tema della famiglia stanno avendo però un impatto notevole sulla disciplina giuridica dei rapporti familiari.

Questo per effetto del perseguimento delle due finalità principali delle fonti sovranazionali, almeno nel quadro europeo: la attribuzione di situazioni giuridiche caratteristiche del diritto sovranazionale o comunque uniformi; la libertà di circolazione delle persone e delle situazioni giuridiche.

L'attribuzione di situazioni giuridiche dell'ordinamento sovranazionale è una finalità costitutiva dell'ordinamento comunitario¹, come evidenzia la giurisprudenza della Corte di giustizia, fin dagli anni '60 del secolo scorso, a partire dalla sentenza *Van Gen en Loos*².

La Corte di Strasburgo, nella sua attività interpretativa della CEDU, d'altra parte, si considera garante costituzionale di un ordine pubblico europeo basato sul riconoscimento di un nucleo di diritti fondamentali in modo il più possibile uniforme³.

Il rispetto di questi diritti di derivazione sovranazionale deve essere effettivo⁴, realizzato non solo mediante una astensione rispetto alla violazione, ma utilizzando tutti gli strumenti legislativi, amministrativi, e giurisdizionali per la loro tutela⁵.

La eventuale qualificazione interna di tali diritti, come accade in Italia attraverso la nozione di «interesse legittimo», non può costituire la base per una minore tutela rispetto agli standard sovranazionali⁶.

¹ M. RUFFERT, *Rights and remedies in European community law: a comparative view*, in *Comm. market law rev.*, 1997, p. 308, afferma che e «*Without exaggeration, it can be said that rights and remedies are a fundamental topic in the ongoing development of Community Law*».

² Corte giust., 5 febbraio 1963, 26/62, *Van Gend en Loos/ Amministrazione Olandese delle Imposte*, in *Racc.* 1963, p. 3.

³ Corte EDU, 23 de marzo de 1995, *Loizidou/Turchia*, in *Riv. int. dir. um.*, 1995, p. 483.

⁴ Per il metodo della CEDU nel riconoscimento delle situazioni giuridiche soggettive si rinvia a V. COLCELLI, *Le situazioni giuridiche soggettive nel sistema CEDU*, Perugia, 2010; nonché sull'attività interpretativa della Corte CEDU si veda C. FOCARELLI, *Equo processo e Convenzione europea dei diritti dell'Uomo*, Padova, 2001.

⁵ Per es. cfr. Corte EDU, sentenza del 19 febbraio 1998, *Guerra e altri/Italia*, in *Racc.*, 1998-I, 223 nonché *Foroit.*, 1999, IV, p. 281 ss.

⁶ Per es. Corte giust., 9 luglio 1985, C-179/94, *Bozzetti*, in *Racc.*, 185, p. 2317.

L'altra finalità del diritto sovranazionale europeo, quella della libertà di circolazione, è sottolineato dal processo di integrazione dell'Unione europea, che si basa su di uno «spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne, in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone» (articolo 3 Trattato UE).

Il riconoscimento e la tutela delle libertà, in un primo momento, hanno avuto la funzione di costruire il mercato comunitario, che ha rappresentato lo strumento tattico per raggiungere obiettivi strategici più ambiziosi, quali quelli di una integrazione politica e giuridica.

Parallelamente è iniziata una seconda fase del processo di costruzione comunitaria, che è consistita nella individuazione di situazioni giuridiche non strettamente legate al mercato, riguardanti per di più persone diverse dai lavoratori autonomi o dipendenti⁷. La libertà di circolazione diventa la base per riconoscere la piena capacità giuridica e di situazioni giuridiche soggettive di carattere non esclusivamente economico, come i diritti fondamentali e sociali.

La libertà di circolazione e godimento dei diritti fondamentali, previsti dalla Carta dei diritti e dal sistema CEDU (art. 6 Trattato UE)⁸, diventano finalità diverse ma interconnesse del processo di integrazione europea.

L'applicazione del diritto sovranazionale, che utilizza strumenti tipici

⁷ Ci si permetta il rinvio a R. CIPPITANI, *Il diritto privato del mercato interno*, in A. PALAZZO e A. SASSI (a cura di), *Diritto privato del mercato*, Roma-Perugia, 2007, pp. 53-183.

⁸ La Corte di giustizia ha affermato che i diritti fondamentali appartengono all'ordinamento comunitario, molto prima dell'approvazione della Carta di Nizza e del Trattato di Lisbona. V., per esempio, Corte di giustizia 12 novembre 1969, C-29/69, *Stauder*, in *Racc.*, 1969, p. 419) e nella giurisprudenza successiva afferma che tra i principi generali del diritto comunitario debbano essere compresi i diritti fondamentali della persona. Tali diritti devono esseri compresi nell'ordinamento anche se non previsti esplicitamente dai Trattati, in quanto facenti parte nelle Carte costituzionali degli Stati membri e nella Convenzione europea dei diritti dell'Uomo di Roma, da quelli sottoscritta.

quali l'interpretazione conforme⁹ e quella teleologica¹⁰, conduce inevitabilmente ad incidere sui rapporti giuridici, anche su quelli di non esclusiva competenza delle Istituzioni e organismi sovranazionali.

In particolare un tale fenomeno si produce nella disciplina dei rapporti familiari, che forse più di altri sono espressione dei diritti della persona e accompagnano la persona nella circolazione nello spazio europeo.

2. Alcuni principi di diritto familiare europeo.

La conseguenza del processo di integrazione europeo è l'individuazione di alcuni principi di diritto familiare sovranazionale, che hanno trasformato l'idea stessa dei rapporti familiari e del rapporto di filiazione in particolare: a) la concezione sostanziale dei rapporti familiari; b) il divieto di discriminazione; c) il diritto paidocentrico; d) dalla potestà alla responsabilità; e) re-

⁹ Sulla necessaria applicazione della giurisprudenza della Corte EDU nell'interpretazione del diritto nazionale, v. Scordino e altri c. Italia (sentenza 27 marzo 2003), che riguardava la legge 89/2001 sul risarcimento per le lunghezze eccessive dei procedimenti (c.d. legge «Pinto»). A tale proposito la Corte di Strasburgo, esaminando la giurisprudenza della Corte di Cassazione afferma «Poiché il fatto costitutivo del diritto attribuito dalla legge n. 89/2001 consiste in una determinata violazione della CEDU, spetta al Giudice della CEDU individuare tutti gli elementi di tale fatto giuridico, che pertanto finisce con l'essere "conformato" dalla Corte di Strasburgo, la cui giurisprudenza si impone, per quanto attiene all'applicazione della legge n. 89/2001, ai giudici italiani. Non è necessario, allora, porsi il problema generale dei rapporti tra la CEDU e l'ordinamento interno, su cui si è ampiamente soffermato il Procuratore Generale in udienza. Qualunque sia l'opinione che si abbia su tale controverso problema, e quindi sulla collocazione della CEDU nell'ambito delle fonti del diritto interno, è certo che l'applicazione diretta nell'ordinamento italiano di una norma della CEDU, sancita dalla legge n. 89/2001 (e cioè dall'art. 6, § 1, nella parte relativa al "termine ragionevole"), non può discostarsi dall'interpretazione che della stessa norma dà il giudice europeo. L'opposta tesi, diretta a consentire una sostanziale diversità tra l'applicazione che la legge n. 89/2001 riceve nell'ordinamento nazionale e l'interpretazione data dalla Corte di Strasburgo al diritto alla ragionevole durata del processo, renderebbe priva di giustificazione la detta legge n. 89/2001 e comporterebbe per lo Stato italiano la violazione dell'art. 1 della CEDU».

¹⁰ Nonché dei corollari dell'effetto utile e del significato proprio. Si permetta il rinvio a R. CIPPITANI, *La jurisprudencia de las Cortes de Latinoamérica como instrumento de integración regional*, in *Diritto e processo*, 2011, p. 67 ss.

sponsabilità e verità biologica nella procreazione; f) libera circolazione delle persone e libera circolazione degli *status*.

a) La concezione sostanziale dei rapporti familiari.

A partire dalle riforme legislative degli anni '70 del secolo scorso, si affievolisce notevolmente l'idea tradizionale per cui la famiglia in senso giuridico deve considerarsi una sorta di cellula dello Stato, sottoposta all'autorità del *pater familias*, in parallelo alla concezione verticistica dell'organizzazione politica¹¹.

Questa concezione sopravvive in ordinamenti, come quello italiano, in espressioni come l'interesse o i bisogni della famiglia (art. 143 c.c.).

Il riconoscimento costituzionale dei diritti dei singoli, porta a considerare la famiglia come gruppo nel quale si svolge e si sviluppa la personalità delle persone e per cui diventano preminenti i diritti individuali¹².

In questo contesto, comune alla gran parte degli ordinamenti europei, le fonti e i giudici sovranazionali valorizzano la funzione protettiva dei diritti individuali dei membri della famiglia, giungendo al riconoscimento giuridico di rapporti familiari «nella sostanza».

L'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e l'art. 8 CEDU vengono letti nella prospettiva di riconoscere tutte quelle relazioni che proteggono le persone, indipendentemente dal loro riconoscimento formale da parte dello Stato.

¹¹ Cfr. P. RESCIGNO, P., *Personalità giuridica e gruppi organizzati*, in *Persone e comunità*, Padova, 1988, p. 111. Seppure, anche in questa mutata prospettiva, si coglie ancora l'eco dell'antica entificazione della famiglia. Si è sostenuto, a tal proposito, che il richiamo dell'art. 2 Cost. si riduce «ad una operazione certamente corretta sul piano sistematico, ma ancora estremamente generica, inidonea a caratterizzare, a dar conto della specificità delle relazioni familiari e del loro concreto atteggiarsi non soltanto sul piano sociologico, ma anche su quello giuridico positivo». Tale operazione sarebbe finalizzata «a opzioni di politica del diritto, nonché ad una sistematica ancora legata al passato, quando urgeva il problema politico, quando si trattava cioè di liberare (la disciplina della) famiglia dagli impacci di una formula «altamente evocativa», quale il suo «riconoscimento come società naturale», e di eguaglianza poi in qualche modo condizionata dalla «garanzia dell'unità familiare»» (M. PARADISO, *La comunità familiare*, Milano, 1984, p. 66 s.).

¹² P. PERLINGERI, *Famiglia e diritti fondamentali della persona*, in *Legalità e giustizia*, 1986, p. 488

Nella giurisprudenza della Corte EDU si afferma che la tutela della vita familiare dipende dall'esistenza di fatto di legami familiari stretti¹³ e che «La nozione di “famiglia” prevista dall'articolo 8 non si limita alle sole relazioni fondate sul matrimonio, ma può comprendere altri legami “famigliari” de facto»¹⁴.

Nel diritto dell'Unione la nozione di «familiare», ai fini dell'esercizio della libertà di circolazione, riguarda non solo i discendenti, gli ascendenti, il coniuge o il partner in base ad una unione registrata secondo un diritto nazionale, ma anche «ogni altro familiare» o convivente stabile (artt. 2 e 3 direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri; cfr. anche art. 4, par. 3, direttiva 2003/86/CE del Consiglio del 22 settembre 2003 relativa al diritto al ricongiungimento familiare).

La rilevanza dei rapporti familiari di fatto è ancora più evidente nella giurisprudenza comunitaria. Nel caso *Carpenter* del 2002¹⁵, per esempio, si riconosce la rilevanza del rapporto instaurato tra una persona (cittadina non comunitaria) con i figli del coniuge (punto 44)¹⁶. In altre sentenze la cura dei figli afferma l'esistenza di rapporti familiari tra coniugi già divorziati¹⁷.

¹³ Corte EDU, *Marckx c. Belgio*, 13 giugno 1979, serie A n. 31, p. 14 ss. § 31, e K. e T. c. Finlandia [GC], n. 25702/94, § 150, CEDU 2001 VII.

¹⁴ Corte EDU, 27 aprile 2010, *Moretti e Benedetti c. Italia*, Ricorso n. 16318/07, § 44; v., tra le altre, *Johnston e altri c. Irlanda*, 18 dicembre 1986, serie A n. 112, p. 25, § 55; *Keegan c. Irlanda*, 26 maggio 1994, serie A n. 290, p. 17, § 44; *Kroon e altri c. Paesi Bassi*, 27 ottobre 1994, serie A n. 297 C, pp. 55 e segg., § 30, e X, Y e Z c. Regno Unito, 22 aprile 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997 II, p. 629, § 36.

¹⁵ Corte giust. 11 luglio 2002, C-60/00, *Carpenter/Secretary of State for the Home Department*, in *Racc.* 2002, p. I-6279.

¹⁶ Ciò sebbene l'Avvocato generale Christine Stix-Hackl (presentate il 13 settembre 2001, punto 104) non avesse ravvisato nella legislazione comunitaria alcun rilievo espresso della cura dei figli.

¹⁷ Cfr. Corte giust., 22 giugno 2000, C-65/98, *Safet Eyüp*, in *Racc.* 2000, p. I-4747; Id. 17 settembre 2002, *Baumbast e R.*, C-413/99, in *Racc.* 2002, p. I-7091, riguardante il regolamento del Consiglio 1612/68 (artt. 12 e 18).

I rapporti familiari e soprattutto quelli tra genitori e figli sono visti come dimensione fondamentale della persona e dell'esercizio dei diritti connessi alla cittadinanza dell'Unione. Nella giurisprudenza Zambrano¹⁸, si afferma che al genitore, proveniente da un paese terzo, di un cittadino comunitario in tenera età, non si può negare il permesso di soggiorno. Altrimenti si priverebbe il figlio «del godimento reale ed effettivo dei diritti attribuiti dal [suo] status» di cittadino dell'Unione (punto 42), obbligandolo di fatto a seguire il genitore fuori dal territorio comunitario.

Questo principio della giurisprudenza Zambrano è stato applicato anche al coniuge del genitore del cittadino comunitario, nel caso in cui appunto i due coniugi siano cittadini di Stati terzi¹⁹. Anche in questa giurisprudenza i rapporti familiari rilevanti sono quelli personali instaurati di fatto tra il coniuge del genitore e il figlio, nonché tra detto figlio cittadino comunitario e i suoi fratestastri.

Il carattere sostanziale dei rapporti, l'*affectio*, viene considerato come limite all'azione dello Stato in questo settore, come si osserva nella giurisprudenza della Corte EDU sugli affidamenti e sulle adozioni.

Nella sentenza Scozzari e Giunta c. Italia del 13 luglio 2000, per esempio, si è censurato la mancata vigilanza da parte del Tribunale e dei servizi sociali che, dopo l'affido, hanno impedito il ravvicinamento tra genitori e figli e il superamento delle difficoltà all'origine del provvedimento, rendendo l'allontanamento praticamente irreversibile.

Nel più recente caso Clemeno (Clemeno c. Italia 21 ottobre 2008) l'Italia viene condannata per aver fatto mancare i contatti tra la famiglia d'origine e la bambina data in affidamento extrafamiliare in via d'urgenza (e poi dichiarata adottabile) a causa di supposti abusi sessuali del padre, accusa poi rivelatasi infondata.

Nella sentenza Moretti e Benedetti²⁰ si è condannato l'Italia per non aver dato rilievo, ai fini dell'adozione, all'affidamento protratto nel tempo di una bambina, oramai inserita nella nuova famiglia.

¹⁸ Corte giust. 8 marzo 2011, C-34/09, *Ruiz Zambrano*, in *Racc.* 2011, p. I-1177.

¹⁹ Corte giust. 6 dicembre 2012, C-356/11 e C-357/11, O. e S., non pubblicata nella raccolta.

²⁰ Corte EDU, 27 aprile 2010, *Moretti e Benedetti c. Italia*, cit.

b) Il divieto di discriminazione.

Il Parlamento europeo, già dal 1994 e poi con altri interventi (tra le altre v. le Risoluzioni dell'8 febbraio 1994, del 16 marzo 2000, del 14 luglio 2001 e del 4 settembre 2003), ha richiesto ai paesi membri di riconoscere e tutelare le famiglie monoparentali, quelle allargate e ricomposte, le unioni omosessuali.

La raccomandazione CM/Rec(2010)5 del Comitato dei Ministri degli Stati membri della CEDU, adottata il 31 marzo 2010, afferma al punto 27 «*Taking into account that the child's best interests should be the primary consideration in decisions regarding adoption of a child, member states whose national legislation permits single individuals to adopt children should ensure that the law is applied without discrimination based on sexual orientation or gender identity*».

La posizione della Corte EDU nella sostanza non obbliga, per esempio, all'adozione da parte coppie dello stesso sesso, ma vieta che vi siano discriminazioni con coppie di sesso diverso, come si è ribadito anche di recente²¹.

Infatti, neanche in questo settore, la Corte EDU accetta discriminazioni basate sull'orientamento sessuale, il che va di là del margine di apprezzamento dello Stato²².

Sebbene in altri ambiti, anche la Corte di giustizia considera illegittime le discriminazioni tra coppie dello stesso sesso, laddove l'ordinamento nazionale le equipara per certi effetti a quelle eterosessuali (come accade per le unioni registrate)²³.

La rilevanza comunitaria delle discriminazioni sulle tendenze sessuali ha conosciuto negli anni una importante evoluzione²⁴.

²¹ V. la sentenza della Grande Camera, X e al. c. Austria, Ricorso n. 19010/07, del 19 febbraio 2013; stesso principio, usato però per escludere che c'era stata discriminazione, Gas e Dubois c. Francia (n. 25951/07, 15 marzo 2012).

²² E.B. c. Francia ([GC], n. 43546/02, 22 gennaio 2008; Kozak c. Polonia, n. 13102/02, 2 marzo 2010; Karner c. Austria (n. 40016/98, CEDU 2003-IX).

²³ V., per quanto riguarda il riconoscimento della pensione di reversibilità al partner dello stesso sesso, in Corte giust. 1 aprile 2008, C-267/06, *Maruko*, in *Racc.* 2008, p. I-1757.

²⁴ V. l'ampia disamina effettuata dall'Avvocato generale Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer nelle sue conclusioni presentate il 6 settembre 2007 nella citata causa *Maruko*. V. anche per quanto riguarda la situazione italiana, M. Segni, La disciplina dell'omosessualità: Italia ed Europa a confronto, in *Fam. pers. succ.*, 2012, 4, 252.

Da questione riguardante i diritti umani²⁵, ma al di fuori della competenza comunitaria, il divieto di discriminazione è diventato un principio di diritto dell'Unione Europea, come stabilito dal Trattato di Amsterdam e dal diritto derivato²⁶.

Nella giurisprudenza comunitaria (v. in seguito) si ritiene che una norma nazionale sugli status non possa essere invocata per una discriminazione diretta o indiretta. Ciò anche se la norma interna è quella di rango costituzionale che tutela la famiglia fondata sul matrimonio²⁷. Se è vero che la Corte costituzionale italiana anche di recente (v. la sentenza 138/2010) ha ritenuto che sia giustificato disciplinare in modo diverso le unioni omosessuali e il matrimonio eterosessuale, e che si tratta di una disciplina lasciata alla discrezionalità degli ordinamenti nazionali, ciò non dovrebbe compromettere l'applicazione delle norme sovranazionali.

c) Il diritto paidocentrico.

La concezione sostanziale dei rapporti familiari porta a porre al centro dell'ordinamento la persona che ha più bisogno di protezione e del rapporto affettivo.

Secondo il giudice comunitario²⁸, l'obbligo del rispetto della vita personale e familiare deve essere costruito intorno alla protezione dell'interesse

²⁵ Corte giust. 17 febbraio 1998, C-249/96, Grant / South-West Trains, in *Racc.* 1998, p. I-621 si afferma l'illegittimità del diritto comunitario di eventuali discriminazioni basate sul sesso, ma non quelle riguardanti l'orientamento sessuale. Inoltre, allo stato allora attuale del diritto comunitario, le coppie omosessuali non sarebbero assimilabili alle coppie eterosessuali sia coniugate, sia quelle non coniugate (punto 35).

²⁶ V. direttiva 2000/78/CE del Consiglio del 27 novembre 2000 che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro; la direttiva del Consiglio 29 giugno 2000, 2000/43/CE, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica; la direttiva 13 dicembre 2004, 2004/113/CE, che attua il principio della parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura

²⁷ V. le argomentazioni dell'Avvocato generale Niilo Jääskinen presentate il 15 luglio 2010, nella causa C-147/08, *Jürgen Römer/Freie und Hansestadt Hamburg*, punto 170 ss., che si riferisce all'art. 6 della Legge fondamentale tedesca

²⁸ Corte giust. 27 giugno 2006, causa C-540/03, Parlamento/Consiglio, in *Racc.* 2006, p. I-5769, punto 58.

del minore, che diventa il nuovo fulcro dell'ordinamento giuridico (ai sensi dell'art. 24, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali).

Le norme comunitarie e nazionali vanno interpretate alla luce di questo interesse (cfr. il trentatreesimo «considerando» del regolamento n. 2201/2003).

Il «superiore interesse del minore» è il concetto cardine degli strumenti internazionali che riguardano i minori (v. la Convenzione internazionale sui diritti dell'infanzia delle Nazioni Unite del 20 novembre 1989; Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori del Consiglio d'Europa del 25 gennaio 1996). Questo interesse è quindi affermato nella giurisprudenza della Corte EDU²⁹.

L'interesse dei figli appare sempre preminente, anche su altri interessi, come quelli pubblici riguardanti le politiche migratorie³⁰.

Dal diritto sovranazionale europeo emerge non solo una attenzione paternalistica al minore, in quanto persona debole.

Si prevede certamente il diritto dei bambini «alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere» (art. 24, 1° comma, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea); nonché i diritti (come quelli stabiliti dalla Convenzione Internazionale sui diritti del fanciullo) al nome, alla nazionalità, alla famiglia, all'alimentazione, alle cure, alla casa, al gioco, all'istruzione, all'educazione, alla comprensione, alla tolleranza, alla pace, alla solidarietà, alla tutela dall'abbandono, dalla crudeltà, dallo sfruttamento e dalla discriminazione, alla «vita piena» e a partecipare alla comunità del minore disabile.

Ma poi le fonti europee riconoscono al minore diritti nuovi, non così evidenti nelle carte costituzionali nazionali.

Si parla pertanto di libertà di pensiero e del diritto del bambino ad essere ascoltato (art. 24, 1° co., Carta dei diritti fondamentali), del diritto alla mobilità (cfr. per es. art. 165 Trattato Funzionamento Unione Europea), del diritto «di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse» (art. 24, 2°

²⁹ Sull'interesse superiore del minore nella giurisprudenza della Corte si veda, in particolare, Corte EDU, sentenza *Neulinger e Shuruk c. Svizzera* del 6 luglio 2010, §§ 49-64.

³⁰ Cfr. le argomentazioni espresse nelle Conclusioni dell'Avvocato generale Eleanor Sharpston presentate il 30 settembre 2010 nella Causa C-34/09, *Ruiz Zambrano*, paragrafo 61.

co., Carta dei diritti fondamentali)³¹. Un diritto quest'ultimo che ribadisce la tutela individuale del minore ma nel quadro familiare.

Per riassumere questa attitudine dell'ordinamento giuridico, soprattutto quello sovranazionale, a ruotare intorno al figlio, Palazzo, usando una espressione introdotta da Carbonnier, parla di «diritto paidocentrico»³².

d) Dalla potestà alla responsabilità.

Nel diritto sovranazionale la concezione sostanziale e paidocentrica dei rapporti familiari impone una visione diversa da quella tradizionale del rapporto genitore-figlio.

Secondo la teoria tradizionale questo rapporto si caratterizza per essere alla base di una posizione giuridica di vantaggio dei genitori, la potestà, concepita come «complesso di poteri»³³, che il diritto riconosce come ufficio di diritto privato nell'interesse dei figli³⁴. Questi, rappresentando i soggetti passivi del rapporto, sono titolari non di diritti ma di una correlata situazione di soggezione³⁵.

Questa concezione è inconciliabile con il sistema paidocentrico attuale che protegge sempre e comunque i diritti dei figli e che concepisce soprattutto doveri dei genitori, l'inadempimento dei quali è fonte di responsabilità anche penale.

Sia il regolamento comunitario 2201/2003, sia la Convenzione dell'Aia del 1996 (concernente la competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori) riferendosi al complesso delle situazioni soggettive dei genitori nel rapporto di filiazione abbandonano l'espressione

³¹ V., in tal senso, sentenza 23 dicembre 2009, causa C-403/09 PPU, *Detiček*, in *Racc.* p. I-12193, punti 58-59.

³² A. PALAZZO, *La filiazione*, in Trattato Cicu Messineo, Milano, 2007, p. 571 e ora nella seconda edizione del 2013, p. 533; v. ID., *Famiglia e paidocentrismo tra carta dei diritti fondamentali e ordinamenti civili*, in A. PALAZZO, A. PIERETTI (a cura di), *Incontri assisani nell'attesa di Benedetto XVI*, Roma-Perugia, 2011, p. 71 ss.

³³ A. BELVEDERE, *Potestà dei genitori*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXIII, Roma, 1990, pp. 1-2.

³⁴ F. SANTORO-PASSARELLI, *Poteri e responsabilità patrimoniali dei coniugi per i bisogni della famiglia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, p. 8 ss.

³⁵ Cfr. F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1987, p. 73.

«potestà», pure diffusa in tutti i diritti europei, e la sostituiscono con «responsabilità genitoriale».

La responsabilità è più propriamente un insieme di situazioni giuridiche che tutelano il fondamentale «superiore interesse del minore» (cfr. 12° «considerando», regolamento 2201/2003; v. preambolo e diverse disposizioni della Convenzione dell'Aia).

e) Responsabilità e verità biologica nella procreazione.

Sulla base dell'interesse del minore viene ridisegnata la classica dicotomia fra *favor legitimitatis* e *favor veritatis* nella costituzione del rapporto di filiazione.

Nel diritto sovranazionale europeo si mette in evidenza il ruolo del rapporto biologico tra genitori e figli.

L'art. 2 della Convenzione di Strasburgo del 1975 (Convenzione europea sullo statuto giuridico dei figli nati fuori matrimonio) prevede che «La filiazione materna di ogni figlio nato fuori del matrimonio è stabilita dal solo fatto della nascita del bambino».

Inoltre la citata giurisprudenza Merckx ha stabilito che violano il combinato disposto dell'art. 8 n. 1 della Convenzione di Roma del 1950, e dell'art. 14 della medesima Convenzione, che proibisce discriminazioni in ragione della nascita, quelle legislazioni nazionali che fanno dipendere da un atto di riconoscimento la costituzione del vincolo giuridico di filiazione tra la madre ed il nato.

Per i padri non coniugati non si ritiene che l'assunzione di responsabilità operi automaticamente, ma che dipenda dal riconoscimento o comunque da una decisione giudiziale. Tale diritto al riconoscimento non deve comunque essere limitato dallo Stato³⁶.

La Corte EDU afferma che il rispetto della vita familiare, nella sua concezione sostanziale, comporta in ogni modo la prevalenza della filiazione in senso biologico e sociale, su ogni forma di presunzione³⁷.

³⁶ Sul punto concordano le due Corti europee: v. Corte EDU, Guichard c. Francia, del 2 settembre 2003, Recueil des arrêts et décisions 2003-X; v. anche, nel medesimo senso, sentenza Balbontin c. Regno Unito del 14 settembre 1999, ricorso n. 39067/97; per quanto riguarda la Corte di giustizia, 5 ottobre 2010, C-400/10 PPU, MCB, in *Racc.* 2010, p. I-8965.

³⁷ Corte EDU, 27 ottobre 1994, Kroon e al. c. Paesi Bassi, § 31, serie A no 297-C.

In corrispondenza di un obbligo positivo dello Stato di assicurare il rispetto della vita familiare in senso affettivo, nel caso *Chavdarov c. Bulgaria*, deciso il 21 dicembre 2010, si riconosce il diritto del padre biologico a formare una famiglia con i figli (attraverso l'affidamento), anche quando non sia possibile contestare la paternità presunta di un altro uomo. Questo sempre che la famiglia si sia costituita nel senso della Corte EDU, mediante l'instaurazione di rapporti affettivi e la convivenza.

Questo principio può essere riguardato anche dal punto di vista negativo. La separazione tra il genitore biologico e il figlio, nel caso di affidamento per esempio, se protratta nel tempo porta all'affievolimento dello stretto legame che è alla base della concezione della famiglia secondo la Corte EDU³⁸.

In tutti quei casi, in cui il rapporto biologico non è divenuto un rapporto di filiazione, si afferma almeno il diritto a conoscere le proprie origini, che deve essere opportunamente bilanciato con il diritto, eventualmente riconosciuto dall'ordinamento nazionale, all'anonimato di chi procrea (v. *Odièvre c. Francia* del 2003)³⁹.

Il diritto sovranazionale è in prima linea nel riconoscere l'impatto giuridico delle tecnologie della riproduzione, principalmente per l'accertamento della filiazione.

In questi casi, per effetto del principio di responsabilità genitoriale, la relazione biologica viene superata dalla dimensione sociale e affettiva della filiazione.

f) Libera circolazione delle persone e libera circolazione degli status.

Lo *status* di cittadino dell'Unione europea comprende situazioni giuridiche soggettive direttamente previste dall'ordinamento comunitario, in particolare la libertà di circolazione.

³⁸ Cfr. Corte EDU, *Ignaccolo-Zenide c. Romania*, n. 31679/96, § 102, CEDU 2000 I; *Id. Maire c. Portogallo*, n. 48206/99, § 74, CEDU 2003-VI; *Id. Pini e altri c. Romania*, nn. 78028/01 e 78030/01, § 148, CEDU 2004-V.

³⁹ Cfr. Corte europea per i diritti dell'uomo, 13 febbraio 2003, ricorso n. 42326/1998, *affaire Odièvre c. France*. Per un commento alla sentenza della Corte di Strasburgo v. J. LONG, *La Corte europea dei diritti dell'uomo, il parto anonimo e l'accesso alle informazioni sulle proprie origini: il caso Odièvre c. Francia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, pp. 283-311.

Come emerge anche dalla giurisprudenza comunitaria fin qui citata, la libertà di circolazione impone di eliminare tutti gli ostacoli frapposti dalle differenze normative tra uno Stato e l'altro. Non si tratta, come nel diritto internazionale privato di stabilire criteri per scegliere quale ordinamento applicare, dal punto di vista di un certo diritto nazionale.

Invece il diritto comunitario individua uno status e situazioni giuridiche propri, ai quali gli ordinamenti nazionali devono necessariamente conformarsi. Secondo la Corte tale «status consente a chi (...) si trovi nella medesima situazione di ottenere, nell'ambito di applicazione *ratione materiae* del Trattato (...), indipendentemente dalla cittadinanza e fatte salve le eccezioni a tal riguardo espressamente previste, il medesimo trattamento giuridico»⁴⁰.

Sebbene, di principio, la disciplina degli status familiari è di competenza nazionale, detta normativa interna non può essere invocata per disapplicare una norma comunitaria o principi come quello di non discriminazione⁴¹.

Anche se la Corte di giustizia ancora mantenga la distinzione tra ambito transnazionale (al quale si applicano le libertà comunitarie) e nazionale, la differenza appare sempre più sottile nella stessa giurisprudenza e la dottrina spinge ad una applicazione completa della cittadinanza europea⁴².

Come ricorda la Corte di giustizia, il diritto comunitario garantisce il rispetto della vita familiare dei cittadini comunitari, al fini di eliminare gli ostacoli all'esercizio delle libertà fondamentali riconosciuti dai Trattati⁴³.

⁴⁰ Corte giust. 2 ottobre 2003, C-148/02, *Garcia Avello*, in *Racc.* 2003, p. I-11613, punto 23; nonché, tra le altre, Corte giust. 20 settembre 2001, C-184/99, *Grzelczyk*, in *Racc.* p. I-6193, punto 31; Id. 11 luglio 2002, C-224/98, *D'Hoop*, in *Racc.* 2002, p. I-6191, punto 28.

⁴¹ Cfr. le argomentazioni dell'Avvocato generale Niilo Jääskinen presentate il 15 luglio 2010, nella causa C-147/08, *Jürgen Römer/Freie und Hansestadt Hamburg*, punto 69 ss. ed in altri punti.

⁴² Cfr., tra gli altri, J. M. CORTÉS MARTÍN, *Sobre lo esencial de los derechos vinculados a la ciudadanía y su articulación con el derecho fundamental a la vida familiar*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, settembre/diciembre, 2011, pp. 871-893; D. EDWARD, *European Citizenship – Myth, Hope or Reality?*, in *Problèmes d'interprétation – À la mémoire de Constantin N. Kakouris*, Gedenkschrift, Atene/Bruxelles, 2004, p. 123 ss. (in particolare pp. 131-133); C. DAUTRICOURT, S. THOMAS, *Reverse Discrimination and Free Movement of Persons under Community Law: All for Ulysses, nothing for Penelope?*, in *ELRev.*, vol. 34-2009, pp. 433-454.

⁴³ Corte giust., 14 aprile 2005, C-157/03, *Commissione/Spagna*, in *Racc.* 2005, p. I-2911, punto 26.

La possibilità di mantenere rapporti familiari è considerato il presupposto per il godimento effettivo della libertà di circolazione delle persone⁴⁴.

Anche nei casi in cui non sia in discussione la libera circolazione di un cittadino comunitario, il negare il ricongiungimento tra un cittadino dell'Unione e i suoi familiari privi di cittadinanza comunitaria potrebbe attentare al «nucleo essenziale dei diritti conferiti dallo status di cittadino dell'Unione»⁴⁵.

In questa prospettiva i diritti e gli status individuali validamente formati in uno degli Stati membri non possono essere misconosciuti o depotenziati in un altro Paese comunitario, perché ciò costituirebbe un ostacolo alla libera circolazione, e quindi un impedimento all'esercizio effettivo della cittadinanza comunitaria (v. più ampiamente l'intervento di Valentina Colcelli in questo volume)⁴⁶.

La disciplina comunitaria in materia di libertà di circolazione e di ricongiungimento rinvia prima di tutto alle qualificazioni soggettive previste nei diritti nazionali (discendente, ascendente, coniuge, partner, convivente, altro familiare), che operano negli altri Stati rispetto ai quali sono sorte.

Nella nozione di «unione registrata» vi possono rientrare, oltre alle unioni delle coppie costituite da persone di sesso diverso, anche le unioni tra persone dello stesso sesso se l'ordinamento nazionale di riferimento prevede l'unione registrata, come accade per la Spagna ad esempio, oppure per il Portogallo, il Belgio, l'Olanda.

Nei programmi di mobilità dei ricercatori della Unione europea, lo stipendio dipende anche dalla presenza del matrimonio o anche di «*relationship with equivalent status to a marriage recognised by the national legislation of the country of the host organisation or of the nationality of the researcher*» e in base alla presenza di «*dependent children who are actually being maintained by the researcher*» (Work Programme People, 2013, C(2012)4561 del 9 luglio 2012)). Questa disposizione deve pertanto essere applicata al ricercatore anche se

⁴⁴ Cfr. Corte giust., 3 luglio 1974, *Casagrande / Landeshauptstadt München*, 9/74, in *Racc.* 1974, p. 773.

⁴⁵ Corte giust., 15 novembre 2011, C-256/11, *Dereci e.a.*, in *Racc.* 2011, p. I-11315.

⁴⁶ V. COLCELLI, *Status en el Derecho de la Unión Europea*, in M. I. ÁLVAREZ LEDESMA, R. CIPPITANI (coord.), *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, Roma-Perugia-México, 2013.

si trova in un Paese, come per esempio l'Italia, che non riconosce le unioni civili o che pone limiti alla fecondazione eterologa, alla maternità surrogata, alla omoparentalità.

Gli Stati non possano opporre eccezioni alla circolazione degli status, basate sul diritto internazionale privato, come quelle legate alla reciprocità (art. 16 disp. prel. c.c.) o all'ordine pubblico (art. 16 legge 218/1995 intitolata alla Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato).

O meglio, l'ordinamento comunitario riconosce la possibilità di uno Stato membro di eccepire limiti di ordine pubblico alla circolazione della persona (art. 27, par. 2, direttiva 2004/38/CE) e quindi anche dei loro status soggettivi. Ma il ricorso ai limiti di ordine pubblico «presuppone, in ogni caso, oltre alla perturbazione dell'ordine sociale insita in qualsiasi infrazione della legge, l'esistenza di una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave nei confronti di un interesse fondamentale della società»⁴⁷.

A tale proposito, si possono proporre diversi esempi tratti dalla giurisprudenza comunitaria.

Limiti di ordine pubblico nazionali non si possono invocare a proposito della formazione del cognome da attribuire al figlio⁴⁸, considerato come questione attinente agli di status personali⁴⁹.

Nella giurisprudenza K.B.⁵⁰ la legge nazionale che impedisce a un tran-

⁴⁷ Corte giust. 4 ottobre 2012, C-249/11, *Hristo Byankov/ Glaven sekretar na Ministerstvo na vateshnite raboti*, punto 40, non ancora pubblicata; cfr. anche Corte giust. 10 luglio 2008, C-33/07, *Jipa*, in *Racc.* 2008, p. I-5157, punto 23; Id., 17 novembre 2011, C-430/10, *Gaydarov*, punto 33, non ancora pubblicata.

⁴⁸ Corte giust. 14 ottobre 2008, C-353/06, *Grunkin e Paul*, in *Racc.* 2008, p. I-7639, p. 38. In Corte giust. 22 dicembre 2010, C-208/09, *Ilonka Sayn-Wittgenstein/Landeshauptmann von Wien*, in *Racc.* 2010, p. I-13693, invece si considera di ordine pubblico il diniego di riconoscere nel cognome un titolo nobiliare attribuito da un altro Stato membro, in quanto è ritenuto apprezzabile l'eliminazione di detti titoli con l'obiettivo di perseguire l'eguaglianza dei cittadini (punti 93-95).

⁴⁹ Il cognome attiene allo status delle persone, secondo l'Avvocato generale Eleanor Sharpston nelle sue conclusioni presentate il 24 aprile 2008, nella causa C-353/06, *Stefan Grunkin e Dorothee Regina Paul/Leonhard Matthias Grunkin-Paul e Standesamt Stadt Niebüll*, punto 93.

⁵⁰ Corte giust. 7 gennaio 2004, C-117/01, *K.B.*, in *Racc.* 2004, p. I-541.

sessuale di sposarsi viene censurata in quando costituisce un ostacolo per la persona per percepire la pensione di reversibilità⁵¹.

Similmente viene ravvisata una discriminazione nel caso in cui, pur esistendo la possibilità di unioni registrate tra persone dello stesso sesso, le stesse non possono sposarsi e quindi non accedere a diritti come quelli in materia pensionistica (cfr. le conclusioni dell'Avvocato generale Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer nella causa Maruko).

3. — *Legge di riforma e quadro europeo.*

Appare utile il confronto tra la recente legge italiana che ha riformato lo status di filiazione (L. 219/2012) con il quadro giuridico sopranazionale, sia per comprendere come la legge 219/2012 venga incontro alle istanze europee, sia per evidenziare, sempre all'interno di detto quadro, le eventuali criticità.

Per molti aspetti, la legge si pone senz'altro nella linea dei principi individuati dal diritto sovranazionale.

I) *L'indifferenza dello status rispetto ai rapporti tra genitori.*

La legge delega porta a termine il cambiamento epocale della legge 151/1975 che, in attuazione del dettato costituzionale, aveva eliminato la categoria dei «figli illegittimi», introducendo però la distinzione tra i figli naturali e quelli legittimi e mantenendo il divieto di riconoscere i figli «incestuosi»⁵².

Detta situazione appariva incoerente anche con i principi sovranazionali sopra ricordati. In particolare la preminenza dell'interesse del figlio rende illegittima qualsiasi discriminazione dei figli nati fuori dal matrimonio, come ricorda la costante giurisprudenza della Corte EDU⁵³ in applicazione dell'art. 14 CEDU.

⁵¹ V. anche le motivazioni proposte dall'Avvocato D. Ruiz-Jarabo Colomer generale nelle sue conclusioni presentate il 10 giugno 2003 nella causa K.B.

⁵² Per un commento alle disposizioni della legge 219 sulla costituzione dello status di filiazione, v. tra gli altri A. PALAZZO, *La riforma dello status di filiazione*, in *Riv. dir. cin.*, 2013, 2, p. 245 ss.

⁵³ Cfr. Corte EDU, 13 giugno 1979, Markx c. Belgio; Id. 29 novembre 1991, Vermeire c. Belgio, serie A, n. 214-C; Id. 18 dicembre 1986, Johnston e altri c. Irlanda, serie A, n. 112; Id. 28 ottobre 1987, Inze c. Austria, serie A, n. 126.

La stessa Corte costituzionale italiana, nella sentenza n. 494 del 2002, con la quale si è dichiarata l'illegittimità dell'art. 278 c.c. aveva già affermato: «La Costituzione non giustifica una concezione della famiglia nemica delle persone e dei loro diritti: nella specie, il diritto del figlio, ove non ricorrano costringenti ragioni contrarie nel suo stesso interesse, al riconoscimento formale di un proprio *status filiationis*, un diritto che, come affermato da questa Corte (sentenza n. 120 del 2001), è elemento costitutivo dell'identità personale, protetta, oltre che dagli artt. 7 e 8 della citata Convenzione sui diritti del fanciullo, dall'art. 2 della Costituzione».

In ogni modo si era preferito demandare al legislatore l'adeguamento della disciplina della filiazione, ravvisando il carattere programmatico dei principi costituzionali⁵⁴.

Nella legge 219/2012 si afferma il principio per cui il rapporto di filiazione non possa dipendere dalla situazione o dai rapporti reciproci tra i genitori.

Ora l'art. 315 c.c. novellato stabilisce che «Tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico» e la legge delega chiede al legislatore delegato, tra l'altro: la sostituzione, in tutta la legislazione vigente, dei riferimenti ai figli legittimi e ai figli naturali con i riferimenti ai figli; viene però fatto salvo l'uso delle denominazioni di figli nati nel matrimonio o fuori del matrimonio, in relazione a disposizioni ad essi specificamente relative (lett. a); nonché una nuova articolazione e ridefinizione sistematica dei capi del titolo VII del libro primo, la cui rubrica è denominata «Dello stato di figlio»; la risistemazione ha anche finalità di coordinamento con l'abrogazione delle disposizioni sulla legittimazione (lett. b); l'unificazione della disciplina sui diritti e i doveri dei genitori nei confronti dei figli nati sia nel matrimonio che fuori del matrimonio (lett. h); il necessario coordinamento della disciplina del diritto internazionale privato di cui alla legge 218/1995 al principio di unicità dello stato di figlio (lett. m).

Il mutamento di approccio si osserva soprattutto nella riforma dell'art. 251 c.c. che sostituisce al divieto assoluto di riconoscimento dei figli «incestuosi», l'autorizzazione giudiziale al riconoscimento dei figli nati da persone «tra le quali esiste un vincolo di parentela in linea retta all'infinito o in linea collaterale nel secondo grado, ovvero un vincolo di affinità in linea retta».

Del resto la stessa Corte costituzionale, nella sentenza sopra citata, aveva

⁵⁴ Cfr., per es., Corte cost. 17 giugno 1987, n. 229.

ammesso la dichiarazione giudiziale di maternità/paternità nel caso di filiazione incestuosa, pur non permettendo il riconoscimento⁵⁵.

II) *L'ascolto*.

Antonio Palazzo, ne *La filiazione*, definisce una «rivoluzione copernicana» lo spostamento dell'asse dell'ordinamento giuridico e della filiazione verso il figlio.

Negli ultimi anni si è poi prodotta una vera e propria «svolta relativistica», sono parole dello stesso Autore, dovuta al diverso ruolo del figlio nel rapporto, da destinatario di un'attenzione paternalistica a principale attore, dotato di situazioni giuridiche di rango costituzionale e sovranazionale, come la libertà di esprimere il proprio pensiero e il diritto di essere ascoltato in tutti i procedimenti giudiziari e amministrativi che lo riguardano.

Anche questa svolta è stata propiziata dalle norme internazionali e sovranazionali.

In particolare tali diritti sono affermati nella Carta dei diritti fondamentali (art. 24, par. 1) e nel diritto derivato, come è il caso dell'art. 23 del regolamento europeo n. 2201/2003 (v. in particolare, gli artt. 11, par. 2; art. 23, lett. b); art. 41 par. 2).

La Carta dei diritti fondamentali a sua volta fa proprie le disposizioni internazionali, come la Convenzione sui diritti del fanciullo adottata a New York il 20 novembre 1989 (in Italia v. l. 27 maggio 1991, n. 176), in particolare l'articolo 12; nonché Convenzione europea sull'esercizio dei diritti del minore del 1996 (legge 77/2003), che stabilisce le modalità di esercizio del diritto all'ascolto del minore (v. art. 2, comma 1, lettera i)).

L'ascolto è un po' il prototipo dei diritti inviolabili del figlio e come tale va fatto valere sempre, in ogni momento e procedimento. Con la eventuale declaratoria di nullità di ogni procedimento⁵⁶, come afferma anche la recen-

⁵⁵ C.M. BIANCA, *La Corte costituzionale ha rimosso il divieto di indagini sulla paternità e maternità di cui all'art. 278, comma 1, c.c. (ma i figli irricognoscibili rimangono)*, in *Giurispr. Cost.*, 2002, fasc. 6, p. 4068-4074; G. DI LORENZO, *La dichiarazione giudiziale di paternità e maternità naturale dei figli nati da rapporto incestuoso*, *ivi*, 2003, fasc. 1, p. 446-457; G. FERRANDO, *La condizione dei figli incestuosi: la Corte costituzionale compie il primo passo*, in *Famiglia*, 2003, fasc. 3, p. 848 ss.

⁵⁶ A. GRAZIOSI, *Una buona novella di fine legislatura: tutti i «figli» hanno eguali diritti, dinanzi al tribunale ordinario*, in *Famiglia e Diritto*, 2013, 3, p. 263.

tissima giurisprudenza che si sta formando sul diritto di ascolto del minore⁵⁷, nel caso di violazione di tali diritti

La legge 219 stabilisce quindi che il legislatore delegato dovrà disciplinare le modalità di esercizio del diritto all'ascolto del minore, che abbia adeguata capacità di discernimento, precisando che, nell'ambito di procedimenti giurisdizionali, ad esso provvede il presidente del tribunale o il giudice delegato (lett. i).

In tutte le procedure che lo riguardano, il minore che ha compiuto i dodici anni - e anche prima ove capace di discernimento - deve essere ascoltato. Si generalizza per legge quindi (oltre a quanto già prevede l'articolo 155-*sexies* del codice civile per la separazione e il divorzio) il diritto del minore a esprimere il suo punto di vista.

In ogni modo l'aderenza ai principi internazionali sarebbe stato più completo con l'esplicito rinvio alle Linee guida del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa per una giustizia a misura di minore, adottate dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa il 17 novembre 2010. Ciò in modo da evitare una eccessiva discrezionalità del giudice nel procedimento di ascolto (sul punto v. quanto ricordato da Graziella Algieri in questi Atti).

III) *La parentela ed i legami con gli altri familiari.*

La legge 219, novellando gli artt. 74 e 258 del codice civile, elimina il residuo di una diversa concezione sociale e giuridica della famiglia, che limitava la parentela solo ai rapporti familiari derivanti dal matrimonio.

Sul punto si era proposto già una interpretazione conforme alle norme internazionali (ma forse alle stesse norme nazionali, visto che l'art. 74 c.c. faceva riferimento alla discendenza dallo stesso stipite senza distinzioni), ma la Corte costituzionale, un po' sorprendentemente, aveva scelto di conservare l'anacronismo, ritenendo giustificata la distinzione tra parentela e consanguineità⁵⁸.

⁵⁷ Trib. Varese, 24 gennaio 2013, in *Corriere del Merito*, 2013, 6, 619 nota di PAPARO.

⁵⁸ Corte cost., 23 novembre 2000, n. 532; Id., 12 maggio 1977, n. 76; Id., 2 giugno 1977, n. 99; Id., 4 luglio 1979, n. 55. Per una critica a questa impostazione, A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., II ed., p. 564; C.M. BIANCA, *I parenti naturali non sono parenti? La Corte costituzionale ha risposto: la discriminazione continua*, in *Giust. civ.*, 2001, p. 591 ss.; M. DELLA CASA, *La vocazione a succedere dei parenti naturali tra garanzie costituzionali e normativa codicistica*, in *Famiglia*, 2001, p. 502.

La rilevanza sostanziale dei rapporti familiari fa sì che le norme sovranazionali non distinguano tra famiglia «legittima» e «illegittima»; ciò sulla base della regola per cui non si può discriminare una persona con riguardo alla sua nascita, ai sensi dell'art. 14 CEDU (v. tra tutte la citata sentenza *Marckx c. Belgio*, v. in particolare il punto 31).

Detto orientamento giurisprudenziale aveva appunto censurato la legislazione belga che non riconosceva come successori dei parenti dei genitori il figlio nato fuori dal matrimonio.

Inoltre a fronte di una copiosa giurisprudenza, soprattutto riguardante i nonni, il nuovo articolo 315 *bis* ha riconosciuto lo specifico diritto «di crescere in famiglia e di mantenere rapporti significativi con i parenti».

Quelle relazioni familiari già riconosciute nell'art. 8 della Convenzione Internazionale e dalla Convenzione europea sulle relazioni personali riguardanti i fanciulli (firmata a Strasburgo 15 maggio 2003).

4. — *Non corrispondenza con i principi sovranazionali.*

Per molti altri versi la legge delega non sembra tenere conto di questioni che hanno invece un rilievo nella legislazione e nella giurisprudenza supranazionale.

A) *La conoscenza delle proprie origini.*

La legge non fornisce una risposta alla questione sollevata dalla condanna subita dall'Italia da parte della Corte di Strasburgo (nella causa *Godelli c. Italia*, con sentenza del 25 settembre 2012) per violazione dell'art. 8 CEDU con riguardo alla disciplina del «parto anonimo» e cioè dalla possibilità della madre di non essere menzionata nell'atto di nascita (ai sensi della legge 184/1993).

La Corte ha censurato l'Italia perché non prevede né la possibilità del figlio di accedere alle informazioni relative alla madre biologica, sebbene non identificanti; né rende possibile per la madre modificare la situazione di anonimato (sul tema v. più ampiamente l'intervento di Stefania Stefanelli in questi Atti).

La Corte nella sentenza *Odièvre c. Francia* del 2003 ricorda che «l'arti-

colo 8 tutela un diritto all'identità e allo sviluppo personale e quello di allacciare e approfondire relazioni con i propri simili e il mondo esterno» e nella sentenza Godelli che il diritto allo sviluppo della persona contribuisce alla conoscenza dei dettagli relativi alla propria identità di essere umano e quella dei propri genitori⁵⁹. La nascita, e in particolare le circostanze di quest'ultima, rientra nella vita privata del bambino, e poi dell'adulto, sancita dall'articolo 8 della Convenzione che trova così applicazione nel caso di specie.

Per la Corte, dunque, l'Italia non ha effettuato un bilanciamento degli interessi in gioco, principalmente quello del figlio a conoscere le proprie origini, anche a tutela della sua salute, e il diritto all'anonimato della partoriente, riconosciuto dalla legge di paesi come l'Italia e la Francia.

Proprio la legislazione francese, che aveva dato origine nel 2003 alla causa Odièvre, è stata giudicata coerente con l'art. 8 CEDU, in quanto prevede la conservazione di informazioni non identificative della partoriente e la possibilità, con l'accordo della madre biologica, di rimuovere l'anonimato⁶⁰.

B) *La filiazione nei casi non previsti dalla legge italiana.*

La filiazione può costituirsi in ipotesi previste in altre legislazioni, ma non considerate o addirittura vietate in Italia.

I) Si prenda il caso della fecondazione eterologa, con donazione di spermatozoi o ovociti. In questo caso i genitori sono senz'altro la madre partoriente e il padre il coniuge o il convivente che ha riconosciuto il figlio. Occorre ricordare che la legge 40/2004 esclude che coloro che abbiano acconsentito alla fecondazione eterologa possano rifiutare il riconoscimento degli figlio in seguito nato. Ma nel caso di nascita con maternità surrogata, invece, la donna non partoriente non sarebbe la madre.

In un caso deciso dalla sentenza della Corte di Appello di Bari del 25 febbraio 2009⁶¹, si è affermato che la trascrizione della filiazione di due figli nati dalla maternità surrogata era ammissibile, in quanto cittadini inglesi e in applicazione dell'interesse superiore del minore. Più di recente un decreto

⁵⁹ Corte EDU, *Mikulić c. Croazia*, n. 53176/99, § 53, CEDU 2002 I, §§ 54 e 64.

⁶⁰ Cfr. anche Corte EDU, 10 gennaio 2008, *Kearns c. Francia*, n. 35991/04.

⁶¹ In *leggiditalia.it*.

del 1 luglio 2011 del Tribunale Napoli⁶² ha ordinato la trascrizione di un certificato formato all'estero riguardante un minore nato in virtù della tecnica della procreazione assistita eterologa (nella specie maternità surrogata), poiché si ritiene che non costituisca violazione dell'ordine pubblico.

Stesso principio viene applicato dalle corti francesi (v. Corte d'appello di Parigi del 25 ottobre 2007) e dalla prassi spagnola (Risoluzione della Dirección General de los Registros y el Notariato, del 18 febbraio 2009), pur non esistendo una normativa specifica a riguardo.

II) Questione simile è la filiazione omoparentale, vietata in Italia e ammessa in altri ordinamenti giuridici europei.

Il riconoscimento della filiazione legalmente costituita in altri Paesi comunitari, sebbene in casi non ammissibili nel nostro diritto⁶³, comincia ad essere affermata nella giurisprudenza di merito, come auspicato e argomentato in dottrina⁶⁴.

Si coglie inoltre, nella giurisprudenza, la tendenza ad abbandonare lo sfavore verso le unioni omosessuali, come messo in evidenza recentemente anche dalla Cassazione, che nega le ripercussioni negative dell'affidamento ad un genitore che convive con una persona dello stesso sesso; tali conseguenze negative, argomenta la Corte; non sarebbero basate su dati scientifici ma su un mero pregiudizio⁶⁵.

III) Altro tema è l'adozione avvenuta in applicazione di regole diverse da quelle stabilite dalla legge 184, come nel caso di adozione da parte di *single*.

⁶² In *Corriere del Merito*, 2012, 1, p. 13.

⁶³ Il Tribunale di Roma nel 2009 ha respinto l'azione di disconoscimento della paternità promossa dai fratelli di un cittadino italiano sposato nel Regno Unito con un altro uomo. Per un resoconto giornalistico della vicenda v., ad esempio, A. GARIBALDI, *La dinastia e i figli della provetta. I Doria in tribunale per l'eredità*, in *Corriere della Sera*, 10 ottobre 2009. La sentenza è stata commentata da B. MOLASCHI, *La procreazione medicalmente assistita: uno sguardo comparato tra Italia e Inghilterra*, in *Fam. Pers. Succ.*, 2010, 7, p. 524.

⁶⁴ F. BILOTTA, *Omogenitorialità, adozione e affidamento familiare*, in *Dir. fam.*, 2010, p. 901 ss.

⁶⁵ Cass. civ., 11 gennaio 2013, n. 601, in *Giur. It.* 2013, p. 4.

La legge italiana sulle adozioni ammette già l'adozione «in casi particolari» ai sensi dell'art. 44, che tuttavia non è un'adozione piena⁶⁶. Tale forma di adozione potrebbe essere considerata discriminante, in base alla giurisprudenza della Corte EDU in un analogo caso che ha preso in esame la legislazione del Lussemburgo⁶⁷.

Anche l'articolo 46 che prescrive il consenso del coniuge andrebbe interpretato in modo flessibile tenendo conto del richiamo all'effettività richiesto dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo⁶⁸.

L'adozione del convivente, in ogni modo, dovrebbe essere ammessa nei casi di coppie dello stesso sesso ai sensi della sentenza della CEDU⁶⁹, che ha considerato illegittimo il divieto di adozione motivata dalla omosessualità.

Si deve tenere conto, inoltre, che la nuova convenzione di Strasburgo sull'adozione dei minori del 2008 (che modifica la precedente) all'art. 7, paragrafo 2, stabilisce la possibilità degli Stati di prevedere l'adozione da parte di conviventi o di coppie dello stesso sesso sposate o con una unione registrata.

Per la Corte EDU sicuramente le coppie dello stesso sesso e i figli generati con la riproduzione assistita rientrano a pieno titolo nel concetto di famiglia⁷⁰.

In ogni modo, in tutti i casi sopra menzionati, quando si è validamente formato lo status di filiazione all'estero e, soprattutto in un paese comunitario, l'applicazione dei principi del valore sostanziale dei rapporti familiari, del divieto di discriminazione, della libera circolazione, e principalmente il dovere di tutelare l'interesse del minore, ne impongono il riconoscimento pieno nel nostro ordinamento giuridico.

⁶⁶ v. Cass. 14 febbraio 2011, n. 3572, in *Famiglia e Diritto*, 2011, 7, 697 nota di ASTONE; in *Giur. It.*, 2011, 6, 1275; in *Foro It.*, 2011, 3, 1, p. 728.

⁶⁷ Corte EDU, 28 giugno 2007, *Wagner c. Lussemburgo*.

⁶⁸ Contra Cass. civ. Sez. I, 10 maggio 2011, n. 10265 che, sulla scorta della legge 54/2006 legge l'art. 317 *bis* in base al principio di bigenitorialità anche del genitore non convivente.

⁶⁹ Corte EDU, 22 gennaio 2008, *E. B. c. Francia*.

⁷⁰ V. Corte EDU, 31 agosto 2010, *Gas and Dubois c. Francia*, no. 25951/07.

Non appaiono coerenti con detti principi soluzioni formalistiche come quella proposta in Francia dal *Conseil d'État* che, nel caso di maternità surrogata realizzata all'estero, ha suggerito di trascrivere la paternità, ma non la filiazione della «*mère d'intention*».

In ogni modo il coinvolgimento di quest'ultima verrebbe anche formalmente riconosciuto attraverso strumenti pur presenti nella legislazione francese come l'adozione nel caso di coniugi (ma la stessa misura per la legge francese non sarebbe possibile per i conviventi, perché in tal caso la potestà genitoriale si trasferirebbe in capo all'adottante); la «*délégation*» (art. 377 *code civil* v. in seguito); oppure facendo comunque registrare a margine dell'atto di nascita il provvedimento straniero, in modo da far risultare il legame nei rapporti della vita quotidiana (con la pubblica amministrazione, con le scuole ecc.).

Si tratta di una soluzione simile a quella che deriva dalla sentenza della Cassazione n. 4184 del 15 marzo 2012, che ha deciso che il matrimonio di persone dello stesso sesso è «inesistente» per l'ordinamento interno, anche se, con una formula ambigua, le persone omosessuali conviventi in stabile relazione di fatto sono titolari del diritto alla «vita familiare» e possono agire in giudizio in «specifiche situazioni» per reclamare un «trattamento omogeneo» rispetto ai conviventi matrimoniali.

C) *Il cognome.*

La legge di riforma non ha preso posizione neppure riguardo al tema del cognome dei figli⁷¹. Si è giustamente osservato che si è trattato di una occasione perduta⁷².

In Italia una prassi costante prevede che il cognome da attribuire al figlio di genitori sposati sia quello del padre, sebbene la normativa dello stato civile nulla stabilisca a riguardo.

⁷¹ Sugli aspetti di diritto nazionale e sovranazionale dell'attribuzione del cognome, v. S. STEFANELLI, *Nombre y status de la persona entre derecho interno y derecho comunitario*, in *Diritto e processo*, 2011, p. 239 ss.; ID., *Nombre y apellido*, in M. I. ÁLVAREZ LEDESMA, R. CIPPITANI (coord.), *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, cit.

⁷² M. TRIMARCHI, *Il cognome dei figli: un'occasione perduta dalla riforma*, in *Famiglia e Diritto*, 2013, 3, p. 243.

Nel caso dei figli nati fuori dal matrimonio la prevalenza del cognome paterno è chiaramente prevista dalla legge, sia nel caso in cui il riconoscimento avvenga congiuntamente, sia che si realizzi in momenti diversi.

Questa prevalenza si pone in conflitto con diverse regole internazionali o sovranazionali.

Innanzitutto si realizza un contrasto con il principio di eguaglianza tra donna e uomo, sancito nello specifico, dall'art. 16, lett. g), della Convenzione di New York del 19 dicembre 1979, ratificata dall'Italia con l. 14 marzo 1985, n. 132 e da interventi del Consiglio d'Europa, attraverso le raccomandazioni nn. 1271/1995 e 1362/1998, e la risoluzione n. 37/1978; nonché le pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Inoltre l'attribuzione automatica del cognome potrebbe essere contrario all'interesse del minore.

L'art. 8 della Convenzione sui diritti dei fanciulli parla espressamente di un «diritto del fanciullo a preservare la propria identità, ivi compresa la sua nazionalità, il suo nome e le sue relazioni familiari, così come riconosciute dalla legge, senza ingerenze illegali».

A proposito della filiazione naturale, già negli anni '90 la Corte costituzionale aveva dichiarato illegittimo, ai sensi dell'art. 2 Cost., l'art. 165, r.d. 9 luglio 1938, n. 1238 (precedente ord. stato civile), nella parte in cui non prevedeva che, qualora si verificassero rettifiche degli atti di stato civile che modificassero il cognome, la persona potesse ottenere il diritto a mantenere il cognome originario, se questo era da considerarsi come autonomo segno distintivo della sua identità personale.

Negli ultimi anni, la Cassazione è costante nel negare l'automatica attribuzione del cognome e del criterio della prevalenza di quello paterno, se non nel caso previsto dall'art. 262 c.c., per il caso del riconoscimento contemporaneo.

Si sottolinea, infatti, che occorre sempre verificare l'interesse del minore, che è l'unico criterio che dovrebbe fondare ogni decisione e quindi anche quella relative al cognome⁷³.

⁷³ Tra gli ultimi provvedimenti, v. Cass. civ. Sez. VI – 1, ordinanza, 5 giugno 2013, n. 14232, in *leggiditalia.it*; Cass. civ. Sez. I, 15 dicembre 2011, n. 27069, in *Fam. Pers. Succ.*, 2012, 3, 179 nota di FANTETTI; in *Famiglia e Diritto*, 2012, 2, 133 nota di CARBONE.

La Corte costituzionale, pur riconoscendo il potenziale contrasto tra la disciplina italiana ed i principi summenzionati, ha rinviato la questione al legislatore (da ultimo nell'ordinanza 145/2007), che, però appunto, non ha colto l'occasione nella legge in commento.

Ancora, l'automatica attribuzione del cognome paterno potrebbe essere incoerente con il principio fondamentale della libertà di circolazione, di cui all'art. 21 Trattato FUE.

Nel caso di figlio nato da genitori cittadini di due Paesi diversi, le regole di diritto privato internazionale fanno prevalere la cittadinanza italiana (art. 19, l. n. 218/1995). Inoltre l'ordinamento dello stato civile non prevede la possibilità di applicare le regole di attribuzione del cognome di altri Paesi. Ancora, gli artt. 84 e 86 stabiliscono che si possa ottenere il cambiamento del cognome, solo a seguito dell'autorizzazione del Ministero dell'Interno-Prefetto).

La giurisprudenza comunitaria (v. le citate sentenze Carlos García Avello del 2003 e Grunkin e Paul del 2008), ha invece affermato la possibilità per i genitori di due Stati comunitari di scegliere quale ordinamento giuridico in concreto applicare.

D) *La responsabilità genitoriale.*

Antonio Palazzo, già nella prima edizione de *La filiazione*, aveva segnalato l'opportunità di introdurre nel nostro ordinamento la nozione sovranazionale di responsabilità.

In base alla disciplina successiva alla riforma del 1975 si può affermare che potestà e doveri non sono concetti assimilabili⁷⁴. Ciò in base ad una impostazione sistematica risalente almeno al codice civile del 1865.

E così mentre i doveri dei genitori sono disciplinati nell'ambito del matrimonio (nel Titolo IV, *Del matrimonio*, Capo IV, *Dei diritti e dei doveri che nascono dal matrimonio*, artt. 147 e 148 c.c.), sebbene in linea di principio applicabili anche ai genitori non coniugati (v. art. 30 Cost. e gli artt. 277 e 279 c.c. per la filiazione fuori dal matrimonio e non riconoscibile), la potestà invece è disciplinata nel Titolo IX.

⁷⁴ F. GIARDINA, *Potestà dei genitori*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, II, p. 485 ss.; A. BUCCIANTE, *Potestà dei genitori*, cit., p. 775 ss.

Si argomenta così che gli obblighi, come il mantenimento⁷⁵, possono prescindere dalla potestà anche nel caso di decadenza⁷⁶ o del raggiungimento della maggiore età del figlio o della sua emancipazione⁷⁷.

Nella potestà, invece, ricadono i poteri veri e propri come quelli riguardanti l'educazione e l'istruzione⁷⁸, oppure quelli relativi alla sfera patrimoniale (principalmente la rappresentanza e l'amministrazione, nonché l'usufrutto legale).

Questa ricostruzione sistematica conduce a risultati incoerenti.

Innanzitutto perché distingue tra i doveri dei genitori, alcune situazioni giuridiche che sarebbero da considerarsi poteri. In realtà la Costituzione e il codice qualificano come doveri anche l'educazione e l'istruzione, mentre le attività sui beni sono funzionali al solo soddisfacimento dell'interesse del minore. Quindi sempre di doveri si dovrebbe parlare.

Inoltre la ripartizione tra doveri e potestà viene basata sul presupposto della convivenza con il minore: la potestà spettava al genitore che, convivendo con il figlio, poteva esercitare i suoi poteri. Questo quasi che la potestà, ed i poteri che ne derivavano, fossero costruiti sul modello del possesso (art. 1173 c.c.). In realtà anche prima della legge 54/2006 sull'affidamento condiviso, il coniuge non affidatario aveva voce in capitolo in materie come l'istruzione e l'educazione (art. 155, 3° comma, c.c. per la filiazione nel matrimonio; art. 371 *bis* c.c. per la filiazione fuori dal matrimonio). A maggior ragione dopo.

La convivenza del genitore con il minore potrebbe al limite comportare diverse modalità di attuazione degli obblighi, ma non costituirne presupposto esclusivo.

La «Commissione Bianca» ha quindi proposto di adattare la disciplina del rapporto di filiazione al diritto sovranazionale e a quanto previsto da altre legislazioni europee (v. *l'autorité parentale* dell'art. 371-1 *code civil*; *elterliche Sorge* del § 1626 del BGB; v. anche la definizione dell'art. 154 *código civil*), che considerano la «responsabilità» come insieme delle situazioni giuridiche che derivano dal rapporto di filiazione.

⁷⁵ F. SANTOSUOSSO, *Il matrimonio*, in *Comm. Cod. civ.*, Torino, 1981, p. 577.

⁷⁶ Cass., 9 gennaio 1976, n. 38, in *Giur. it.*, 1977, I, 1, c. 400.

⁷⁷ A.C. PELOSI, *Potestà dei genitori sui figli*, in *Noviss. Dig. it., App. V*, Torino, 1984, p. 1124 ss.

⁷⁸ M. GIORGIANNI, *Note introduttive agli artt. 315-318*, in *Comm. dir. it. fam. Cian-Oppo-Trabucchi*, tomo IV, Padova, 1992, p. 285 ss., spec. p. 301.

Si propone quindi di modificare la denominazione del Titolo IX, del Libro primo del codice che avrebbe dovuto essere intitolato «Della responsabilità genitoriale e dei diritti e doveri dei figli», suddiviso poi in due Capi. Come affermava la Relazione finale «Con i nuovi Capo I e Capo II, si vuole rendere unica, anche a livello sistematico, la disciplina dei rapporti tra genitori e figli sia nella fase che potremo dire “fisiologica” del rapporto genitoriale, sia nel caso in cui si dissolva il legame, matrimoniale o di fatto, tra i genitori e il giudice sia chiamato ad omologare, prendere atto di accordi ovvero dettare provvedimenti di affidamento e mantenimento dei figli».

Il nuovo art. 315 *bis*, inoltre, afferma in generale i doveri dei genitori nei confronti del figlio, doveri previsti anche nell'art. 147 c.c. seppure con qualche differente sfumatura (nell'art. 315 *bis* si aggiunge il dovere dell'assistenza morale).

E) Il ruolo dei terzi nell'esercizio della responsabilità.

In base alla concezione sostanziale dei rapporti familiari, come si è accennato, nel diritto sovranazionale si ritiene che il diritto al rispetto della vita privata e familiare sia comprensivo non solo del rapporto genitoriale, ma anche delle relazioni con i congiunti.

La Corte EDU afferma che la nozione di vita familiare «comprende per lo meno i rapporti tra parenti, che possono svolgere un ruolo importante nell'ambito della stessa», ad esempio tra nonni e nipoti⁷⁹.

Il ruolo dei nonni viene accennato nell'art. 148 c.c. che li coinvolge nella cura del minore, sebbene in modo sussidiario.

Molto più aderente alle fonti sovranazionali è la legge 219/2012, che, nell'art. 2, comma 1, lett. q) stabilisce che sia prevista una «legittimazione degli ascendenti a far valere il diritto di mantenere rapporti significativi con i nipoti minori».

Ma indipendentemente dalla configurazione di un ruolo dei nonni nella cura dei minori, in realtà il nostro ordinamento non dà alcun rilievo ad altre persone che pure possono intrattenere con il minore rapporti, di fatto importanti.

⁷⁹ Corte EDU del 13 giugno 1974, *Marckx c. Belgio*, cit.; Id. 9 giugno 1998, *Bronda c. Italia*, n. 22430/93, in *Racc.* 1998-IV, § 51.

Un ruolo di rilievo nella vita dei minori viene assunto da persone quali i coniugi o conviventi del genitore. Si tratta di un ruolo tanto concretamente importante, quanto misconosciuto, o quasi, per il mondo del diritto italiano.

L'art. 252 c.c. contiene un riferimento alla questione dell'altro coniuge e degli altri figli (tranne nel caso in cui il figlio era già stato riconosciuto prima del matrimonio). Per esso il giudice «adotta ogni altro provvedimento a tutela del suo [del minore] interesse morale e materiale» e «stabilisce le condizioni che il genitore cui il figlio è affidato deve osservare e quelle cui deve attenersi l'altro genitore».

Nulla si dice a proposito della partecipazione alla cura del minore da parte del coniuge o del convivente del genitore collocatario.

La questione comincia ad emergere anche nella giurisprudenza italiana di merito. Si ritiene che il genitore divorziato possa coinvolgere il proprio figlio nella convivenza con un nuovo partner, se ovviamente non sia provato il pregiudizio⁸⁰.

Nel diritto sovranazionale e negli altri ordinamenti europei il tema ha già da tempo avuto un suo rilievo giuridico, sia sotto il profilo del diritto del minore a intrattenere rapporti con persone diverse dai familiari, sia nel senso di attribuire a dette persone una vera e propria forma di responsabilità parentale.

Sotto il primo profilo, in altri paesi europei si può individuare il diritto del minore di frequentare «persone di riferimento» (*Bezugspersonen*) diverse dai genitori, per utilizzare l'espressione di cui al § 1685 BGB.

Il *Children Act* del 1989 nel Regno Unito prevede che il giudice possa emettere un *contact order* in modo da imporre al genitore di consentire le visite e la frequentazione del figlio con diverse persone quali, oltre all'altro genitore (art. 10): l'altro coniuge o partner; ogni persona che ha vissuto con il bambino per almeno tre anni; ogni parente che abbia vissuto almeno un anno con il bambino, ed in generale ogni persona che stabilisce il giudice nell'interesse del minore⁸¹.

⁸⁰ Trib. Milano, 23 marzo 2013, in ilcaso.it, che ricorda come la letteratura psicologica sul punto ritiene che il graduale inserimento dei nuovi compagni, nella vita dei figli di genitori separati, corrisponda al loro benessere, qualora i genitori facciano comprendere che le nuove figure non si sostituiscono a quelle degli altri genitori.

⁸¹ Ai sensi dell'art. 8, par. 1, il *contact order* è definito come «an order requiring the person with

Nel diritto francese, il secondo *alinéa* dell'art. 371-4 *cod civil* stabilisce che «*Si tel est l'intérêt de l'enfant, le juge aux affaires familiales fixe les modalités des relations entre l'enfant et un tiers, parent ou non*»⁸².

Ma poi la stessa definizione di «responsabilità genitoriale» è in realtà tanto ampia da comprendere tutti coloro che possano attendere alle cure del minore⁸³.

Inoltre, secondo il diritto internazionale, la legislazione nazionale dovrebbe prevedere strumenti legislativi e amministrativi di protezione del minore anche attraverso persone diverse dai genitori che hanno la responsabilità (art. 3, par. 2, della Convenzione sui diritti dei fanciulli del 1989).

Il *Children Act* del 1989 individua la nozione dello «*step-parent*» che è il coniuge o *civil partner* del genitore. A tale proposito si prevede una vera e propria *Acquisition of parental responsibility by step-parent*, in base all'accordo dei genitori o per ordine del giudice (v. art. 4).

In Francia nel 2009 è stato presentato un *Avant projet de loi sur l'autorité parentale et le droits de tiers*.

La proposta di legge mirava, tra l'altro, a riconoscere al terzo la possibilità di compiere «*acte usuels*», quali quelli relativi alla salute del minore (si pensi a cure ordinarie come vaccinazioni, cure dentarie, piccole ferite); la richiesta di documenti di carattere amministrativo; i rapporti con le scuole.

In ogni modo, al di là di questo progetto, che per ora non ha avuto fortuna soprattutto per ragioni ideologiche, si deve tener conto che nel diritto francese vi sono altri strumenti per coinvolgere formalmente i terzi nella cura del minore, quali soprattutto la *delegation de l'autorité parentale*, di cui all'art. 377 *code civil*, secondo il quale «*Les père et mère, ensemble ou séparément,*

whom a child lives, or is to live, to allow the child to visit or stay with the person named in the order, or for that person and the child otherwise to have contact with each other.

⁸² Sul ruolo del terzo nel rapporto di filiazione nel diritto francese, v. M.G. STANZIONE, *Rapporti di filiazione e «terzo genitore»: le esperienze francese e italiana*, in *Famiglia e Diritto*, 2012, 2, p. 201.

⁸³ Il che è chiaro anche nelle elaborazioni dottrinali di principi in materia, come i «*Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*», elaborati dalla *Commission on European Family Law* (in ceflonline.net) che all'articolo 3.9 stabiliscono che «*Parental responsibilities may in whole or in part also be attributed to a person other than a parent.*

peuvent, lorsque les circonstances l'exigent, saisir le juge en vue de voir déléguer tout ou partie de l'exercice de leur autorité parentale à un tiers, membre de la famille, proche digne de confiance, établissement agréé pour le recueil des enfants ou service départemental de l'aide sociale à l'enfance».

5. — *Alcune osservazioni di tecnica legislativa.*

La legge 219/2012 è stata anche certamente ispirata dall'idea di rendere la disciplina del rapporto di filiazione più vicina al contesto segnato dal diritto sovranazionale e internazionale.

La Relazione conclusiva della Commissione Bianca fa in diversi casi riferimento al diritto comunitario (in particolare alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e al regolamento 2201/2003), alla CEDU così come letta dalla Corte di Strasburgo, alle convenzioni internazionali in materia di minori.

Si può tuttavia osservare come questo riferimento non appaia sistematico e, come si è cercato di spiegare, non viene sviluppato con riguardo a diverse questioni poste dal diritto europeo.

A fronte di un sistema sovranazionale basato da principi come il carattere sostanziale dei rapporti, il paidocentrismo e la libera circolazione degli status, l'ordinamento giuridico italiano rimane ancora ancorato a soluzioni formalistiche e improntate alla chiusura.

Dato il rilievo assunto dal diritto sovranazionale per il nostro diritto, nell'*iter* di approvazione delle leggi sarebbe stato opportuno dedicarvi maggiore attenzione. Ciò anche con riguardo a temi, come quello del diritto di famiglia, che, seppure non di esclusiva competenza comunitaria, è alla fine profondamente influenzato dal diritto europeo come si è potuto osservare nelle osservazioni che precedono.

Da questo punto di vista, la situazione appare notevolmente diversa da quella in cui si è inserita la riforma del diritto di famiglia del 1975, nella quale la discussione poteva vertere sul confronto e la circolazione dei modelli elaborati in Europa nello stesso periodo⁸⁴. Oggi si deve invece parlare di diretta

⁸⁴ Per una ricostruzione dei lavori della riforma del 1975, v., per esempio, G. CASSANO

applicazione del diritto sovranazionale o comunque di interpretazione conforme del diritto nazionale rispetto a quello transnazionale

Diverso è l'approccio seguito in altri Paesi, dove si può osservare una differente concezione della tecnica di redazione dei testi di legge⁸⁵.

Si può portare come esempio, che si è avuto occasione di studiare in un'altra occasione, la legislazione francese in materia di bioetica (da ultimo la *loi* n. 2011-814 del 7 luglio 2011)⁸⁶. Si tratta di una materia molto vicina al diritto di famiglia, se non altro per le molteplici implicazioni extragiuridiche, per il conflitto di interessi e concezioni culturali diverse, per l'impatto delle regole europee e internazionali.

In quella materia si è scelto di provocare un ampio dibattito tra gli esperti e la società civile.

A livello tecnico si segnala il contributo del *Conseil d'État*⁸⁷, che ha verificato la proposta di legge proprio con riferimento al diritto europeo e a quello internazionale, con un esame analitico relativo ad ogni disposizione. Ciò in modo da misurare la compatibilità del disegno di legge con il contesto normativo sovranazionale e prevedere eventuali giudizi di censura del giudice di Lussemburgo o quello di Strasburgo.

Questo esame non dà la garanzia poi di scelte legislative ineccepibili, ma in una logica di trasparenza e *accountability*, mostra il percorso logico delle scelte legislative, sia sotto il profilo giuridico, sia sotto quello politico.

Ciò è importante non solo nella fase di approvazione della legge, per fornire agli attori sociali e ai decisori politici tutti gli elementi di giudizio. Ma

(a cura di), *Il diritto di famiglia nei nuovi orientamenti giurisprudenziali*, Milano, 2006, Volume 1, p. 26 ss.

⁸⁵ Negli anni scorsi si era acceso un dibattito sul tema della tecnica di redazione dei testi legislativi («drafting»), che oggi appare sopita. Si v., per esempio, M. D'ANTONIO (a cura di), *Corso di studi superiori legislativi 1988-1989*, Padova, 1990, con contributi di giuristi, filosofi e linguisti, come G. Amato, A. Barettoni Arleri, G. Carcaterra, E. De Marco, V. Frosini, M.S. Giannini, F. Lanchester, R. Pagano, F. Parillo, F. Sabatini, P. Truppa. In particolare per gli aspetti comparatistici, v. F. LANCHESTER, *Elementi di «drafting» e procedimento legislativo comparato*, p. 389 ss., che mette in luce, per quanto riguarda il diritto francese di cui si parla in seguito, il necessario coinvolgimento di organismi tecnici nel processo legislativo.

⁸⁶ R. CIPPITANI, *Principi e metodo nella revisione della normativa francese relativa alla bioetica*, in *Dir. fam. persone*, 2012, pp. 1836-1865.

⁸⁷ Conseil d'État, *La révision des lois de bioéthique*, Paris, 2009, su legifrance.gouv.fr.

poi questo approccio è utile in fase di esame successivo delle leggi da parte dei giudici in particolare di quelli sovranazionali, al fine di valutare il corretto utilizzo dell'apprezzamento dei legislatori nazionali.

Il legislatore italiano spesso segue la via opposta dell'autoreferenzialità, di cui è esempio paradigmatico la legge 40/2004, per questo motivo soggetta a censure e stravolgimenti durante gli anni successivi alla sua emanazione⁸⁸.

⁸⁸ La giurisprudenza ordinaria, amministrativa e costituzionale hanno via via demolito alcune disposizioni della legge sulla procreazione medicalmente assistita. Si pensi alla sentenza della Corte costituzionale n. 151 dell'8 maggio 2009 che ha abrogato l'ultimo periodo dell'art. 14, 2° comma, limitatamente all'espressione «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre», nonché del 3° comma dell'art. 14 nella parte in cui non tiene conto, nell'imporre il trasferimento degli embrioni appena possibile, della salute della donna.

VALENTINA COLCELLI^{*}
STATUS DI MINORE E STATUS INDIVIDUALI
NELL'UNIONE EUROPEA

SOMMARIO: 1. Posizione iniziale della questione. — 2. La nozione di *status* individuale e rilevanza nel sistema dell'ordinamento giuridico dell'Unione Europea. — 3. *Status* personali, *status* di familiare e libertà di circolazione. — 4. Lo *status* di figlio matrimoniale e non matrimoniale. — 5. *Status* di figlio ed unitarietà di concetto nell'Unione europea.

1. — *Posizione iniziale della questione.*

Il presente intervento si propone di indagare come nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea si stia delineando (o si sia già in qualche modo elaborato) un concetto di *status* di figlio (matrimoniale o meno)¹ con caratteristiche autonome o comunque anche ulteriori rispetto ai diversi ordinamenti interni degli Stati membri.

Andrà analizzato, quindi, perché nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea si possa affermare come con il diritto di circolare liberamente all'interno dell'Unione circolino anche lo *status* della persona, ovvero circolino tutte le pre-condizioni che sono supposte dalla normativa UE per la sua stessa operatività e per la realizzazione dei fini del sistema.

La riflessione riguardante gli *status* personali – rispetto alla libera circolazione delle merci e dei lavoratori – oscilla tra l'applicazione del principio del mutuo riconoscimento e del principio di «non discriminazione in base alla cittadinanza» (si veda par. 4 e 5), trovando un duplice livello di qualificazione proprio rispetto allo *status* di familiare e quindi anche di figlio. Invero la nozione di *status* di familiare e di figlio può ricevere una lettura più ampia o maggiormente restrittiva a seconda che il riferimento sia la sentenza *Reed* e

^{*} Università degli Studi di Perugia.

¹ Usa l'espressione «figlio matrimoniale» e «figlio non matrimoniale» già prima della legge 219/2012 per superare, anche linguisticamente, la disparità di trattamento dei figli, A. PALAZZO, *La filiazione*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 2007, *passim*.

la Direttiva n. 2004/38 ovvero la giurisprudenziale della Corte di Giustizia connessa al rispetto dei diritti fondamentali (quale base giuridica comune) e all'applicazione del Reg. 2201/2003.

L'uno e l'altro orientamento rispecchiamo il duplice approccio che l'Unione riserva alla persona nel suo sistema protesa come è tra il mercato e i diritti fondamentali, dove la libertà di circolazione è strumento di bilanciamento tra l'uno e gli altri.

Il lavoro, pertanto, avrà inizio con una breve riflessione sul concetto generale di *status* nell'ordinamento dell'Unione Europea e la funzione che questo in esso svolge (cfr par. 2 e 3).

È evidente, invero, che l'ordinamento in esame presuppone la nozione di *status* personale funzionalizzandola alla realizzazione dei propri obiettivi e del proprio mercato.

L'ordinamento giuridico dell'Unione Europea fa ricorso in realtà ad una nozione di *status* personale, pur sicuramente non avendo sviluppato alcuna riflessione specifica sul concetto.

In realtà la natura giuridica e la stessa definizione di *status* non è ad oggi pacifica neanche nei diritti interni. Il dibattito, soprattutto quello italiano, è sostanzialmente legato a due letture principali che la dottrina ha nel tempo sviluppato intorno a questo concetto, riconducibili l'una alla teoria organicistica e l'altra a quella soggettivistica².

Sicuramente nel sistema giuridico in esame il concetto è identificabile, ad una prima lettura, nell'idea di una condizione personale che è destinata a durare, ma che soprattutto è capace di dar luogo a prerogative e doveri che sono il presupposto – così come la giustificazione – di vicende molteplici che riguardano la persona, la sua vita, le sue attività.

Va ricordato, infatti, come l'Unione europea faccia uso nei suoi testi legislativi del termine *status*. Lo usa, ad esempio, nei testi normativi che parlano di rifugiati, anche nell'ottica della creazione nell'area dei paesi UE di uno *status* unitario di rifugiato, predisponendo una procedura unica, esemplifi-

² Per una lettura della nozione di *status* all'interno dell'ordinamento giuridico UE che usa come parametri comparative la lettura organicistica e relativistica di *status* ci sia consentito il rinvio al nostro V. COLCELLI, *Diritti e Status in Europa* in corso di pubblicazione in *Il Diritto di famiglia e delle persone*.

cando e razionalizzando le procedure di asilo con conseguente riduzione dell'onere amministrativo a carico degli Stati membri.

Si riferisce poi ad una nozione di *status* espressamente la Corte di Giustizia in moltissime sue sentenze³. Afferma, invero, la Corte di Giustizia che lo *status* di cittadino Europeo è destinato ad essere lo *status* fondamentale dei cittadini degli Stati Membri⁴. Fa riferimento alla nozione di *status* di cittadino ed ai diritti ad esso connessi anche la sentenza della Corte (Grande Sezione) 15 novembre 2011, C-256/11. Presuppone il concetto di *status* di cittadino anche la sentenza 7 ottobre 2010 C162/09, così come la sentenza 8 marzo 2011, causa C34/09, *Ruiz Zambrano* e la pronuncia Corte di Giustizia (Grande Sezione) 29 novembre 2011 C371/10, ma questa volta rispetto alla condizione di impresa ed al relativo diritto di stabilimento.

La sentenza della Corte di Giustizia (Grande Sezione) 6 dicembre 2011, C-329/11 usa l'espressione *status* relativamente allo condizione della persona richiedente asilo o di rifugiato politico.

La Corte di Giustizia (Grande Sezione) nella sentenza del 9 febbraio 2012, C-277/10 richiama il concetto di *status* relativamente all'autore e la protezione del suo diritto in forza della direttiva n. 2006/116.

Il ferimento è allo *status* di dipendente pubblico, invece, nella sentenza della Corte di Giustizia del 16 settembre 2010, C-149/10; si fa riferimento allo *status* relativamente a lavoratori dipendenti o autonomi ed ai loro familiari nella sentenza del 21 luglio 2011 C-325/09, così come ci si riferisce allo *status* di lavoratore a tempo indeterminato nella sentenza 8 settembre 2011, C-177/10. Si parla di *status* di impiegato pubblico nella sentenza 9 dicembre 2010 C-296/09 e di *status* di lavoratore subordinato, nella sentenza del

³ Per una valutazione compiuta M. SERIO, *The Independence of the Judiciary within a European context*, in AA.VV., *Amicus Curiae*, 2005, p. 12-15.

⁴ Corte di Giustizia, sentenza del 20 settembre 2011, C-184/99, *Grzelczek*, in *Racc.*, I-6193, p. 31; Corte di Giustizia, sentenza del 17 settembre 2002, C-413/99, *Baumbast* e R, in *Racc.*, I-7091, p. 82. L'avvocato Generale La Pergola nella causa C-85/96, *Maria Martínez Sala v. Freistaat Bayern* propone che il principio di non discriminazione si applichi come corollario diretto del nuovo istituto della cittadinanza europea e del diritto primario di circolare e risiedere in ogni Stato membro. Nel caso oggetto di causa, per La Pergola, il cittadino dell'Unione avrebbe diritto all'indennità di educazione prevista nella legislazione tedesca, indipendentemente dal possesso di un valido permesso di soggiorno ed alle stesse condizioni dei cittadini di quel paese.

30 settembre 2010 C-104/09. Si afferma, invece, nella sentenza 10 marzo 2011, C-516/09 che lo *status* di lavoratore non può essere riconosciuto a chi si dedichi all'accudimento dei figli in assenza di un qualsiasi rapporto di lavoro. Ancora, ai fini del beneficio dell'indennità integrativa del reddito per ottenerne l'erogazione si parla di *status* per i lavoratori dipendenti o autonomi ai sensi della direttiva 2004/38 medesima, – ivi compresi coloro che conservano tale *status* ai sensi dell'art.7, n. 3, di quest'ultima – nonché per i loro familiari. Si parla, invece, di *status* di utente per gli impianti di fornitura elettrica nella sentenza 21 dicembre 2011, C-242/10. Fanno uso dell'espressione anche gli Avvocati Generali in riferimento al lavoratore come, ad esempio, nelle Conclusioni dell'Avvocato Generale Antonio La Pergola nella causa C-85/96, *Maria Martínez Sala v. Freistaat Bayern*.

Nella sentenza del 1° marzo 2012, C-393/10 poi, il giudice inglese del rinvio nella questione pregiudiziale sollevata alla Corte di Giustizia, fa riferimento a quale sia la norma, interna o comunitaria, che debba determinare lo *status personae* (punto 23).

2. — *La nozione di Status individuale e rilevanza nel sistema dell'ordinamento giuridico dell'Unione Europea.*

Per costruire e regolare il suo mercato interno e soprattutto per selezionare le situazioni giuridiche soggettive a ciò funzionali⁵, il legislatore dell'Unione europea, da un lato, ha presupposto e dall'altro modificato – rispetto alle qualificazioni che degli stessi foriscono gli ordinamenti interni degli Stati Membri – gli *status* che sono stati consegnati dalla tradizione: lo *status* di lavoratore, lo *status* di cittadino, lo *status* di familiare, così come quello di minore e di figlio.

Per l'ordinamento giuridico U.E. ciascuno rileva come individuo in ragione delle sue attività o della sua condizione giuridica, trovandosi in una qualche connessione diretta od indiretta con la normativa dell'Unione europea. Attraverso la funzione svolta dalla Corte di Giustizia europea e dalla

⁵ Ci sia consentito il rinvio a V. COLCELLI, *Diritti soggettivi e interessi rilevanti nel sistema interno ed europeo*, Monografie di Diritto e Processo a cura di A. PALAZZO, Roma _Perugia, 2011.

sua attività interpretativa l'Europa è stata – e sicuramente lo è ancora – una Comunità prima, una Unione oggi, fondata maggiormente sui diritti individuali piuttosto che sulla politica e sulla stessa economia⁶.

Il legislatore dell'Unione europea emana atti legislativi ordinandoli secondo la tipologia dei soggetti destinatari, individuando insiemi di vicende economiche attorno alle quali raggruppare la disciplina di ogni sua attività⁷. L'ordinamento in esame ha predisposto norme qualificandole in ragione della tipologia dei soggetti destinatari. Questi ultimi sono stati pertanto individuati raggruppandoli per insiemi e sottoinsiemi di vicende economiche e personali⁸, presupposte come necessarie ai fini dell'organizzazione di alcune attività funzionali al raggiungimento dei propri scopi e per la strutturazione del c.d. mercato interno.

Il riconoscimento da parte delle Corti di Giustizia di diritti individuali è per l'ordinamento dell'allora Comunità e dell'oggi Unione momento di loro stessa strutturazione

Si usi come paradigma la figura del lavoratore⁹.

Essere un lavoratore, o meglio godere dello *status* di lavoratore come pre-condizione per l'applicazione della norma europea, per il diritto «comunitario/unitario» significa consentire ad una persona di esercitare in concreto tutti i diritti connessi a questa qualifica sul piano del diritto interno, nonché godere di tutte le situazioni soggettive riconosciute nei precetti UE, ad esso riconosciute. Si pensi in questo senso alla nozione di lavoratore titolare del diritto di libera circolazione.

L'attuale art. 45 T.F.U.E., già art. 39 T.C.E., afferma che per libertà di circolazione di un lavoratore si intende — seppur in termini non esaustivi — il diritto di rispondere ad un'offerta di lavoro, il diritto di spostarsi liberamente, così come di svolgere un'attività lavorativa in maniera conforme alla normativa applicata ai lavoratori nazionali.

⁶ Si veda I. WARD, *A critical introduction to European law*, Londra, 2003, *passim*.

⁷ M. A. LIVI, F. MACARIO, *Profili generali, I soggetti*, in *Diritto privato europeo*, (a cura di) N. LIPARI, Padova 1996, p. 113.

⁸ M. A. LIVI, F. MACARIO, *Profili generali. I soggetti*, cit., p. 113.

⁹ Il riferimento è doveroso a H.S. MAINE, *Ancient Law. Its Connection with the Early History of Society and its Relations to Modern Ideas* (1861), Boston, 1963.

Libera circolazione significa pure diritto di rimanere sul territorio di uno Stato anche dopo aver occupato un impiego¹⁰.

Di questi diritti godono tutti i soggetti che possono essere qualificati secondo la giurisprudenza dell'Unione Europea come lavoratori. Sono tali, con l'esclusione dei dipendenti pubblici¹¹, le persone fisiche che svolgono realmente ed effettivamente un'attività a favore e sotto la direzione di un'altra persona, percependo una retribuzione¹². Il verificarsi di queste condizioni è accertato dal giudice in base a circostanze concrete¹³.

Tale ultimo dato ha permesso anche l'ampliamento del significato di lavoratore nel diritto U.E. che ha finito per inglobare in questa nozione situazioni nel diritto interno non storicamente connesse a questa condizione soggettiva, *rectius* allo *status* di lavoratore.

Anche lo *status* di studente e di professionista assume per l'ordinamento UE una funzione di pre-condizione centrale per l'esercizio delle libertà fondamentali riconosciute dall'UE, compresa quella di libera circolazione (si pensi ai percorsi *Erasmus* o al sistema del riconoscimento dei crediti). È sempre stato strettamente connesso al diritto di stabilimento e di libertà di circolazione e quindi al libero esercizio dell'attività professionale o economica, poi, il problema del riconoscimento del valore dei titoli di studio e delle qualifiche professionali conseguiti in ognuno dei diversi Stati membri. Diverse sono state le direttive d'armonizzazione in questo settore perché potesse essere data concretezza ed effettività al diritto in esame. Il principio del mutuo riconoscimento del titolo di studio è stato oggetto d'intervento

¹⁰ Regolamento 1612/68 del Consiglio, 15 ottobre 1968 sulla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità; Regolamento 1251/70 della Commissione del 29 giugno 1970, sul diritto dei lavoratori di rimanere sul territorio di uno stato membro dopo aver occupato un impiego; e oggi Direttiva 2004/38/CE del 29 aprile 2004 sulla libera circolazione dei lavoratori.

¹¹ Corte di Giustizia, sentenza del 2 luglio 1996, *Commissione/Lussemburgo*, C-473/93, in *Racc.*, 1996, I-3207.

¹² Corte di Giustizia, sentenza del 7 settembre 2004, *Trojani*, C-456/02, in *Racc.*, 2004, I-7573, punto 15. Corte di Giustizia, sentenza del 3 luglio 1986, *Lawrie-Blum*, 66/85, in *Racc.*, 2121, punti 16-17; Id., sentenza del 26 febbraio 1992, *Bernini*, C-3/90, in *Racc.*, 1992, I-1071.

¹³ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza del 6 novembre 2003, *Ninni-Orasche*, C-413/01, in *Racc.*, 2003, I-13187, punto 27.

da parte delle Istituzioni¹⁴. Per facilitare il riconoscimento dei titoli di studio lo Stato membro che si troverà a valutare i titoli e le esperienze del professionista dovrà tenere conto anche della formazione che questi abbia effettuato nel proprio paese d'origine, anche qualora lo Stato d'appartenenza non rilasci alcuna certificazione. Parimenti, al fine di assicurare la certezza del riconoscimento dei titoli che attestano la formazione professionale, si è stabilito che qualora uno dei Paesi membri riconosca ad un cittadino europeo la formazione professionale che questi abbia ottenuto in un paese terzo alla Comunità, tale riconoscimento dovrà valere per ogni Stato membro. In ogni caso, a norma della Dir. 89/48/CEE, sono riconosciuti titoli attestanti una formazione professionale che abilitano l'esercizio di una professione di almeno tre anni¹⁵. Quello che è certo è che il diritto UE, anche in questo caso come nel precedente caso di *status* di lavoratore, ai fini del riconoscimento ed attribuzione dei diritti soggettivi connessi a questo *status*, qualifica quale nozione autonoma la «presupposta condizione» di studente e di professionista.

Dopo il Trattato di Maastricht, è noto, che la libertà circolazione e di soggiorno nel territorio di uno Stato membro, sia stata estesa ad ogni cittadino europeo – quindi non solo al lavoratore, sia esso autonomo o dipendente – prescindendo dallo svolgimento di ogni attività lavorativa¹⁶.

Sono numerose le disposizioni sia del Trattato che di diritto derivato originariamente relative alla realizzazione di una libera circolazione dei lavoratori, ma oggi riferite ad ogni persona in possesso della cittadinanza di uno Stato membro e rafforzate dalla previsione della cittadinanza europea.

Quanto affermato indica, quindi, la possibilità per ogni individuo che possiede lo *status* di cittadino di uno Stato Membro, e quindi conseguentemente di cittadino europeo, di stipulare contratti e dare attuazione ad ogni situazione giuridica connessa al suo *status* in tutti gli Stati dell'Unione, senza alcuna limitazione legata alla nazionalità ed al principio di reciprocità.

¹⁴ Dir. 2001/19/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 maggio 2001.

¹⁵ Stante la mancanza di un'uniformità tra i Paesi membri per l'esercizio delle professioni il riconoscimento può essere subordinato ad alcune condizioni, come il superamento di una prova di attitudine o di un tirocinio, quando vi siano notevoli difformità tra le materie insegnate in uno Stato rispetto ad un altro.

¹⁶ Art. 21 T.F.U.E.

Il riconoscimento della soggettività giuridica nel sistema UE implica, quindi, anche il superamento – almeno sul piano dei diritti patrimoniali e per qualche diritto c.d. patrimonialmente neutro¹⁷ – di alcune regole di diritto privato internazionale o di diritto interno¹⁸ che talvolta limitano la stessa soggettività giuridica in relazione alla nazione di provenienza. Si pensi al caso italiano della reciprocità di cui all'art. 16 delle preleggi che, alla luce dell'ordinamento UE, non è certo più applicabile a chi possiede lo *status* di cittadino europeo¹⁹ seppur già, nella lettura costituzionalmente orientata, fosse circoscritto alla stipulazione dei contratti, all'assunzione delle obbligazioni, alla proprietà mobiliare ed immobiliare, al diritto di agire e di resistere in giudizio, escluso invece ogni riferimento ai diritti fondamentali della persona²⁰.

A chi possiede lo *status* di cittadino europeo nei territori degli Stati membri non può più essere opposta alcuna limitazione, connessa alla propria nazionalità di provenienza, sul piano dei possibili rapporti giuridici.

Per la Corte di Giustizia lo *status* di cittadino Europeo è destinato ad essere lo *status* fondamentale dei cittadini degli Stati Membri²¹, si che nessuna norma di diritto interno può porsi in contrasto con lo *status* di cittadino europeo²². Specifica la Corte di Giustizia nella sentenza del 21 luglio

¹⁷ Cfr. A. SASSI, *La tutela civile degli interessi patrimoniali*, in A. PALAZZO, A. SASSI, F. SCAGLIONE, *Permanenze nell'interpretazione civile*, Perugia, 2008, p. 117.

¹⁸ Si pensi al caso dell'eventuale acquisto degli immobili di un cittadino italiano in Svizzera prima della attuale convezione che regola appunto gli acquisti immobiliari.

¹⁹ R. CIPPITANI, *I soggetti del mercato interno*, in A. PALAZZO, A. SASSI, *Diritto privato del mercato*, cit., p. 57.

²⁰ Si veda P. RESCIGNO, *Capacità di diritto provato e discriminazione dei soggetti*, in AA.VV., *Scritti in onore di Angelo Falzea*, vol. II, t.2., *Diritto Privato* (M-Z), Milano, 1991, p. 819 ss.

²¹ Corte di Giustizia, sentenza del 20 settembre 2011, C-184/99, *Grzeleczyk*, cit.; Corte di Giustizia, sentenza del 17 settembre 2002, C-413/99, *Baumbast e R*, cit.

²² Ribadisce Corte di Giustizia, sentenza del 11 luglio 2002, causa C-224/98, *D'Hoop*, in *Racc.* pag. I-6191, punto 28; Corte di Giustizia, sentenza del 23 aprile 2009, causa C544/07, *Rüffler*, in *Racc.* I-3389, punto 62; nonché Corte di Giustizia, sentenza del 21 luglio 2011, C503/09, *Lucy Stewart v. Secretary of State for Work and Pensions*, in *Racc.* 2011, I-000 per cui lo *status* di cittadino dell'Unione è destinato ad essere lo *status* fondamentale dei cittadini degli Stati membri, che consente a colui che fra di essi si trovi nella medesima situazione di ottenere nell'ambito di applicazione *ratione materiae* del Trattato, indipendentemente dalla

2011, C-503/09, *Lucy Stewart v. Secretary of State for Work and Pensions*²³, che un cittadino dell'Unione ha diritto a che gli venga riconosciuto in tutti gli Stati membri il medesimo trattamento giuridico accordato ai propri cittadini che si trovano nella medesima situazione. Sarebbe invero incompatibile con il diritto alla libera circolazione che gli si potesse applicare, nello Stato membro di destinazione, un trattamento meno favorevole di quello di cui beneficerebbe se non avesse usufruito delle facilitazioni concesse dal Trattato in materia di circolazione. Tali facilitazioni non potrebbero dispiegare pienamente i loro effetti se un cittadino di uno Stato membro potesse essere dissuaso dal farne uso dagli ostacoli posti alla sua libertà di circolare e soggiornare in un altro Stato membro a causa di una normativa nazionale che penalizzi il fatto che egli ne abbia usufruito. Sul presupposto ricordato si colloca anche da Corte di Giustizia, sentenza del 15 novembre 2011, C-256/11, *Murat Dereci, Vishaka Heimi, Alban Kokollari, Izunna Emmanuel Maduïke, Dragica Stevic v. Bundesministerium für Inneres*²⁴, per la quale il diritto dell'Unione ed, in particolare, le disposizioni di quest'ultimo in materia di cittadinanza, deve essere interpretato nel senso che esso non osta a che uno Stato membro neghi al cittadino di uno Stato terzo il soggiorno sul proprio territorio quando detto cittadino è intenzionato a risiedere con un suo familiare, cittadino dell'Unione e residente in tale Stato membro di cui possiede la cittadinanza, il quale non ha mai fatto uso del suo diritto alla libera circolazione, ciò purché un diniego siffatto non comporti, per il cittadino dell'Unione interessato, la privazione del godimento effettivo e sostanziale dei diritti attribuiti dallo *status* di cittadino dell'Unione, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare.

Qualora la norma interna avesse l'effetto di privare il cittadino dell'effettivo godimento del nucleo essenziale dei diritti correlati allo *status* di cittadinanza, ovvero ostacolare l'esercizio del diritto di circolare e soggiornare liberamente nel territorio di uno stato membro²⁵, questa norma non gli sa-

cittadinanza e fatte salve le eccezioni espressamente previste a tal riguardo, il medesimo trattamento giuridico.

²³ Cfr. *Racc.* 2011, I-000, punti 83 e 84.

²⁴ Cfr. *Racc.* 2011, I_000.

²⁵ Corte di Giustizia, sentenza del 5 maggio 2011, C-434/09, *Shirley McCarthy*, in GUUE,

rebbe applicabile²⁶. Ogni cittadino di uno Stato membro gode, infatti, dello status di cittadino dell'Unione ai sensi dell'art. 20, n. 1, T.F.U.E. — che è norma dotata di diretta applicabilità — anche nei confronti del suo Stato d'appartenenza, ed in particolare gode del diritto di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, quale conferito dall'art. 21 T.F.U.E.²⁷.

C-186, 25 giugno 2011, 5; Id., sentenza 2 ottobre 2003, causa C-148/02, *Garcia Avello*, in *Racc.*, I-11613.

²⁶ Specifica Corte di Giustizia, sentenza del 21 luglio 2011, C503/09, *Lucy Stewart v. Secretary of State for Work and Pensions*, in *Racc.* 2011, I-000, punti 83 e 84 che un cittadino dell'Unione ha diritto a che gli venga riconosciuto in tutti gli Stati membri il medesimo trattamento giuridico accordato ai cittadini di tali Stati membri che si trovano nella medesima situazione, sarebbe incompatibile con il diritto alla libera circolazione che gli si potesse applicare, nello Stato membro di cui è cittadino, un trattamento meno favorevole di quello di cui beneficerebbe se non avesse usufruito delle facilitazioni concesse dal Trattato in materia di circolazione. Tali facilitazioni non potrebbero dispiegare pienamente i loro effetti se un cittadino di uno Stato membro potesse essere dissuaso dal farne uso dagli ostacoli posti alla sua libertà di circolare e soggiornare in un altro Stato membro a causa di una normativa nazionale che penalizzi il fatto che egli ne abbia usufruito. Sul presupposto ricordato anche da Corte di Giustizia, sentenza del 15 novembre 2011, C-256/11, *Murat Dereci, Vishaka Heiml, Alban Kokollari, Izunna Emmanuel Maduïke, Dragica Stevic v. Bundesministerium für Inneres*, in *Racc.* 2011, I-000 che il diritto dell'Unione e, in particolare, le disposizioni di quest'ultimo in materia di cittadinanza dell'Unione, dev'essere interpretato nel senso che esso non osta a che uno Stato membro neghi al cittadino di uno Stato terzo il soggiorno sul proprio territorio, quando detto cittadino è intenzionato a risiedere con un suo familiare, cittadino dell'Unione e residente in tale Stato membro di cui possiede la cittadinanza, il quale non ha mai fatto uso del suo diritto alla libera circolazione, purché un diniego siffatto non comporti, per il cittadino dell'Unione interessato, la privazione del godimento effettivo e sostanziale dei diritti attribuiti dallo status di cittadino dell'Unione, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare.

²⁷ Corte di Giustizia, sentenza del 10 luglio 2008, C-33/07, *Jipa*, in *Racc.*, I-5157, punto 17.

3. — *Status personali, status di familiare e libertà di circolazione.*

La storia dell'integrazione europea e dell'ordinamento dell'Unione è, quindi, anche una vicenda di diritti individuali e di situazioni giuridiche soggettive, per l'attribuzione dei quali l'ordinamento in esame presuppone, identifica e modifica le condizioni che caratterizzano alcune categorie di soggetti, ovvero i loro *status* individuali.

Per costruire e regolare il suo mercato interno e soprattutto per selezionare le situazioni giuridiche soggettive funzionali nel senso sopra specificato, il legislatore dell'Unione europea come già ricordato, da un lato ha presupposto e modificato gli *status* che sono stati consegnati alla tradizione (lo *status* di lavoratore, lo *status* di familiare, lo *status* di cittadino), dall'altro ha dato dignità nuova a certi *status* definiti «occulti»²⁸ o indiretti che sono nati storicamente per sottolineare e tramandare nel tempo discriminazioni e rimarcare diversità: come quello di convivente di unioni registrate anche tra omosessuali. La giurisprudenza ed il legislatore europeo, quindi, hanno contribuito ad eliminarli ovvero hanno attribuito loro una propria dignità ed identità nuove, dilatando, nel contempo, le caratteristiche di *status* di familiare e di figlio rispetto alle nozioni che provengono da alcuni Stati membri, come per esempio quello italiano.

È evidente, invero, che l'UE è quindi interessata agli *status* della persona e così come quello di membro di una famiglia anche in funzione della realizzazione della libertà di circolazione quale una delle finalità e – nel contempo – modalità di realizzazione del mercato interno, al fine di eliminare gli ostacoli alla sua stessa realizzazione.

Il diritto dell'Unione Europea e la elaborazione giurisprudenziale da parte della sua Corte di Giustizia pone in rilievo i legami familiari e li esalta alla luce dell'effettività della libertà di circolazione dei cittadini.

Affinché si possa cogliere quale nozione di *status* di familiare e tra questi quella di figlio accolga oggi l'Unione europea è necessario, come anticipato nel paragrafo delle premesse introduttive, primariamente far riferimento ai principi in forza dei quali le norme del paese di origine siano competenti a dettare i criteri di qualificazione di uno *status*.

²⁸ G. ALPA, *Status e capacità*, Roma_Bari, 1993, p. 37.

È noto come, in tema di circolazione delle merci, con la sentenza *Dassonville*²⁹ e *Cassis de Dijon*³⁰ la Corte di Giustizia europea abbia esteso alle misure nazionali direttamente discriminatorie, poi alle misure nazionali indirettamente discriminatorie – eventualmente vigenti dello Stato membro di destinazione – il sindacato di compatibilità con la disciplina delle libertà dell'allora Comunità economica.

Tali storiche sentenze fissano il ricorso del sistema al mutuo riconoscimento introducendo il possibile sindacato sulle misure statali che, anche indirettamente applicabili, costituiscano ostacolo alla libera circolazione delle merci.

La giurisprudenza ha esteso il medesimo principio alla libertà di stabilimento³¹, alla libertà di circolazione dei lavoratori³², in tema di qualifiche professionali, attività bancarie e assicurative e servizi finanziari.

Esiste, poi, del principio del mutuo riconoscimento una estensione alla libertà di circolazione delle persone e diritto di stabilimento.

Con riferimento, allora, all'individuo e alle sue qualità così come cristallizzate dal concetto di *status*, si è fatto rilevare come proprio il c.d. principio d'origine operi in modo più esteso rispetto alle posizioni giurisprudenziali che riguardano le merci e le professioni. In materia di persone e *status* familiari la stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia³³ non oppone alcuna limitazione rispetto a quanto avviene, invece, in tema di libertà di circolazione delle merci³⁴. In questo ultimo caso, infatti, esiste un obbligo di conformazione alle normative sulla produzione e sulla commercializzazione rispetto sia allo stato di provenienza sia rispetto a quello di destinazione.

Lo *status* della persona, così come del professionista o della merce si for-

²⁹ Corte di Giustizia, 11 luglio 1974, causa C-8/74, *Dassonville*, in *Racc.* 1974, p. I-837.

³⁰ Corte di Giustizia, 20 febbraio 1979, causa C-120/78, *Cassis de Dijon*, in *Racc.* 1979, p. I-649.

³¹ Si veda ad esempio Corte di Giustizia, 30 novembre 1995, causa C-55/94, *Gebhard*, in *Racc.* p. I-4165.

³² Cfr Corte di Giustizia, 15 dicembre 1995, causa C-415/93, *Bosman*, in *Racc.* p. I-4921.

³³ Corte di Giustizia, 24 novembre 1993, cause riunite C-67/91 e C-268/91, in *Racc.* 1991, p. I-6097.

³⁴ J. SNELL, *Who's got the power? Free Movement an allocation of competence in EC law*, in *Yearbook Eu. Law*, 2003, pp. 323-335.

ma nel paese di origine, da quelle norme viene disciplinato e poi liberamente circola all'interno dell'Unione. Lo Stato d'origine ha quindi la competenza a disciplinare lo statuto della persona, del professionista o della merce così come lo Stato di destinazione dovrà accettare tale regolamentazione in quanto l'equivalenza tra le normative nazionali è presunta. Lo Stato di destinazione che voglia opporsi al riconoscimento dello *status* del professionista o della merce, ma non della persona, dovrebbe provare che la normativa dello Stato di origine non sia adeguata alle proprie esigenze imperative rilevanti³⁵.

Naturalmente quanto si può dire avviene in generale per lo statuto della persona, si realizza anche per gli *status* familiari e per il figlio, ma qui la lettura risulta possibile anche su di un duplice piano.

Il «sentire» dell'Unione rispetto allo *status* di familiare muta a seconda del riferimento alla Direttiva n. 2004/38 e alla sentenza *Reed*³⁶ (anche se in questa pronuncia il riferimento era alla precedente normativa sul ricongiungimento dei familiari e dei lavoratori, ovvero al Reg. 1612/1968) rispetto ad un'applicazione più estesa del concetto di familiare che usa la stessa Corte di Giustizia quando il centro dell'attenzione sono l'effettività delle tutela dei diritti e la garanzia dei diritti fondamentali.

In via indiretta e per soddisfare finalità originariamente di stampo prettamente economico, l'ingerenza nel diritto di famiglia da parte del legislatore comunitario si è sviluppata nel solco di garantire la libertà di circolazione delle persone specificatamente all'inizio dei lavoratori, favorendo la famiglia tramite il sistema del ricongiungimento familiare, definito anche come «modello paradigmatico di libertà di circolazione a titolo derivativo»³⁷.

La Corte di Giustizia nelle sentenza *Commissione c. Spagna* del 14 aprile 2005 n. 157/03 ricorda come il legislatore comunitario abbia riconosciuto l'importanza di garantire la tutela della vita familiare dei cittadini degli Stati membri al fine di eliminare gli ostacoli all'esercizio delle libertà fondamentali

³⁵ G. ROSSOLILLO, *Muto riconoscimento e tecniche conflittuali*, Padova, 2002. Sull'approccio della Corte alla costruzione di un mercato di libera circolazione si veda F. SCAGLIONE, *Correttezza economica e autonomia privata*, Roma-Perugia, 2007.

³⁶ Corte di Giustizia sentenza 17 aprile 1986, C-59/85, in *Racc.* 1986, p. 1283.

³⁷ M. CODINANZI, C. AMALFITANO, *La libera circolazione della coppia nel diritto comunitario*, in S. M. CARBONE, I. QUEIROLO (a cura di), *Diritto di famiglia e Unione Europea*, Torino, 2008, p. 33.

garantite dal Trattato (sentenze 11 luglio 2002, causa C-60/00, *Carpenter*³⁸, e 25 luglio 2002, causa C-459/99, *ASBL (MRAX)/Stato belga*³⁹).

Oggi il diritto di circolazione e soggiorno del familiare del cittadino europeo è regolato dalla Dir. 2004/38/CE.

In quest'ambito ed ai fini dell'applicazione della richiamata direttiva la nozione di familiare dovrebbe includere (oltre ai soggetti indicati all'art. 2 Dir. 2004/38/CE) anche il *partner* che ha contratto una unione registrata, qualora la legislazione interna dello stato membro equipari l'unione registrata al matrimonio. Nella nozione di «unione registrata» vi possono rientrare, oltre le unioni di c.d. coppie di fatto costituite da persone eterosessuali, anche le unioni tra omosessuali se l'unione registrata, nell'ordinamento nazionale di riferimento, possiede questo carattere, come accade per la Spagna ad esempio, oppure per il Portogallo, il Belgio, l'Olanda, oggi anche la Francia.

È recente in Italia l'applicazione dell'ipotesi sopra ricordata. Il riferimento è ad una sentenza del Tribunale di Reggio Emilia, del 13 febbraio 2012. Il caso attiene ad un cittadino Uruguaiano sposato con un cittadino italiano dello stesso sesso in Palma di Maiorca, Spagna. In Italia si era visto negare dalla Questura il provvedimento che gli permetteva il suo ricongiungimento familiare. Il diniego era fondato sul fatto che si trattasse, quella del cittadino Uruguaiano e italiano, di coppia è omosessuale.

La nozione di «familiare del cittadino» o di «coniuge del cittadino italiano» che il ricorrente usa ai fini dell'applicazione normativa nazionale di cui al D.Lgs del 6 febbraio 2007 è necessariamente quella prevista nella Direttiva Comunitaria del 38/2004. In tema di ricongiungimenti familiari e di libertà di circolazione nel territorio UE è, invero, la normativa europea ad essere applicata esclusivamente⁴⁰. La linea di demarcazione è tracciata dalla

³⁸ Cfr. *Racc.*, p. I-6279, punto 38

³⁹ Cfr. *Racc.*, p. I, p. 6591, punto 53.

⁴⁰ Cass., sentenza del 1 marzo 2010, n. 4868, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 2010, 4, p. 1629 ss., con nota di A. VENCHIARUTTI, *No al ricongiungimento familiare del minore affidato con kafalah: i richiedenti sono cittadini italiani!*, in questo caso la Suprema Corte ha stabilito che non è applicabile il d.lgs n. 286 del 1998 per la parte relativa al diritto all'unità familiare, in quanto destinato ad operare esclusivamente per le domande di ricongiungimento familiare provenienti da cittadini extracomunitari. Ha ritenuto, invece, applicabile il d.lgs n. 30 del 2007, attuativo della Direttiva 2004/38/CE, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e

differenza che esiste tra libertà di circolazione in ambito UE, interamente regolata dalla normativa europea, ed il diritto di famiglia regolato dalla normativa interna.

La tutela della famiglia e dei suoi componenti nelle materie non di competenza UE, sono e rimangono assicurati dalla normativa tradizionale, ma quando gli stessi diventano strumento per l'esercizio di un principio fondamentale assicurato dalla legislazione sopranazionale, quale il diritto a circolare liberamente, allora la normativa di riferimento è solo quella comunitaria.

Non si pone in discussione la nozione di matrimonio sul piano del diritto interno. Qui rileva il dato che nella pre-condizione di «familiare» che gode della libertà fondamentale di circolare liberamente al pari del cittadino UE al quale è legato, il diritto dell'Unione fa rientrare anche colui il quale è legato al secondo da unione registrata, qualora la legislazione interna dello stato membro equipari l'unione registrata al matrimonio.

Nel caso in esame del Tribunale di Reggio Emilia, il diritto del familiare omosessuale di vivere la propria condizione di coppia - derivante da una unione registrata - sarebbe totalmente frustrato dal fatto che uno dei coniugi si sia trasferito in Italia ed il provvedimento di diniego del permesso di soggiorno costituirebbe una negazione del diritto di proseguire la propria relazione affettiva.

Solo incidentalmente, per ragioni connesse all'economia di queste pagine, si ricorda come il diritto UE, così come anche l'ordinamento nazionale, sia integrato dalla Convenzione europea dei diritti fondamentali dell'uomo, il cui art. 12 ha privato di ogni rilevanza la diversità di sesso tra i nubendi⁴¹.

Va notato, poi, come per il diritto UE le rilevanze della situazione di familiare di unione registrata pre-condizione dell'esercizio del diritto di cir-

dei loro familiari di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, ritenendolo disciplinante anche l'ingresso del "familiare" straniero rispetto al cittadino italiano o comunitario. Tuttavia, sulla base di un'articolata argomentazione, ha escluso che la nozione di "familiare" desumibile da tale nuovo sistema normativo ricomprenda il minore affidato in "kafalah", come, invece, aveva ritenuto possibile alla stregua dell'art. 29, secondo comma del D.lgs n. 386 del 1998, per le domande proposte da cittadini extracomunitari.

⁴¹ Si veda anche Corte europea dei diritti dell'Uomo, sentenza del 24 giugno 2010, *Schalk and Kopf v. Austria*, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, XXVI, 11, parte I, 2010, pp. 1137-1148.

colazione prescinde dalla sua trascrivibilità nei Registri dello Stato civile, sul presupposto che non si può certo circoscrivere alla trascrivibilità la rilevanza e la opponibilità di una condizione giuridicamente rilevante. Ai fini dell'applicazione del diritto fondamentale alla libera circolazione, lo *status* di familiare rileva in se.

Tale dato, tra l'altro, è suffragato dalla recente sentenza della Corte di Cassazione la quale ricorda, proprio facendo riferimento al valore giuridico nel nostro ordinamento dell'art. 12 C.E.D.U., che l'intrascrivibilità nel Registro dello Stato civile delle unioni omosessuali non dipende più dalla loro inesistenza o dalla loro invalidità, quando – e solo – dal fatto che sono inidonee a produrre in Italia effetti giuridici quali atti di matrimonio⁴², ma esse sono riconosciute sia come valide che esistenti ed – ai fini del nostro discorso – sufficienti per realizzare l'esercizio del diritto alla libertà di circolazione *intra* UE.

Va ricordato e sottolineato, comunque, come per l'ordinamento UE la nozione di familiare rilevante ai sensi della direttiva del 2004 non è riferibile al cittadino dell'Unione che non ha mai esercitato il proprio diritto di libera circolazione, avendo sempre soggiornato in uno Stato membro del quale possiede la cittadinanza. Questi, invero, non ricade sotto la nozione di «avente diritto» ai sensi dell'art.3, n.1, della direttiva 2004/38, con la conseguenza che questa non è applicabile nei suoi confronti⁴³.

Certo è che comunque, così, attraverso l'applicazione del principio di libertà di circolazione, si affranca dall'ombra e lo si eleva a *status* di familiare, lo *status* di convivente da unione registrata così come quello di convivente omosessuale di unione registrata.

Va da se, però, che proprio ai fini dell'applicazione della Direttiva in esame ed ai sensi della pronuncia *Reed*⁴⁴ i soggetti giuridici potrebbero essere sottoposti a qualche restrizione normativa dello Stato di destinazione.

Esiste, invero, nella stessa Direttiva n. 2004/38 il diniego di continuità transazionali di alcuni rapporti familiari (quelli che non sono inclusi espressamente nell'art. 2 Dir. cit.), seppur la tendenza giurisprudenziale e norma-

⁴² Cassazione civile, sez. I, 15 marzo 2012, n. 4184, in *www.altalex.com*.

⁴³ Corte di Giustizia, sentenza del 5 maggio 2011, C434/09, *Shirley McCarthy v. Secretary of State for the Home Department*, in *Racc.* 2011.

⁴⁴ Corte di Giustizia 17 aprile 1996, causa C-59/85, *Reed*, in *Racc.*, p. 1283.

tiva del medesimo sistema adottati in materia di *status* e rapporti familiari e personali un principio di conservazione dello *status* attraverso le frontiere. Il riferimento è proprio al Reg. 2201/2003 ed ai principi dell'effettività della tutela dei diritti.

Non indifferente nel processo di costruzione della nozione di famiglia e di familiare in questo ultimo senso è il riferimento che la Corte di Giustizia compie alla Carta dei Diritti fondamentali Roma 1950 e alla giurisprudenza quale base giuridica comune dell'ordinamento «Unitario»⁴⁵. La realtà interpretativa discendente dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo non è indifferente allora — seppur con elementi di una qualche diversità — alla definizione della nozione autonoma di «famiglia» che viene data dalla Corte di Giustizia UE in ragione del riferimento che la seconda compie storicamente verso la prima. Va ricordato, infatti, che già dal 12 novembre 1969 con la sentenza *Stauder*⁴⁶, la Corte di Giustizia europea si pronunciò sulla tutela dell'individuo, affermando che tra i principi generali del diritto comunitario dovessero essere ricompresi i diritti fondamentali della persona così come presenti nella Convenzione dei diritti dell'Uomo di Roma⁴⁷. Oggi il novellato articolo 6 T.U.E., non solo fa riferimento espresso

⁴⁵ Si veda sulla nozione di famiglia desumibile dalla giurisprudenza della Corte C.E.D.U.: Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 27 ottobre 1994, *Kroon e altri/Olanda*, in *Riv. int. dir. uom.*, 1995, p. 384; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 21 giugno 1988, *Berrehab/Olanda*, in *Riv. int. dir. uom.*, 1988, III, p. 146; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 7 agosto 1996, *Johansen/Norvegia*, in *Riv. int. dir. uom.*, 1996, p. 675; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 26 settembre 1997, *El Boujaoui/Francia*, in *Riv. int. dir. uom.*, 1998, p. 221; Corte Europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 7 febbraio 2002, *Mikulic c. Croatie*, in CEDH 2002-1; Corte Europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, Sentenza del 11 luglio 2002, *C. Goodwin c. Regno Unito*, in *Reports of Judgments and Decisions*, 2002, IV.

⁴⁶ Corte di Giustizia europea, sentenza del 12 novembre 1969, *Stauder*, C-29/69, in *Racc.*, 1969, p. 419.

⁴⁷ Tra le prime sentenze che direttamente hanno fatto riferimento alla Carta, Tribunale di primo grado, sentenza del 20 febbraio 2001, T-112/98, *Mannesmannrohren werke AG/Commissione*, punti 76, 77, in *Racc.*, 2001, II-729; Tribunale di primo grado, sentenza del 3 maggio 2002, T-177/01, *Jégo Quéré/Commissione*, punto 47, in *Racc.*, 2002, I-2365. Sul valore della Carta di Nizza si veda C. MARZUOLI, *Carta europea dei diritto fondamentali, 'amminisrazione' e soggetti di diritto: dai principi sul potere ai diritti dei soggetti*, in G. VETTORI (a cura di), *Carta europea e diritti dei privati*, Padova, 2002, pp. 255 ss; L. AZZENA, *Il giudice comunitario e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, pp. 613 ss.

alla C.E.D.U., ma prevede l'adesione dell'Unione alla stessa Convenzione di Roma.

La protezione della famiglia, il rispetto della vita familiare ed il diritto a sposarsi sono considerati valori fondamentali della costruzione dell'Unione ed ad essi si deve orientare l'interpretazione del diritto derivato UE e di quello nazionale⁴⁸.

La nozione di vita familiare è evidente che assume principalmente rilievo in particolari aspetti del diritto dell'UE, quale il diritto all'asilo, l'ammissione ed espulsione degli stranieri, il ricongiungimento familiare delle libertà dei Trattati, ovvero gli aspetti della vita della persona connessi alle competenze di cui gode l'UE, funzionali alla realizzazione del suo mandato.

La Corte⁴⁹ ha anche evidenziato come la normativa applicabile contenuta nella direttiva n. 68/360 e nella direttiva del Consiglio del 21 maggio 1973 n. 73/148/CEE (art. 3) — relative ai trasferimenti ed ai soggiorni in tema di stabilimento alla prestazione di servizio — nonché la normativa del regolamento (CE) del Consiglio del 25 settembre 1995 n. 2317 — indicante i Paesi terzi i cui cittadini devono avere il visto per l'attraversamento delle frontiere esterne agli Stati membri — debbano essere lette alla luce del principio di proporzionalità, per cui «Uno Stato membro non può respingere alla frontiera il cittadino di un paese terzo, coniugato con un cittadino di uno Stato membro, che tenti di entrare nel suo territorio senza essere in possesso di una carta d'identità o di un passaporto validi o, se del caso, di un visto, quando il detto coniuge può provare la sua identità nonché il legame coniugale», ovvero quando «non esistono elementi in grado di stabilire che egli rappresenti un pericolo per l'ordine pubblico, la sicurezza pubblica o la sanità pubblica ai sensi degli artt. 10 della direttiva 68/360 e 8 della direttiva 73/148». Non è ammissibile, quindi, qualora siano state date tali prove negare il permesso di soggiorno e persino espellere.

La Carta di Nizza, dal 2009 con valore giuridico di Trattato, rinvia inoltre alle norme degli ordinamenti civili degli Stati ed qui ritraccia il riferimento e

⁴⁸ Corte Giustizia, sentenza del 4 marzo 2010, causa C-578/08, *Rhimou Chakroun/Minister van Buitenlandse Zaken*, in *Racc.*, 2010, I-01839.

⁴⁹ Corte di Giustizia, sentenza del 25 luglio 2002, *Mrax c. Belgio*, C-459/99, in *Racc.*, 2002, I-6591.

l'esplicazione dei diritti e doveri derivanti dagli *status* familiari. Aspetti, questi ultimi, che invece mancano nelle norme fondamentali e di diritto derivato UE diverse dalla Carta di Nizza⁵⁰.

Il riferimento che la Carta di Nizza compie alle norme di diritto intero degli ordinamenti civili degli Stati Membri segna nel contempo anche l'accoglimento nell'ordinamento UE di un'idea di famiglia e di comunità familiare diversa da quella tradizionale mononucleare e fondata solo sul matrimonio. Se le fonti cui fanno riferimento i giudici di Lussemburgo sono non soltanto quelle di diritto positivo comunitario e/o degli Stati, ma anche le tradizioni culturali dei singoli ordinamenti⁵¹, questi ne possono offrire una lettura non sempre uniforme.

La famiglia dei diversi ordinamenti degli Stati europei ha storicamente i caratteri di comunità mononucleare quale è segnata dalle Costituzioni dei singoli Stati. Molte volte, però, nel tempo si è presentata allargata e modificata per via dei rapporti di filiazione che derivano da matrimoni successivi e da relazioni non matrimoniali.

Partendo dall'analisi della realtà degli ordinamenti interni — si pensi a quello spagnolo, portoghese, belga, olandese, svedese, norvegese ed islandese⁵² —, nonché dal doveroso rispetto dei diritti fondamentali della persona, parte integrante dell'ordinamento UE, «la tutela dei diritti dei membri della famiglia si presenta nelle decisioni della Corte di Giustizia non sbilanciata a favore dell'unità formale della famiglia ma della protezione di quei soggetti deboli bisognosi di solidarietà, sopportando doveri e responsabilità dei titolari degli *status* familiari»⁵³.

Per l'applicazione dell'allora art. 12 dell'allora Regolamento del Consiglio

⁵⁰ G. GIAIMO, *Brevi riflessioni su diritti fondamentali e diritti soggettivi*, in P. Cerami e M. Serio (a cura di), *Scritti di comparazione giuridica*, Torino, 2011, p. 337-360.

⁵¹ Lo stesso Trattato sull'Unione Europea fa riferimento sia nel primo «desiderando» del preambolo che soprattutto nell'art. 6, 3 c., TUE.

⁵² Per la Spagna il riferimento è la legge n. 13 del 2005; per i Paesi Bassi la legge è del 1 aprile 2001; in Belgio la legge è del 30 gennaio 2003; Norvegia è del 11 giugno 2008; Svezia 11 maggio 2009; Portogallo è del 8 gennaio 2010; Islanda è del 11 giugno 2010.

⁵³ A. PALAZZO, *Famiglia e paidocentrismo tra carta dei diritti fondamentali e ordinamenti civili, Incontri assisani nell'attesa di Benedetto XVI*, (a cura di) A. PALAZZO, A. PIERETTI, Roma-Perugia, 2011, pp. 71 ss.

1612/68 (artt. 12 e 18), la Corte di Giustizia⁵⁴ ha deciso che i figli di un cittadino dell'Unione, stabilitisi in uno Stato membro, in cui il proprio genitore si sia trasferito per ragioni di lavoro ed abbia ottenuto, in quanto lavoratore migrante, il permesso di soggiorno, abbiano il diritto di risiedere in tale Stato al fine di seguire i corsi di insegnamento, precisando come a tal fine sia, ad esempio, irrilevante il fatto che il matrimonio dei genitori, nel frattempo, si sia sciolto perché intervenuto il divorzio e che solo uno di costoro sia cittadino dell'Unione. È irrilevante, invero, per la Corte UE anche il fatto che uno dei genitori non sia più lavoratore migrante nello Stato membro ospitante, nonché la circostanza che i figli non siano cittadini dell'Unione Europea, perché ricorda con forza la Corte che la disposizione in esame deve essere interpretata in modo da consentire «al genitore effettivamente affidatario di tali figli, indipendentemente dalla sua nazionalità, di soggiornare coi medesimi in modo da agevolare l'esercizio del medesimo diritto di soggiorno»⁵⁵.

Rileva in queste condizioni, l'effettività del diritto di ogni cittadino dell'Unione di godere dei diritti connessi a questo *status*, sia che il genitore, che pur non poteva più ottenere i benefici connessi alla condizione di lavoratore migrante, deve poter beneficiare, comunque, – solo ed in quanto in quanto perché cittadino dell'Unione – del diritto di soggiorno, in ragione dell'efficacia diretta dell'art. 18, par. 1, del T.C.E. (oggi art. 21 Trattato di Funzionamento dell'Unione Europea).

La Corte di Giustizia⁵⁶ ha affermato, inoltre, che l'art. 49 Trattato C.E. (ora art. 56 Trattato di Funzionamento dell'Unione europea relativo alla libera circolazione dei servizi), va sempre letto «alla luce del diritto fondamentale al rispetto della vita familiare» e deve essere interpretato nel senso lo Stato membro di origine di un prestatore di servizi stabilito in tale Stato, che fornisce servizi a destinatari stabiliti in altri Stati membri, non può negare il diritto di soggiorno nel suo territorio al coniuge del detto prestatore, anche se cittadino di un Paese terzo.

⁵⁴ Corte di Giustizia, sentenza del 17 settembre 2002, *Baumbast e R*, C-413/99, in *Rec.*, 2002, I-7091

⁵⁵ Corte di Giustizia, sentenza del 17 settembre 2002, *Baumbast e R*, cit., punto 75.

⁵⁶ Corte di Giustizia, sentenza del 11 luglio 2002, *Carpenter c. Secretary of State for the Home Department*, C-60/00, in *Racc.*, 2002, I-6279.

Anche della Direttiva 73/148 relativa alla soppressione delle restrizioni al trasferimento e al soggiorno dei cittadini da parte della Corte ne è stata data, allora, un'interpretazione che fa risaltare l'importanza attribuita dall'ordinamento UE all'obiettivo consistente nel garantire la tutela della vita familiare dei cittadini degli Stati membri al fine di eliminare gli ostacoli all'esercizio delle libertà fondamentali enunciate dal Trattato.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia accoglie un'idea di *status* familiare che non è più quel «rapporto organico di ordine formale, ma un rapporto intersoggettivo basato sul contenuto dell'*affectio* che si costruisce tra i suoi membri che si presentano degni di protezione all'interno della comunità familiare»⁵⁷.

L'effettività della tutela di diritti direttamente attribuiti ad ogni cittadino, quindi, è il grimaldello che permette di incidere sulla nozione di famiglia e familiare.

4. — *Lo status di figlio matrimoniale e non matrimoniale.*

La duplice percezione di *status* di «familiare» delineata nel precedente paragrafo trova la sua sintesi nella costituzione del rapporto di filiazione e la nascita dello *status* di figlio matrimoniale e non matrimoniale all'interno dell'Unione europea.

Anche lo *status* di figlio matrimoniale e non matrimoniale, infatti, non solo è presupposto dall'ordinamento giuridico dell'Unione per l'applicazione della direttiva n. 2004/38/CE, ma lo stesso – nella sua applicazione concreta e per le finalità che il sistema UE persegue – è presupposto per l'applicazione del Reg. 2201/2003, nonché in tema di rispetto dei diritti fondamentali.

Gli ostacoli, invero, derivano proprio dalle diverse normative nazionali, oggi in qualche maniera ridotta in tema di diritto di famiglia proprio dalla presenza del Regolamento n. 2201/2003 il quale permette fra l'altro, il riconoscimento automatico delle decisioni relative al diritto di visita dei minori. Rientrano nell'ambito d'applicazione del regolamento i procedimenti relativi al divorzio, alla separazione personale dei coniugi o all'annullamento

⁵⁷ A. PALAZZO, *Famiglia e paidocentrismo tra carta dei diritti fondamentali e ordinamenti civili*, cit.

del matrimonio, nonché tutte le questioni relative alla responsabilità genitoriale. Naturalmente il Regolamento n. 2201/2003 si propone di eliminare gli ostacoli alla circolazione e al riconoscimento delle sentenze nello spazio giuridico europeo, anche attraverso l'esemplificazione del procedimento di esecuzione.

Il Regolamento citato, seppur ha introdotto norme in materia di giurisdizione e competenza, ha invero toccato con la propria disciplina aspetti di carattere sostanziale, benché abbia espressamente escluso dalla suo ambito di applicazione la determinazione e l'impugnazione della filiazione; così come la decisione relativa all'adozione, le misure che la preparano, l'annullamento e la revoca dell'adozione; i nomi e i cognomi del minore; la regolazione dell'istituto dell'emancipazione; i *trust* e le successioni ed i provvedimenti derivanti da illeciti penali commessi da minori.

In particolare il Regolamento n. 2201/2003 si è adeguato al principio di pari tutela della filiazione legittima e naturale, ricordando come l'ampliamento applicativo del Regolamento in questione si deve ad un'iniziativa legislativa della stessa Commissione europea che recepiva le indicazioni del programma del Consiglio del novembre 2000 sull'attuazione del riconoscimento reciproco delle decisioni in materia civile e commerciale dirette ad estendere il regime del Regolamento n. 1347/2000 alle decisioni sull'esercizio della potestà sui figli di coppie non sposate e alle decisioni sulla responsabilità dei genitori diverse da quelle prese in occasione del divorzio o della separazione al fine di garantire la parità di trattamento nei confronti di tutti figli.

È evidente che gli strumenti che il diritto UE predispone riflettono esigenze di cresciuta mobilità internazionale degli individui così come una altrettanto crescente instabilità dei rapporti familiari.

Il riferimento in particolare è all'attuazione del principio di parità di trattamento, in applicazione del principio di non discriminazione sancito dall'art. 21 della Carta di Nizza.

Il Regolamento ed il concetto di responsabilità genitoriale che viene in esso regolato non può pertanto essere applicato in termini diversi rispetto ad un figlio anche qualora lo stato membro faccia permanere un qualche profilo di differenziazione tra la condizione di figlio matrimoniale, non matrimoniale o adottivo.

Si supera in questa maniera ogni eventuale dato normativo interno che detti ancora regimi differenziati per i figli nati fuori o dentro il matrimonio. Sempre in termini di rispetto del principio di d'interesse superiore del minore deve essere letto il criterio di residenza abituale dello stesso ai fini delle decisioni in tema di responsabilità.

In ogni caso, regolando gli aspetti direttamente connessi all'esercizio della responsabilità genitoriale presuppone necessariamente che sia la legge nazionale ad identificare la il momento costitutivo della nascita dello *status* di figlio. In ogni caso, rispetto a quest'ultimo caso, il regolamento impone il rispetto di principi che non possono non essere tenuti in considerazione al momento della circolazione dello *status* di figlio e dell'applicazione di ogni norma europea. Ma quello che rileva, rispetto allo *status* di figlio ed ai fini della nostra ricostruzione è che, rispetto all'applicazione del Regolamento in esame, anche i rapporti di filiazione tra il minore e genitori legati da un matrimonio omosessuale o da una *partnership* registrata sia essa etero che omosessuale sono inclusi nell'ambito di applicazione del citato Regolamento⁵⁸.

Dal punto di vista del diritto sostanziale, allora, il regolamento in esame introduce una nozione autonoma ed uniforme di «responsabilità genitoriale» qualificabile come l'insieme dei «diritti e dei doveri di cui è investita una persona fisica o giuridica in virtù di una decisione giudiziaria, della legge o di un accordo in vigore riguardanti la persona o i beni di un minore», che grava su coloro che possono dirsi titolari di detta responsabilità. È tale il genitore legittimo e naturale, oltre ad altri parenti o persona la cui relazione di cura del minore sia formalizzata da una decisione dell'autorità giudiziaria da un atto pubblico o da un accordo, così come da un ente a cui il minore è affidato.

5. — *Status di figlio ed unitarietà di concetto nell'Unione europea.*

Emerge allora dalla lettura della giurisprudenza e della norma che la nozione di filiazione presa in considerazione dall'ordinamento giuridico UE è ampia e mira a garantire l'uguaglianza tra figli nati all'interno e fuori della

⁵⁸ S. TONOLO, *Le Unioni civili nel diritto internazionale privato*, Milano, 2001, p. 89 ss.

famiglia legittima⁵⁹, dove la tutela della relazione tra il minore e l'affidatario si realizza attraverso la libera circolazione delle decisioni in materia di responsabilità genitoriale.

Nel contempo il riferimento all'atto giudiziale o di stato civile che nell'ordinamento dello Stato membro di provenienza attribuisce lo *status* di figlio garantisce la sua circolazione e l'applicazione di ogni norma connessa alla condizione di figlio anche qualora nello Stato membro di destinazione il tipo di filiazione identificata da quello *status* non sarebbe *ab initio* attribuibile o addirittura vietata da quell'ordinamento.

Tale dato riflette, quindi, che nell'ordinamento UE per ciascun degli Stati membri è figlio chi lo è per il paese Ue dove tale condizione si è formata, che pertanto circola con la persona.

In questo senso, allora, anche per il nostro ordinamento dovrà essere riconosciuto lo stato di figlio per esempio a quello di persona adottata da una coppia omosessuale, in quanto l'adozione da parte di coppie dello stesso sesso è possibile in numerosi Stati Membri, come è il caso nel Regno Unito dell'Inghilterra e della Scozia (dell'*Adoption and Children Act 2002* e *Children (Scotland) Act 2007*) e recentemente anche in Francia.

Lo stesso può dirsi in caso di filiazione da fecondazione medicalmente assistita. Nel paese membro di destinazione gode lo *status* di figlio nei confronti del padre che lo abbia riconosciuto anche se diverso dal donatore di sperma, chi nel proprio paese di origine (come la Germania) è padre non biologico, pure nell'ipotesi in cui nello stato di destinazione non fosse ammessa l'inseminazione eterologa, come ad esempio in Italia. L'art. 1600, 4 c., BGB, in tema di impugnazione di paternità e di diritto di visita, è stato infatti modificato dalla legge 23 aprile 2004, e ha escluso l'impugnazione di paternità da parte dell'uomo o della madre quando il bambino è procreato attraverso al donazione di sperma da parte del terzo con il consenso di entrambi⁶⁰.

⁵⁹ E. M. MAGRONE, *L'esecuzione delle decisioni in materia familiare secondo il regolamento (CE) n. 2201/2013*, in G. CARELLA (a cura di), *Cooperazione giudiziaria ed efficacia delle sentenze: problematiche di diritto internazionale europeo*, Bari, 2004, pp. 225 ss.

⁶⁰ Per una analisi del problema si veda R. ARNOLD, *Questioni giuridiche in merito alla fecondazione artificiale nel diritto tedesco*, in C. CASSONATO, T. E. FROSINI, *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, Torino, 2006, p. 5- 21.

Altra ipotesi in cui lo *status* di figlio matrimoniale o meno si possa formare facendo riferimento a modalità di riconoscimento della paternità e maternità completamente diversa, per esempio, rispetto al nostro ordinamento giuridico interno e della maggior parte degli ordinamenti giuridici degli Stati membri, è la fecondazione *post-mortem*⁶¹. Dal primo caso in cui furono chiamate a pronunciarsi le Corti inglesi – dove in ultima istanza la *Court of Appeal* riconobbe il diritto della ricorrente di ricevere il trattamento medico con i gameti del marito morto in un altro Stato membro⁶² – va ricordato come anche nell'ordinamento giuridico spagnolo fin dal 1988, con la legge sulle tecniche di riproduzione assistita, il marito può consentire (*ex art. 9.2*) con atto pubblico o testamento che il suo seme possa essere utilizzato, nei sei mesi seguenti la sua morte, per fecondare la moglie e tale procreazione produrrà gli effetti legali che derivano dall'affiliazione matrimoniale. Anche la Grecia nel 2002 ha approvato una legge (n. 3089/2002) la quale riconosce esplicitamente l'inseminazione *post-mortem* non solo ad opera del marito ma anche del compagno stabile della donna se entrambi ne avessero fornito in vita il consenso ovvero vi fosse stato un rischio di sterilità, previa autorizzazione giudiziaria.

Del pari gode nei diritti connessi alla libertà di circolazione lo *status* di figlio matrimoniale o non matrimoniale il figlio nato da accordo surrogativo per esempio ai sensi della legge inglese denominata *Human Fertilisation and Embryology Act* del 1990 dove l'art. 30 prevede la legittimazione della condizione giuridica del figlio nato da maternità surrogata, in seguito al controllo giurisdizionale sulla validità del contratto (a titolo gratuito e consensuale art. 36). È il Tribunale che dopo la consegna del figlio dalla madre naturale a quella committente lo legittima, con ordinanza, come figlio della coppia. Anche il codice civile greco al suo art. 1458 permette il ricorso alla maternità surrogata, per cui in caso di procreazione artificiale e di gestazione è rico-

⁶¹ Per una lettura approfondita del problema si veda A. GENTILOMO, A. PIGA, S. NIGROTTI, *Protezione eterologa, surrogazione e inseminazione post-mortem*, in A. GENTILOMO, A. PIGA, S. NIGROTTI, *La procreazione medicalmente assistita nell'Europa dei quindici*, Milano, 2005, pp.67-106.

⁶² *R. v. Human Fertilisation and Embryology Authority, ex parte Blood*, in *All. ER*, 2, 1997, p. 687. Successivamente all'autorizzazione della Corte d'Appello inglese la richiedente si è recata in Belgio dove nel 1998 è nato il figlio del marito morto, il quale ha avuto un fratello, sempre con i gamete del marito morto, nel 2002.

nosciuta madre la committente, se giudizialmente autorizzata al ricorso alla gestazione da parte di altra donna.

Anche nel caso dello *status* di figlio, allora, nell'ordinamento giuridico UE si produce il doppio fenomeno per cui questo sistema – per la realizzazione dei suoi fini, anche connessi alla regolamentazione del suo mercato – presuppone le qualificazioni che gli stessi paesi membri compiono rispetto alla costituzione dello *status* di figlio, realizzando un adattamento di questa nozione sempre più fluida⁶³, anche all'interno di quegli ordinamenti dove alcune situazioni, come quelle della filiazione adottiva tra coppie omosessuali, non sarebbero minimamente realizzabili.

In realtà la stessa giurisprudenza UE mostra una sua presenza sempre più forte in materia di libertà di circolazione delle persone economicamente attive e una conseguente volontà di favorire la circolazione di soggetti non economicamente attivi, il cui diritto scaturisce direttamente dalla cittadinanza UE, dove sembra addirittura che la Corte dia minor peso all'obiettivo di realizzazione del mercato rispetto a quello di dare maggiore protezione all'individuo⁶⁴.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia, invocando un crescente ricorso ad una definizione unitaria di *status* di cittadino UE, realizza una applicazione del principio del mutuo riconoscimento proprio agli *status* familiari, assai più ampia che lo quello ricorrente nella Direttiva n. 2004/38. Anche l'avvocato generale La Pergola nelle sue conclusioni alla sentenza consente di includere nello stato uniforme di cittadino anche quello di familiare.

Se lo *status* della persona si configura come presupposto per il godimento di un diritto di un individuo all'interno dell'Unione e dall'Unione fissato, non può non farsi ricorso ad un principio di unicità dello *status* all'interno

⁶³ P. RESCIGNO, *Status e capacità*, in M. PARADISO (a cura di), *I mobili confini dell'autonomia Privata*, Milano, 2005, p. 15-31.

⁶⁴ Sempre sentenza Corte di Giustizia, sentenza 30 novembre 1995, causa C-55/94, *Gebhard*, cit.; Corte di Giustizia, sentenza 11 luglio 2002, C-60/00, *Carpenter*, in *Racc.* 2002, p. I-6279 e Corte di Giustizia, 21 agosto 2003, causa C-109/01, *Akerich*, in *Racc.*, 2003, p. I- 9607. Si veda sul punto, G. STRAETMANS, *Non-Economic free Movement of European Union Citizens and family matters. Does the internal Market have any limit?*, in J. MEEUSEN, M. PERTEGÁS, G. STRAETMAS, F. SWENNEN (a cura di), *International family law for the European Union*, 2006, Antpert, pp. 183-238.

dell'UE, perché le «pre-condizioni» del godimento di diritti UE non può mutare a seconda di dove lo stesso soggetto o soggetti diversi che versano nelle medesime condizioni, si trovino. Questo frusterebbe il principio d'uguaglianza dei cittadini europei. Nozione unitaria di *status* che è peraltro già operativa in norme di diritto derivato direttamente riferibili ai funzionari dell'UE⁶⁵. In questo ambito è nota l'applicazione, per esempio, della nozione autonoma di famiglia e soprattutto di rapporto di filiazione. In tema, invero di Statuto del personale dipendente UE, per esempio, si prevede un assegno familiare per i figli a carico così come la pensione per gli orfani (cfr. artt. 1 e 2 allegato VII dello Statuto del personale ne art. 80 dello Statuto). Al fine di determinare la condizione di figlio del funzionario beneficiario rilevano i rapporti di filiazione matrimoniale e non matrimoniale ovvero adottiva stabiliti tra il figlio ed il funzionario UE oppure tra il figlio ed il coniuge del funzionario purché esso sia effettivamente mantenuto dal funzionario medesimo (art. 2, par. 2 allegato VII cit.). Ricorda il Tribunale di primo grado⁶⁶ che il criterio per determinare la condizione di figlio a carico è comunque "l'impegno affettivo a soddisfare in tutto in parte i bisogni essenziali del figlio, in particolare per quanto riguarda l'alloggio, il vitto, il vestiario, l'educazione, le cure e le spese mediche". Il divorzio o l'affidamento del figlio al coniuge non funzionario non fa venire meno la condizione di figlio a carico⁶⁷.

Il principio d'unicità si applicherebbe, dunque, agli atti dello *status* civile, così come agli *status* della persona come definita nel paese membro di origine. Questo perché dall'esistenza dello *status* e delle pre-condizioni atte a determinarlo dipende l'esistenza ed il godimento dei benefici e diritti stabiliti dall'ordinamento dell'Unione europea, siano essi di ammissione e soggiorno o altri benefici anche - e non solo - di carattere retributivo e previdenziale.

Nella sentenza *Dafeki*, infatti, oggetto del giudizio di equivalenza è di un atto dello stato civile. Parimenti anche nella nota sentenza *García Avello*, oggetto dell'obbligo di riconoscimento sembra essere proprio lo *status* del-

⁶⁵ Si veda direttiva 2000/78/CE sulla parità di trattamento in ambito di lavorativo e la modifica dello statuto del personale della Comunità.

⁶⁶ Tribunale di primo grado, 11 luglio 2000, causa T-134P/99, *Skrzypek c. Commissione*, in *Racc.*, 2000, p. II-633, punti 66-69.

⁶⁷ Tribunale di primo grado, 3 marzo 1993, causa T-69/91, *Peroulakis c. Commissione*, in *Racc.*, 1993, p. II-1985.

la persona (legato al diritto al nome) acquisto nel proprio paese di origine (punti 31 e 45)⁶⁸. «Le sentenze *Dafekei* e *García Avello* e le conclusioni *Niebuil* delineano un obbligo per lo Stato di destinazione – cioè per lo Stato del Foro – di rispettare nel caso concreto, lo *status* cristallizzato nello Stato di origine, senza verificare se la legge applicata allora costituzione di *status* sia quella competente secondo le norme di conflitto dello Stato di destinazione»⁶⁹.

Va ricordato come proprio al Corte di Giustizia abbia stabilito nella ricordata sentenza *Dafekei*, che in assenza di una normativa che armonizzi la materia, con riferimento al valore extraterritoriale delle attestazione dello stato civile di un paese, le amministrazioni e le giurisdizioni dello Stato membro di destinazione o residenza del cittadino abbiamo l'obbligo di attenersi al contenuto dei documenti di stato civile rilasciati dal paese di origine, sia pure rispetto al mero riconoscimento del valore probatorio di quel documento, come sostenuto⁷⁰, ovvero come riconoscimento della validità dell'atto⁷¹.

Inoltre, il riferimento fatto non può essere circoscritto allo Stato di origine della persona quanto a quello di formazione di quella condizione da rispettarsi nello Stato membro dove la persona sia destinata, essendo connotata al concetto stesso di cittadinanza europea e la sua stretta connessione con il principio di libertà di circolazione la possibilità di acquisire *status* personali e familiari in Stati membri diversi da quello della propria origine.

⁶⁸ Le considerazioni rispetto L. TOMASI, *La tutela degli status familiari nel diritto dell'Unione europea*, Padova, 2007, p. 107.

⁶⁹ L. TOMASI, *La tutela degli status familiari nel diritto dell'Unione europea*, cit. p. 111.

⁷⁰ M. FALLON, *Constraints of internal market law on Family Law*, in J. MEEUSEN, M. PERTEGÁS, G. STRAETMAS, F. SWENNEN (a cura di), *International family law for the European Union*, 2006, Antwerp, pp. 149-233.

⁷¹ S. NICCOLINI, *Il mutuo riconoscimento tra mercato e sussidiarietà*, 2005, Padova, p. 212-213.

GIUSEPPE GIAIMO *

THE STATUS OF THE CHILD NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO INGLESE. BREVI RAFFRONTI COMPARATIVISTICI

SOMMARIO: 1. *Brevi note introduttive.* — 2. Status of the child e parental responsibility. — 3. *La mancata uniformazione degli status of the child.* — 4. *Un raffronto comparatistico. La situazione italiana a seguito della L. n° 219/2012.*

1. — *Brevi note introduttive.*

Il modello tradizionale di famiglia è fondato sull'esistenza di un valido vincolo matrimoniale, dal quale discende un insieme di relazioni affettive su cui è modellato lo statuto giuridico di ciascuno dei componenti la famiglia stessa. Il legame che il matrimonio crea tra due individui di sesso differente costituisce, quindi, una solida base sulla quale è possibile impiantare quelle regole legali che, attraverso il loro operare, consentono una efficiente risposta alla necessità sociale di certezza, in ordine alle situazioni soggettive giuridicamente rilevanti.

Regole, queste, che – riverberandosi sia nei rapporti reciproci tra i coniugi, sia nei confronti dell'eventuale prole – predispongono una efficace rete di protezione che opera in favore dei singoli componenti della famiglia, così come dell'intero nucleo.

Gli strumenti volti ad ottenere un simile risultato sono molteplici e differenziati in maniera conforme all'obiettivo perseguito. In tal senso è possibile richiamare, ad esempio, quel rigido apparato normativo atto a disciplinare i diritti ed i doveri reciproci tra i coniugi e di questi nei confronti della prole – in costanza di rapporto o al termine di questo – così come l'esistenza di una precisa procedura giudiziaria, culminante nella separazione personale o nel divorzio. In entrambi i casi traspare, in maniera evidente, l'interesse sociale alla salvaguardia del connotato solidaristico che permea di sé le relazioni familiari, garantito attraverso la predisposizione di una serie di regole

* Università degli Studi di Palermo.

che consentono un equilibrato svolgersi dei rapporti interni alla famiglia stessa, così come una forte tutela che pone al riparo, da possibili abusi a proprio danno, coloro che versano in uno stato di debolezza dovuta all'età o alle condizioni economiche.

Ulteriori precetti – come, ad esempio, quelli che vietano situazioni di endogamia – sono rivolti, inoltre, a tutelare un ordine familiare che corrisponde ad una diffusa coscienza sociale, attraverso l'imposizione di divieti e sanzioni diretti a reprimere tutti quegli atti considerati alla stregua di attentati all'ordine naturale dei rapporti interpersonali; ovvero, ancora, sono indirizzati a proteggere l'integrità del consorzio da eventuali elementi esterni, suscettibili di provocare un conflitto con gli interessi degli appartenenti ad esso. Verso tale ultima direzione è indirizzata, ad esempio, quella norma – qual è l'art. 252 del codice civile italiano – che subordina l'inserimento del figlio nato fuori dal matrimonio nella famiglia del genitore che lo abbia riconosciuto al consenso del coniuge e dei figli legittimi conviventi ed ultrasedicenni. In altri termini, allora, la necessità sociale di porre al riparo la comunità familiare da interferenze che – per quanto moralmente apprezzabili – potrebbero arrecare ad essa un nocumento destabilizzante (come, nell'esempio, l'innesto in dinamiche già collaudate di un figlio nato da una relazione extra-coniugale) impone che tale ingresso sia subordinato ad un consenso della collettività di riferimento, espresso attraverso una autorizzazione resa da un giudice, successiva all'accertamento di una volontà affermativa dei componenti il gruppo recipiente. La questione posta rinvia, quindi, al «sostrato esistenziale tipicamente bilaterale o partecipativo dello *status*, nel senso che il rapporto organico al quale questo geneticamente si riannoda può nascere solo se ricorrano insieme un atto di adesione voluto o, comunque, riferibile al singolo ed un correlativo atto di recezione del gruppo, di cui il primo entra a far parte come membro o componente. In sé presi, quindi, i singoli atti di adesione e di recezione sono assolutamente necessari, ma non sufficienti, perché è solo la loro somma o combinazione che, nella sintesi di una fattispecie complessa, produce – col mettere l'interessato al centro di una situazione disciplinare *ad hoc* – l'effetto della costituzione dello *status*»¹.

¹ G. CRISCUOLI, *Variazioni e scelte in tema di status*, in *Riv. Dir. Civ.*, I, 1984, p. 181, cui si rinvia anche per le verifiche del concetto di *status*, elaborato quale rapporto bilaterale individuo-società.

La tradizionale qualificazione dell'istituto familiare come effetto diretto della celebrazione del matrimonio ha comportato, dunque, una serie di conseguenze normative tra le quali – limitando l'indagine alla filiazione – vi è la disposizione di una linea di discriminazione, atta a discernere coloro che sono stati generati all'interno del rapporto coniugale da chi, invece, discende da genitori non coniugati tra loro. In altre parole, quindi, il mero fatto biologico della procreazione non sarebbe sufficiente a costituire un rapporto giuridico univoco tra il figlio e chi lo ha concepito, atteso che l'esistenza del vincolo matrimoniale tra padre e madre attribuisce al nato lo *status* di figlio legittimo (con le conseguenze legali ad esso inerenti) mentre, per converso, dall'assenza di tale legame discende il differente *status* di figlio naturale.

L'emersione, all'interno del tessuto sociale, di un numero sempre crescente di relazioni affettive prive di quella regolamentazione giuridica che reca con sé il matrimonio ha reso indispensabile, tuttavia, una profonda rivisitazione di quell'archetipo familiare, attraverso un maggiore rilievo attribuito al legame biologico nella definizione dei rapporti di filiazione e parentela, piuttosto che al mero dato formale collegato alla presenza di un vincolo giuridico esistente, o meno, tra i genitori.

Lo scopo della presente indagine è, dunque, quello di accertare quali siano le risposte offerte dall'ordinamento inglese alla sempre più marcata esigenza di parificazione tra i figli matrimoniali e coloro che, invece, nascono da genitori non coniugati tra loro, in modo che si possa operare un raffronto – in chiave comparatistica – con la corrispondente disciplina italiana, anche al fine di una valutazione predittiva in ordine alla portata della recente riforma in materia di riconoscimento dei figli naturali².

2. — Status of the child *e* parental responsibility.

La storia giuridica inglese ha conosciuto una profonda distinzione tra chi nasceva in costanza di valido matrimonio³ e chi, invece, era figlio di

² Ci si riferisce alla recente legge n. 219 del 10 dicembre 2012, in tema di disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali.

³ L'evento che determinava la condizione di figlio legittimo era esclusivamente la nascita

genitori tra loro non coniugati. La condizione che, nel diciottesimo secolo, era propria della prole illegittima è perfettamente tratteggiata nelle parole di Blackstone, secondo il quale «l'essere un *filius nullius* implica l'assenza di rapporti di genitorialità e di parentela e, quindi, la conseguente impossibilità di far parte della linea di sangue di una stirpe di antenati»⁴. La nascita al di fuori del matrimonio comportava, quindi, la completa mancanza di doveri di mantenimento in capo ai genitori ed in favore dei figli⁵, insieme ad una assoluta carenza di diritti successori, che rendeva impossibile qualunque eventuale pretesa ereditaria accampata dalla prole illegittima sul patrimonio degli appartenenti alle famiglie dei genitori stessi.

La situazione adesso descritta iniziò gradualmente a mutare già nel primo scorcio del ventesimo secolo, quando furono adottate misure legislative a salvaguardia delle madri non coniugate e della loro prole⁶ riconoscendo, al contempo, l'esistenza di un legame giuridico tra le madri stesse ed i loro figli illegittimi. L'antico divieto posto dalle *Constitutions of Merton* del 1236 alla legittimazione *per subsequens matrimonium*⁷ fu rimosso attraverso il *Legitimacy Act* del 1926, sebbene con una limitazione inerente i figli nati da una relazione adulterina che, a sua volta, fu eliminata con il successivo *Legitimacy Act* del 1959⁸. L'incapacità dei figli illegittimi di succedere ai propri genitori, infine,

successiva alla celebrazione del matrimonio, a nulla rilevando il tempo del concepimento (cfr. *Birtwhistle v. Vardill*, [1834], 2 Cl & F, 591).

⁴ W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, 1770, I, p. 459.

⁵ Le condizioni in cui erano costretti a vivere i figli illegittimi erano spesso estremamente dure, tanto che la stessa sopravvivenza della maggior parte di costoro era affidata al sistema assistenziale pubblico (*Poor Laws*) (cfr. S. Cretney, *Family Law in the Twentieth Century. A History*, Oxford, 2003, p. 546). Le conseguenze negative si riscontravano anche sul piano sociale, atteso che la nascita illegittima costituiva un vero e proprio stigma che rendeva reiecti.

⁶ Si ricorda, a tal proposito, l'istituzione del *National Council for the Unmarried Mother and Her Child* nel 1918 ed il riconoscimento di un dovere di custodia della madre in favore dei propri figli illegittimi (cfr. *Bernardo v. McHugh*, [1891], AC, p. 388).

⁷ Cfr. J. H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, London, 2004, p. 490.

⁸ Attraverso tale provvedimento normativo fu, inoltre, introdotto il concetto di matrimonio putativo, in ordine al quale era da considerarsi legittima la prole nata da un matrimonio invalido, nel caso in cui almeno uno dei consorti avesse ignorato in buona fede il vizio che inficiava l'unione coniugale.

venne meno dopo una decade, attraverso quanto disposto dal *Family Law Reform Act* del 1969⁹.

Una nuova sensibilità sociale nei confronti della prole nata al di fuori del matrimonio¹⁰ condusse, quindi, all'emanazione del *Family Law Reform Act* del 1987¹¹ diretto, nelle intenzioni del legislatore, ad ottenere una piena parificazione giuridica tra gli *status* di figlio legittimo e naturale¹², pur mantenendo in vita i rispettivi concetti. La *section* 1(1) di tale provvedimento legislativo, infatti, stabilisce testualmente che «ogni riferimento (in qualsiasi modo espresso) al rapporto che lega due soggetti, contenuto in qualunque disposizione normativa successiva all'entrata in vigore della presente legge, dovrà essere compiuto – salvo che non vi sia una esplicita contraria indicazione – senza che venga in alcun modo in considerazione l'eventuale vincolo coniugale che, in ogni tempo, possa essere intercorso tra i genitori di costoro».

Il Parlamento inglese, dunque, con la riforma del 1987 adottò una particolare strategia, in quanto lasciò intatto il concetto di filiazione naturale – con la logica conseguenza che, per converso, fu mantenuta anche l'esistente contrapposizione con la categoria dei figli legittimi¹³ – ma, al contempo, ridusse al massimo la possibilità di riferirsi ad esso, statuendo che ogni volta

⁹ Il *Family Law Reform Act* del 1987 riconobbe la possibilità, ai figli nati al di fuori del matrimonio, di ereditare anche dai parenti e non soltanto dai genitori.

¹⁰ Una considerevole spinta verso l'unificazione degli *status* di figlio, senza alcuna discriminazione fondata sull'esistenza di un vincolo matrimoniale tra i genitori, provenne dalle Convenzioni internazionali della quali l'Inghilterra è parte contraente. A tal proposito, è possibile rammentare l'art. 25.2 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, che raccomanda la medesima protezione sociale per i figli nati nel matrimonio o al di fuori di esso; così come l'intero contenuto della Convenzione europea sullo statuto giuridico dei figli nati fuori matrimonio del 1978.

¹¹ Il *Family Law Reform Act* del 1987 fu preceduto da un ampio dibattito sociale, innescato da un *Working Paper* (n. 74), pubblicato a cura della *Law Commission* nel 1979, con il quale fu proposta la completa eliminazione, in seno all'ordinamento inglese, di qualunque riferimento alla distinzione tra chi fosse nato da genitori tra loro coniugati e chi, invece, non lo fosse.

¹² L'unica differenza che il *Family Law Reform Act* del 1987 espressamente mantenne tra figli legittimi e naturali fu l'impossibilità di trasmettere a questi ultimi i titoli onorifici o nobiliari dei propri ascendenti.

¹³ Cfr. A. BAINHAM, *Is legitimacy legitimate?*, in *Family Law*, 2009, p. 673.

che un atto normativo avrà ad oggetto la figura filiale non potrà specificare (salvo che ciò non sia assolutamente necessario per la natura e la finalità dell'atto stesso) l'eventuale esistenza tra i genitori di un rapporto matrimoniale. In altri termini, quindi, il legislatore britannico, nella qualificazione del legame tra genitori e figli, ha messo sotto il fuoco delle proprie definizioni non più lo *status* della prole (se legittima o naturale), ma quello (coniugale o non coniugale) dei genitori stessi; con il conseguente effetto di sottrarre allo stigma sociale coloro i quali siano nati da una coppia non unita in matrimonio¹⁴.

Il risultato conseguito dal *Family Law Reform Act* del 1987 è stato, dunque, quello di eliminare ogni residuo degli esiti negativi inerenti allo *status* di figlio nato al di fuori del vincolo coniugale¹⁵, anche attraverso la rimozione linguistica dei termini che rimandano al concetto di filiazione illegittima. Tale provvedimento legislativo, tuttavia, non è riuscito a realizzare una concreta ed effettiva equiparazione tra i genitori in ordine alle diverse modalità in cui può sorgere il loro legame giuridico con la prole, diversificate a seconda che si tratti di figli legittimi o naturali e, in quest'ultima ipotesi, a seconda che ci si riferisca al padre od alla madre. Al fine di cogliere al meglio le implicazioni che tale circostanza riverbera sulla persistenza di uno *status* filiale differenziato occorre, allora, compiere una breve premessa a proposito delle differenti procedure secondo cui, in Inghilterra, i genitori tra loro non coniugati possono acquisire la *parental responsibility*¹⁶ – insieme alle responsabilità ed ai doveri ad essa connessi – su un minore; con l'avvertenza preliminare che ci si riferirà esclusivamente alla figura maschile della coppia genitoriale, atteso che la *section 2 (2)* del *Children Act* del 1989 stabilisce che la *parental responsibility* sui figli non matrimoniali sia attribuita – quale conseguenza della mera nascita – soltanto alla madre.

La *section 4 (1)* del *Children Act* del 1989 prevede tre differenti possibilità, attraverso le quali un padre può acquisire la responsabilità genitoriale sui

¹⁴ Cfr. *Bellinger v. Bellinger*, in *F.L.R.*, 2, 2001, p. 1082.

¹⁵ Si è già visto come tale provvedimento legislativo abbia esteso la possibilità, per i figli naturali, di entrare nella successione intestata dei parenti, oltre che in quella dei genitori.

¹⁶ Secondo la definizione della *section 3 (1)* del *Children Act* del 1989, per *parental responsibility* si intende “*all the rights, duties, powers, responsibilities and authority which by law a parent of a child has in relation to the child and his property*”.

propri figli nati al di fuori del matrimonio. In primo luogo, ciò può avvenire attraverso l'espressa richiesta, da parte del genitore, di essere menzionato nel certificato di nascita¹⁷, in maniera del tutto conforme a quanto previsto nell'art. 254 del codice civile italiano in ordine al riconoscimento dei figli naturali. Il padre, inoltre, può stipulare con la madre un accordo, attraverso il quale egli assume la *parental responsibility* sulla prole e ne specifica il contenuto, rendendolo aderente alla singola situazione in concreto. Il genitore, infine, può innescare un procedimento giudiziario diretto ad ottenere un provvedimento che, in caso di mancato accordo con la madre, gli conferisca la *parental responsibility*, ove sia accertato che ciò corrisponde al miglior interesse della prole¹⁸.

La sintesi di quanto esposto in ordine ai differenti modi di acquisizione della responsabilità genitoriale riporta, dunque, una situazione parecchio frastagliata, riassumibile attraverso una suddivisione dei genitori stessi in tre differenti gruppi.

Il primo insieme è costituito da coloro che hanno contratto matrimonio e che, in costanza del vincolo, hanno generato prole. Al ricorrere di tale ipotesi, entrambi i coniugi intrattengono un identico e condiviso rapporto giuridico con i propri figli, dal quale discendono doveri ed obblighi non rinunciabili e che rappresenta la migliore garanzia per la tutela degli interessi – di natura personale e patrimoniale – della prole medesima.

Il secondo insieme include coloro che hanno procreato senza essere tra loro coniugati, ma che condividono comunque la *parental responsibility* a seguito della volontaria assunzione di essa, da parte del padre, in uno dei modi

¹⁷ Tale modalità è stata introdotta successivamente all'entrata in vigore del *Children Act* del 1989, attraverso quanto disposto nella *section 111* dell'*Adoption and Children Act* del 2002.

¹⁸ L'acquisizione della *parental responsibility* attraverso una intesa contrattuale tra i genitori, o quale conseguenza di un ricorso al giudice, non ha avuto una significativa diffusione nel tessuto sociale inglese, «senza dubbio a causa della mancata consapevolezza, tra i padri non coniugati, della circostanza che essi non godono, nei confronti dei figli, della medesima posizione giuridica che, invece, è propria della madre» (A. BAINHAM, *op. cit.*, p. 675). La possibilità per il genitore – successivamente introdotta, come si diceva, attraverso l'*Adoption and Children Act* del 2002 – di ottenere la *parental responsibility* sul figlio naturale mediante la semplice menzione della paternità nel certificato di nascita ha notevolmente incrementato la percentuale dei padri che, non coniugati, acquistano una propria responsabilità genitoriale sui figli.

– di cui è detto poco sopra – previsti dal *Children Act* del 1989; con la differenza che, diversamente rispetto alla filiazione legittima, in quest'ultimo caso il rapporto che lega il padre stesso al figlio può venir meno, in seguito ad una decisione giudiziale che revochi la *parental responsibility* intenzionalmente acquisita¹⁹.

L'ultima categoria, infine, comprende i genitori che abbiano generato una prole in difetto di un vincolo matrimoniale tra loro esistente, senza che il padre abbia acquisito alcuna responsabilità genitoriale nei confronti di essa. In tal caso, la *parental responsibility* grava esclusivamente sulla madre, con la conseguenza che i figli «rimarranno senza alcuno che possa esercitare, nei loro confronti, la potestà genitoriale nell'eventualità in cui la genitrice dovesse venire meno»²⁰.

3. — *La mancata uniformazione degli status of the child.*

Il legame giuridico che intercorre tra genitori e figli è connotato da una così profonda bilateralità, che ogni eventuale distinzione tracciata all'interno di una delle due categorie non può non coinvolgere pienamente anche l'altra.

L'ordinamento giuridico inglese conosce – come si è visto – una netta linea di demarcazione tra chi è padre di figli nati in costanza di matrimonio e chi, invece, lo è di prole generata in assenza di vincolo coniugale. Soltanto i genitori che appartengono alla prima delle due categorie sono investiti, infatti, di una *parental responsibility* che gli deriva in maniera diretta dalla nascita dei figli su cui essa è esercitata, senza che sia loro richiesto il compimento di alcun ulteriore atto. Chi è padre in assenza di matrimonio, invece, ottiene il riconoscimento della propria responsabilità genitoriale soltanto attraverso un comportamento volontario – che si estrinseca nei modi di cui si è detto prima – diretto ad ottenere l'attribuzione di un complesso di obblighi e di

¹⁹ La *section 4 (3)* del *Children Act* del 1989 stabilisce che la *parental responsibility* acquisita dal padre naturale può essere revocata attraverso un provvedimento giudiziario, su istanza di chiunque abbia la medesima responsabilità sul figlio, ovvero proposta dal figlio stesso con il consenso della Corte.

²⁰ J. FORTIN, *Children's Rights and the Developing Law*, Cambridge, 2011, p. 482.

potestà che, altrimenti, rimarrebbero di esclusiva competenza della madre. Tale circostanza comporta, quindi – quale sua immagine speculare – un corrispondente discrimine che separa nettamente, di fatto, i figli legittimi dai figli naturali: soltanto i primi, infatti, possono godere delle tutele connesse all'istituto della *parental responsibility* in maniera piena, irrevocabile e, soprattutto, condivisa tra entrambi i genitori; mentre la prole nata al di fuori del matrimonio rimane ad esclusivo carico della madre, salvo che il padre – attraverso l'espressione di una propria volontà incoercibile – non decida di assumere su di sé un corrispondente onere²¹.

Un ulteriore preciso indice della mancata equiparazione, in Inghilterra, tra figli legittimi e naturali emerge, inoltre, ponendo a raffronto il procedimento indirizzato ad ottenere la separazione personale dei coniugi od il divorzio, con la semplice cessazione di un rapporto familiare *more uxorio*. Al ricorrere della prima ipotesi, infatti, sui genitori grava il preciso obbligo di presentare in giudizio un documento – a firma del solo istante o, preferibilmente, di entrambe le parti – attraverso il quale sono fornite al giudice tutte le informazioni relative agli eventuali figli minori, necessarie al fine di poter adottare il provvedimento più idoneo alla cura, all'educazione ed al mantenimento dei figli stessi²². Il venir meno di una relazione senza matrimonio non è accompagnato, invece, da alcuna prescrizione al riguardo di un controllo giudiziario circa l'esistenza od il contenuto di un eventuale accordo tra i genitori, in ordine all'affidamento dei figli ed alla ripartizione dei relativi oneri²³. Anche in questo caso, quindi, si assiste ad una evidente sperequazione tra la maggior tutela che l'ordinamento anglosassone accorda alla prole legittima, rispetto a coloro che nascono al di fuori del matrimonio i quali – in un momento tanto delicato, qual è l'interruzione della relazione affettiva che lega i genitori – scontano l'assenza di strumenti normativi idonei a consentire una sorveglianza giudiziale, in ordine alla protezione dei propri interessi

²¹ Come è stato efficacemente notato, «*one group of children has a full legal relationship with their fathers, another group does not*» (A. BAINHAM, *op. cit.*, p. 675).

²² Cfr. la *rule 2.2* del *Family Proceedings Rules* del 1991.

²³ La *section 63* del *Civil Partnership Act* del 2004 prevede, in realtà, una procedura simile a quella descritta in riferimento alla separazione od al divorzio dei coniugi, nell'eventualità in cui si tratti di stabilire i provvedimenti in favore dei figli, in conseguenza della dissoluzione di una unione registrata.

primari. Interessi, questi, il cui soddisfacimento rimarrebbe inevitabilmente in carico esclusivo della madre, nell'ipotesi in cui l'altro genitore non avesse compiuto alcun atto destinato ad una condivisione della *parental responsibility*.

La permanente disuguaglianza tra le posizioni giuridiche dei genitori nei confronti della prole – a seconda che essi siano o meno coniugati – lascia concludere l'analisi svolta nel senso di una persistenza di una profonda distinzione tra lo *status* di figlio legittimo o naturale, a dispetto del tentativo di uniformazione compiuto dal legislatore inglese attraverso quanto stabilito nel *Family Law Reform Act* del 1987. La semplice circostanza normativa che inibisce il riferimento – all'interno dei provvedimenti legislativi che riguardano la condizione di figlio – all'esistenza od alla non esistenza del vincolo matrimoniale che legghi i genitori al momento della nascita della prole non è, infatti, in alcun modo sufficiente a scongiurare un trattamento differenziato di essa, relativamente al grado di tutela che inerisce alla titolarità della *parental responsibility*, ove ancora quest'ultima non costituisce una conseguenza diretta ed immediata del semplice legame biologico. L'unica possibilità, dunque, di ottenere una uniformazione effettiva – e non soltanto nominalistica – dei diversi *status filiationis* pare essere dipendente da una, non ancora attuale, univoca riferibilità al concetto stesso di figlio, attraverso la preventiva unificazione dei differenti *status* genitoriali²⁴. In altri termini, allora, occorre che ai fini dell'attribuzione della responsabilità genitoriale non abbia alcun rilievo (anche rispetto a tutte le connesse relazioni di tipo parentale) la circostanza che il concepimento o la nascita della prole avvenga, o meno, in costanza di matrimonio quanto, invece, la mera discendenza biologica che intercorre tra genitori e figli²⁵. In caso contrario, infatti, sarà inevitabile la persistenza di quel discrimine che, in concreto, separa i figli legittimi da quelli naturali.

²⁴ Una siffatta istanza di uniformazione tra le diverse figure genitoriali è stata accolta positivamente dalla *section 9* del *Nationality, Immigration and Asylum Act* del 2002, secondo cui il figlio di genitori non uniti in matrimonio può derivare la cittadinanza inglese non soltanto dalla madre ma, anche, in virtù del semplice legame di sangue che lo unisce al padre. Occorre sottolineare, tuttavia, come tale disposizione non abbia efficacia retroattiva.

²⁵ In tal senso si esprime la *section 3* dello *Status of Children Act* del 1974 dello stato australiano del Victoria, secondo la quale «*for all the purposes of the law of Victoria the relationship between every person and his father and mother shall be determined irrespective of whether the father and mother are or have been married to each other and all other relationships shall be determined accordingly*».

4. — *Un raffronto comparatistico. La situazione italiana a seguito della L. n° 219/2012.*

I risultati ai quali si è pervenuti, attraverso l'analisi che ha riguardato gli *status filiationis* all'interno dell'ordinamento giuridico inglese, possono costituire adesso una valida cartina di tornasole – mediante un raffronto comparatistico – al fine di misurare la portata effettiva della recente riforma che, in Italia, ha interessato la materia del riconoscimento dei figli naturali.

Le intenzioni che hanno mosso il legislatore interno spiccano, con palese evidenza programmatica, dalla equiparazione nominalistica compiuta nel comma 11 dell'art. 1 della Legge n. 219/2012, il quale dispone la sostituzione di ogni riferimento lessicale – contenuto all'interno del codice civile – dei distinti concetti di prole legittima e naturale con la comprensiva ed univoca definizione di «figli», senza alcuna ulteriore aggettivazione. La volontà è, dunque, quella di eliminare dalle disposizioni normative qualsiasi rimando ad una diversità di *status filiationis*, attraverso una perfetta equiparazione di coloro che sono nati in costanza di matrimonio con chi, invece, è nato al di fuori di esso, compiuta mediante l'imposizione a tutti costoro di un nome collettivo che ne unifichi le sorti.

La reale uniformazione, tuttavia, è raggiunta – in maniera ben più rilevante che con un semplice riferimento all'appellativo verbale della prole – attraverso la sostanziale modifica apportata all'art. 315 del codice civile che, nella nuova formulazione, attribuisce identico stato giuridico a tutti i figli. Disposizione, questa, da leggere in combinato disposto con il novellato art. 74 c.c., in base al quale il vincolo di parentela discende in maniera diretta dalla filiazione, senza riguardo alla circostanza se essa sia avvenuta all'interno del matrimonio od al di fuori di questo. L'esito della rinnovata disciplina comporta, quindi, «che il matrimonio non si configuri più quale necessario presupposto per dar vita a relazioni legalmente familiari, che sorgono ormai indipendentemente dalla sussistenza del vincolo, cosicché può affermarsi che esso dispieghi ora effetti esclusivamente con riguardo al rapporto tra coniugi e non impinga sui rapporti giuridici della loro discendenza»²⁶.

²⁶ M. SESTA, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari?*, in *Famiglia e diritto*, 2013, p. 233.

La preminente rilevanza attribuita dal legislatore italiano al legame biologico che unisce i figli ai genitori, quale elemento determinante dell'esistenza della biunivoca relazione giuridica che intercorre tra costoro – senza più alcuna distinzione di *status* fondata sulla eventuale sussistenza di un vincolo coniugale tra i genitori medesimi – comporta un evidente mutamento di prospettiva riferito al concetto stesso di famiglia, il cui baricentro pare essersi spostato dall'istituto matrimoniale all'avvenuta generazione di prole. In altri termini, dunque, la celebrazione delle nozze implica il venire ad esistenza di una serie di rapporti che coinvolgono, in via diretta, esclusivamente coloro che contraggono il legame, dal quale dipende il sorgere di una serie di diritti e doveri reciproci e corrispettivi. La celebrazione stessa, invece, rimane irrilevante al fine della determinazione dello *status* di figlio, atteso che quest'ultimo acquista la pienezza dei propri diritti connessi all'(ormai) univoca identità familiare – nei confronti di chi lo ha generato e dei loro parenti – esclusivamente con l'avvenuto riconoscimento, ovvero attraverso la dichiarazione giudiziale di paternità o maternità²⁷, senza che su ciò possa in alcun modo influire il legame, giuridico o di fatto, esistente tra i genitori.

La decisione di due soggetti di unirsi tra loro in matrimonio è, quindi, produttiva di conseguenze che attengono esclusivamente alla sfera esistenziale dei soggetti agenti, senza che la loro volontà possa in qualche modo incidere sulle posizioni giuridiche soggettive dell'eventuale prole. Per converso, la scelta procreativa è foriera dell'instaurazione di un rapporto genitoriale – e dei connessi diritti e correlative responsabilità – che non può che essere univoco e privo di differenti coloriture, ormai non più distinte a seconda dell'esistenza (o della non esistenza) di quel meta-livello giuridico che è il vincolo coniugale rispetto a quello parentale. In tal senso, infatti, sono orientate sia la norma introdotta nel codice civile attraverso il nuovo art. 315 *bis* – il quale ha stabilito in favore di ogni figlio, nato o meno all'interno del matrimonio, le medesime tutele che l'art. 147 c.c. impone in capo ai genitori, come conseguenza diretta ed immediata del loro vincolo

²⁷ Correttamente è stato rilevato come le recenti riforme «non supera il principio secondo il quale la formazione di un titolo di stato di filiazione sia sempre necessaria perché possa propriamente parlarsi di stato di filiazione» (M. SESTA, *op. cit.*, p. 239).

coniugale – sia la delega conferita al governo, esplicitamente diretta alla «unificazione delle disposizioni che disciplinano i diritti ed i doveri dei genitori nei confronti dei figli nati nel matrimonio e dei figli nati fuori del matrimonio»²⁸.

L'effettiva uniformazione degli *status filiationis* che la recente riforma ha compiuto in Italia spicca con una evidenza e nettezza di contorni ancora maggiore, se raffrontata al tentativo che, in Inghilterra, è stato operato con il *Family Law Reform Act* del 1987, di cui si è detto in precedenza. La legge inglese, infatti, ha cercato una equiparazione tra la situazione giuridica dei figli legittimi e naturali, attraverso la preconizzata ablazione di ogni riferimento – nel *corpus* normativo – all'eventuale esistenza di un rapporto coniugale tra i genitori ed, ancora, mediante l'inclusione degli *illegitimate children* tra i successibili, *ab intestato*, dei parenti dei genitori stessi. Queste disposizioni non sono state accompagnate, tuttavia, da una coerente attribuzione della *parental responsibility* simmetrica tra i due genitori, atteso che – nell'ipotesi di prole naturale – questa è posta in capo alla madre unicamente in virtù dell'avvenuta generazione, mentre il padre rimane libero di operare una scelta in ordine all'assunzione (nei modi descritti) di tale *munus*. La conseguenza di ciò, quindi, consiste in una evidente difformità di trattamento tra figli legittimi e naturali, atteso che soltanto i primi hanno la garanzia di una tutela dei propri interessi condivisa da entrambi i genitori, mentre la cura degli altri rimane nel carico esclusivo della madre, salvo che il padre non decida volontariamente di assumersi il relativo onere.

La conclusione che si può trarre dal raffronto comparatistico è, quindi, nel senso che il Parlamento inglese «ha perseguito il modesto obiettivo di una riforma del linguaggio legislativo»²⁹, destinata a cancellare ogni riferimento nominalistico alla separazione concettuale tra figli legittimi e naturali; senza che con ciò, tuttavia, sia riuscito ad incidere concretamente, in modo da evitare la persistenza effettiva della sperequazione che la presenza (o l'assenza) del vincolo matrimoniale tra i genitori ancora provoca in ordine allo *status filiationis*. Il legislatore italiano ha operato, invece, in modo da ottenere la definitiva separazione del rapporto genitoriale da quello coniu-

²⁸ Cfr. art. 2, punto 1, lett. h) della L. n. 219/2012.

²⁹ A. BAINHAM, *op. cit.*, p. 678.

gale, affinché le scelte esistenziali dei genitori stessi, in ordine alla propria unione, non abbiano alcun rilievo discriminante – in positivo o in negativo – in funzione dei diritti e delle tutele che spettano alla prole, quale conseguenza diretta ed immediata della nascita.

PARTE TERZA
STATUS E FILIAZIONE INCESTUOSA

FAUSTO SANTEUSANIO *

INCESTO E MALATTIE EREDITARIE: È POSSIBILE INDIVIDUALE E GESTIRLE?

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Concetti di genetica medica. — 3. Malattie ereditarie. — 4. Consanguineità e malattie ereditarie. — 5. Conclusioni.

1. — *Premessa.*

È ben noto che matrimoni fra consanguinei possono aumentare nei figli il rischio di malattie geneticamente determinate. Il fenomeno è tanto più manifesto quanto più è elevato il coefficiente di consanguineità. La storia ce lo insegna. Illustri famiglie reali si sono estinte proprio a causa di una prassi spesso seguita nei secoli passati di matrimoni fra consanguinei: gli eredi potevano presentare malattie di vario tipo, essere sterili o morire in giovane età, così da non lasciare eredi. Quella che veniva attribuita ad una maledizione divina era in realtà conseguenza di queste abitudini abbastanza frequenti nei secoli passati.

In questo lavoro cercherò anzitutto di riassumere alcuni concetti essenziali di genetica medica, utili a comprendere il ruolo della consanguineità dei genitori nella genesi di alcune malattie ereditarie; quindi esaminerò qualche dato disponibile nella letteratura scientifica in modo da tentare di quantificare il fenomeno per poi concludere con qualche indicazione di ordine pratico che possa risultare utile in un dibattito giuridico.

2. — *Concetti di genetica medica.*

Il nostro patrimonio genetico è contenuto nei cromosomi, costituiti da molecole di DNA (acido desossiribonucleico). Essi sono 48 nella specie

* Università degli Studi di Perugia.

umana, 23 coppie di cromosomi «autosomici» e una coppia di cromosomi «sessuali» (XX nel sesso femminile e XY nel sesso maschile), questi ultimi fondamentali per la differenziazione di genere e per lo sviluppo dei caratteri sessuali durante lo sviluppo dell'embrione e del feto. Nelle cellule germinali o gameti, spermatozoo ed ovocita, il numero dei cromosomi è dimezzato essendo presente in esse un sola copia di ciascuna coppia. Dall'unione dei due gameti, maschile e femminile, si ricostituisce il normale numero dei cromosomi, a coppie di omologhi. I cromosomi sono collocati nel nucleo delle cellule con un aspetto caratteristico e ben riconoscibile per ciascuna coppia all'esame del cariotipo, sono costituiti da molecole di DNA e contengono i geni in numero di circa 25.000. Ogni gene è costituito da sequenze nucleotidiche a loro volta rappresentate da una parte fissa (*acido fosforico-desossiribosio*) e da una parte variabile costituita da una *base azotata, purinica (Adenina e Guanina) e pirimidinica (Citosina e Timina)*.

I geni attivati da vari fattori guidano lo svolgimento delle funzioni essenziali della vita: differenziazione e sviluppo embrionale e fetale, accrescimento di un organismo sino all'età adulta, rinnovamento del patrimonio cellulare, regolazione delle funzioni biochimiche e metaboliche durante l'arco di vita. Tutto questo si realizza attraverso una sintesi mirabilmente orchestrata, a seconda delle necessità momento per momento, di proteine più diverse, quali ormoni, attività enzimatiche, fattori regolatori cellulari, ecc. I geni sono situati in sedi o *loci* corrispondenti in ciascuna coppia di cromosomi, per cui esistono due forme simili, ma non identiche, dette *alleli* per ciascun gene, uno di origine paterna e l'altro di origine materna. In termini semplificativi le funzioni geniche sono svolte da uno dei due alleli, definito *dominante* sull'altro, *recessivo*. Quindi nelle cellule somatiche ogni *locus* è biallelico e l'allele è la forma alternativa di un gene dovuta a variazioni di sequenze nucleotidiche all'interno del corrispondente locus. Infatti si definisce *polimorfismo* la variante allelica in un determinato *locus*, condizione comune in natura che favorisce la variabilità delle caratteristiche di ciascun individuo di una determinata specie. Quando invece la variabilità di un allele è espressione di un difetto del gene in grado di generare una malattia, si parla di *mutazione*. La bassa frequenza di tale condizione è giustificata dal fatto che durante l'evoluzione si sono selezionati i geni favorevoli, mentre sono stati eliminati o ridotti al minimo quelli sfavorevoli. Tuttavia la mutazione di un gene può avvenire per

interventi di fattori locali o ambientali cui sono esposte le cellule germinali o le cellule embrionali durante le prime fasi della suddivisione e differenziazione. Le mutazioni vengono ereditate attraverso le cellule germinali dai genitori, ma possono apparire per la prima volta in un individuo ed essere poi da questo trasmesse alle successive generazioni¹.

La funzione di un gene si esplica attraverso la trasmissione dell'informazione (codice genetico) in esso contenuta mediante l'mRNA (acido ribonucleico messaggero), che viene sintetizzato e configurato (trascrizione dell'informazione genetica) alla sequenza di basi puriniche e pirimidiniche del DNA di quel determinato gene, come ad uno stampo di DNA già costituito. Una volta che si è completata la sintesi di mRNA, questo lascia il nucleo per raggiungere le particelle del citoplasma dette ribosomi, trasferisce e traduce il messaggio ricevuto nell'assemblaggio di aminoacidi in una sequenza tipica che porterà alla sintesi di proteine pronte per essere disponibili e svolgere funzioni specifiche (ormone, enzima, recettori cellulari, ecc.).

3. — *Malattie ereditarie.*

Sulla base di quanto è stato fin qui detto, possiamo meglio comprendere il significato di malattia ereditaria e congenita. Una classificazione semplice può essere la seguente²:

- A. Malattie genetiche propriamente dette
 - a. Monogeniche
 - b. Cromosomiche
- B. Malattie ad eredità complessa
 - a. Multifattoriali
- C. Malattie mitocondriali

¹ B. LISI, *Genetica delle popolazioni e molecolare*, in *La genetica per il medico pratico*, Torino, 1999, pp. 45-72.

² I CECCHERINI, M. DEVOTO, G. ROMEO: *Classificazioni delle malattie ereditarie nell'uomo*, in *Enciclopedia Medica Italiana*, II agg., Firenze, 1999, pp. 2437-2449.

Le malattie ereditarie monogeniche si caratterizzano per la seguente modalità di trasmissione:

- A. Eredità autosomica dominante
- B. Eredità autosomica recessiva
- C. Eredità legata al cromosoma X
- D. Eredità multifattoriale

La eredità autosomica dominante si manifesta anche quando il difetto è allo stato eterozigote, perché l'allele genetico mutato esprime il suo carattere patogeno prevalendo sull'allele corrispondente sano. In queste malattie il gene patogeno è presente in eterozigosi, essendo l'allele corrispondente del gene sano; il carattere viene trasmesso dal genitore affetto ai figli, indipendentemente dal sesso, con una probabilità pari al 50%. Fra gli esempi di malattie autosomiche dominanti più comuni si ricordano *l'ipercolesterolemia familiare, il rene policistico, la neurofibromatosi di tipo 1, l'emocromatosi ereditaria*.

La eredità autosomica recessiva in genere non si esprime quando uno solo dei due alleli omologhi è alterato in uno dei due genitori. Infatti un allele patogeno recessivo non esprime le sue funzioni, perché è l'altro allele dominante e sano a prevalere e manifestare le caratteristiche del gene. Tuttavia può accadere che entrambi i genitori esprimano lo stesso allele mutato e patogeno: essi sono definiti portatori sani perché non manifestano alcuna malattia. Ma in una tale situazione i figli possono ereditare dai genitori entrambi gli alleli portatori della stessa mutazione. In tale condizione definita omozigosi, la malattia, nascosta sino a quel momento, si manifesterà. Quindi in sintesi per le malattie autosomiche recessive si può dire che:

La malattia compare quando in un individuo il gene patogeno, recessivo, si combina con una forma allelica egualmente patogena in omozigosi (*entrambi gli alleli sono identici e mutati*); tale combinazione si verifica in un quarto dei figli, cioè con probabilità pari al 25%, indipendentemente dal sesso ed è tanto più frequente quanto più è elevata la consanguineità dei genitori. Infatti genitori consanguinei hanno in comune una certa quota di geni, tanto maggiore quanto più stretta è la parentela, e di conseguenza viene favorita la combinazione nello stesso individuo di alleli identici. Fra gli esempi più frequenti di malattie ad eredità autosomica recessiva si possono ricordare la *talassemia* nel bacino mediterraneo, la *falcemia*, soprattutto negli afro-americani, la *fibrosi cistica* e la *fenilchetonuria*.

Infine va considerata la eredità legata al cromosoma X. Soggetti di sesso femminile portatori dell'allele difettoso presente nel cromosoma X, in eterozigosi, non manifesteranno la malattia. Invece i maschi con lo stesso difetto della madre, non avendo un allele omologo perché l'altro cromosoma (Y) è diverso, manifesteranno la malattia. Quindi riguardo alle *malattie ereditarie legate al cromosoma X*, possiamo riassumere che:

-tutte le figlie di un maschio affetto saranno portatrici sane, perché dotate di due cromosomi omologhi X; i figli maschi di donne portatrici o affette hanno una probabilità di ammalare del 50%; le figlie femmine di madri portatrici hanno un rischio del 50% di ereditare il difetto e di essere quindi portatrici sane come la madre; se invece un maschio è affetto da malattia legata al cromosoma X sposa una donna portatrice sana dello stesso difetto, le figlie femmine potranno ereditare lo stesso allele difettoso da entrambi i genitori e quindi manifestare la malattia in omozigosi. Alcuni esempi di tale patologia ereditaria sono la *sindrome dell'X fragile*, la *distrofia muscolare di Duchenne*, l'*emofilia A*.

Vorrei ricordare infine la eredità multifattoriale o poligenica. Riguarda quelle malattie congenite in cui la presenza di alleli alterati, di per sé non patogeni, perché hanno una bassa *espressività o penetranza*, possono divenire patogeni se interagiscono con fattori ambientali o se si combinano con altri alleli con le stesse caratteristiche, pur situati in *loci* genetici diversi dello stesso cromosoma o in *loci* genetici di cromosomi differenti. Ne derivano quadri clinici variegati con alterazioni malformative e spesso neurologiche.

Non vengono prese in considerazione le *malattie genetiche mitocondriali* perché esulano dall'interesse di questo lavoro.

4. — *Consanguineità e malattie ereditarie.*

Da quanto è stato detto la consanguineità può favorire lo sviluppo di malattie ereditarie, proprio per la condivisione di una parte dello stesso patrimonio genetico con possibili combinazioni nello stesso individuo degli stessi geni patogeni di cui sono portatori entrambi i genitori.

Si definisce *incesto* un accoppiamento cui segue il concepimento di un figlio fra un uomo ed una donna in parentela molto stretta, genitore-figlio (a),

fratello-sorella, zia (o)-nipote. Ma anche l'accoppiamento fra cugini primi e cugini secondi hanno un elevato grado di consanguineità.

Il termine *coefficiente di consanguineità* esprime la probabilità che due gameti (spermatozoo e ovocita) portino alleli identici per discendenza in un determinato *locus autosomico*. Altro termine per esprimere lo stesso concetto, è il *coefficiente di inincrocio*, che indica la probabilità che due geni presenti in un determinato *locus* abbiano identica origine, esprimendo così il grado di consanguineità fra i genitori.

I soggetti con parentela di I grado (fratelli, gemelli dizigoti, figli verso i genitori e viceversa) hanno in comune il 50% dei geni. Nella parentela di II grado (fratelli germani, zii (e) verso i nipoti e viceversa) la condivisione dei geni si riduce al 25%, mentre fra i parenti di III grado (cugini primi, zii (e) verso nipoti primi e secondi) i geni in comune si riducono al 12,5%, che rimane comunque una percentuale significativa.

Questi dati ci rendono conto del fatto che in presenza di consanguineità più o meno elevata i rischi di malattie congenite possono aumentare proporzionalmente. Peraltro va sottolineato che nella popolazione generale alla nascita, indipendentemente da meccanismi noti di trasmissione genetica, vi è comunque un rischio che il 3% dei nati presentino una malformazione genetica, il 2% presenti grave disabilità fisica o mentale, con una mortalità perinatale pari a 1-3% dei nati nei paesi «evoluti», ed un aborto spontaneo nel 12,5% delle gravidanze.

Riguardo ai nati da rapporti incestuosi sono state tentate delle stime teoriche di probabilità di rischio di manifestazioni morbose e di mortalità precoce alla nascita^{3,4}. Esistono anche formule matematiche proposte per calcolare la probabilità di rischio sulla base di alcuni dati, quali la incidenza delle patologie genetiche nella popolazione generale e il grado di parentela (*equazione di Hardy-Weinberg*). Sono stati indicati possibili dati di rischio di morbilità e mortalità alla nascita di nati da rapporti fra consanguinei che vanno dal 32% nel caso di rapporti incestuosi a percentuali gradualmente più basse per gradi di consanguineità decrescenti. Si tratta però di stime teoriche

³ M SUPER, *Children born as a result of incest*, in *Brit Med J.*, 1981, 282, p. 1072.

⁴ N. FREIRE-MAIA, *Effects of consanguineous on morbidity and precocious mortality: genetic counseling*, in *Am J Genet* 1984, 18, pp. 401-406.

perché mancano dati reali provenienti da studi condotti presso consultori familiari o centri clinici o di osservatori epidemiologici. Alcuni ricercatori negli Stati Uniti hanno cercato di quantificare il rischio di malattie ereditarie nei figli di genitori con alto coefficiente di consanguineità, indirizzando un questionario a 1582 genetisti e responsabili di consultori di genetica medica. I risultati sono stati molto variabili da sede a sede⁵. Infatti il rischio di patologie alla nascita variava da 1 a 75% nei nati da genitori consanguinei di I grado e da 0,25 a 20% nei nati di genitori fra loro cugini primi. I dati sono così variabili che non è possibile trarre delle conclusioni certe. Probabilmente questa scarsa affidabilità dei dati è dipesa dalle casistiche esaminate, numericamente poco consistenti, ed anche dalla difficoltà di una collaborazione efficace nel raccogliere informazioni in un contesto in cui gli stessi familiari non darebbero volentieri il loro consenso per esami di screening genetico. Pertanto non esistono al momento indicazioni precise per proporre esami di screening per la diagnosi precoce di malattie genetiche nei figli nati da genitori con elevato grado di consanguineità. Tuttora mancano nei consultori di genetica medica e nelle cliniche di patologia neonatale e pediatrica linee-guida di comportamento, che dovrebbero essere fornite da società scientifiche attraverso gruppi di lavoro costituiti da esperti. Si deve tener conto anche dei costi prevedibili per indagini di screening e del grado di affidabilità, sensibilità e specificità dei test, biochimici e genetici, proponibili. Vorrei comunque citare una nota editoriale apparsa di recente in un prestigiosa rivista inglese, che commenta i dati di una indagine condotta fra i nati di una popolazione di origine pachistana presente in Inghilterra, in cui matrimoni fra consanguinei sono più frequenti che nella popolazione di origine inglese. Questo studio potrebbe fornire dati più precisi di correlazione fra malformazioni genetiche e matrimoni fra consanguinei e suggerire indicazioni su possibili interventi di educazione e di prevenzione da attuare con l'ausilio dei centri di consulenza genetica⁶.

⁵ R L BENNETT, L HUDGINS, C O SMITH, A G MOTULSKY, *Inconsistency in genetic counseling and screening for consanguineous couples and their offspring: the need for practice guidelines*. *Genetics in medicine*, 1999, 1, pp. 286-292.

⁶ A.H. BITTLES, *Consanguineous marriages and congenital anomalies*, in www.thelancet.com-published online July 4, p. 2013.

5. — *Conclusioni.*

Al momento, una proposta di indirizzo per valutare i rischi di patologie ereditarie nei nati da rapporti incestuosi potrebbe prendere in considerazione alcune indicazioni di ordine pratico che si possono così riassumere:

- eseguire un'accurata anamnesi personale e familiare per malattie ereditarie di entrambi i genitori se hanno un elevato grado di consanguineità;
- sorvegliare per un periodo di tempo adeguato dopo la nascita lo stato clinico del figlio per evidenziare i primi segni di possibili patologie ereditarie;
- eseguire test genetici solo quando, sulla base di dati anamnestici e clinici, sia ragionevole sospettare la presenza di patologie ereditarie.

FERDINANDO TREGGIARI*

«EX NEFARIO COITU NATUS»: BREVE RETROSPETTIVA SULLA CONDIZIONE GIURIDICA DEL FIGLIO INCESTUOSO

SOMMARIO: 1. Un'ipotesi di periodizzazione. — 2. Il 'dispositivo di sessualità' e l'incesto nell'ordinamento giuridico romano. — 3. Figli spuri e figli incestuosi nel mondo medievale e moderno. — 4. La morale familiare del codice civile. — 5. Il riconoscimento dei figli incestuosi come «suggello di disonore».

1. — *Un'ipotesi di periodizzazione.*

Alla luce della recente disciplina legislativa italiana in materia di filiazione e schematizzando, si può dire che la condizione giuridica del figlio incestuoso abbia attraversato nella storia, dall'età antica ad oggi, tre fasi, che potremmo così riassumere.

Nella prima fase – lunghissima, perché abbraccia le età antica, medievale e moderna – il diritto dell'occidente europeo ha condannato il figlio incestuoso alla condizione più disprezzata, quella di non-figlio: di soggetto, per dirla con le parole di un giurista medievale, che non ha padre¹.

Nella seconda fase, che abbraccia gli ultimi duecentocinquanta anni, dalla Rivoluzione francese ai codici civili del Novecento, riforme del diritto di famiglia incluse, il tabù sociale e giuridico dell'incesto è stato invece consacrato dalla qualificazione dell'incestuoso come «figlio», ancorché marchiato dall'aggettivo degradante: uno *status*, che se da un lato è servito a concedere all'incestuoso gli alimenti, dall'altro lo ha condannato ad una condizione irredimibile, in forza del doppio divieto del riconoscimento spontaneo e delle indagini sulla paternità.

* Università degli Studi di Perugia.

¹ Per BALDO DEGLI UBALDI, *In quartum et quintum Codicis libros commentaria*, Venetiis, 1599, f. 161va, in C. 5, 5, 6 (l. *Si quis incesti*), n. 3, chi muore lasciando figli spuri, «maxime cum incestuosus», deve ritenersi morto senza figli. In tema cfr. F. TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis*, I, Napoli, 2002, pp. 462-503.

La terza fase è quella che si è aperta da noi oggi con la legge n. 219/2012 e che parifica ogni specie di filiazione, compresa la incestuosa¹.

L'intero percorso storico della condizione legale dell'incestuoso può dunque sintetizzarsi in tre definizioni del generato da incesto: come «non-figlio»; come «figlio incestuoso»; come «figlio», al pari di tutti gli altri, senza aggettivi denotativi.

Ripercorriamo in breve le tappe salienti di questa evoluzione.

2. — *Il 'dispositivo di sessualità' e l'incesto nell'ordinamento giuridico romano.*

L'ordinamento giuridico romano è forse il primo ordinamento che ha isolato la disciplina giuridica dell'*incestum* dal suo originario e più lato significato religioso, secondo cui tutto ciò che non fosse *castum*, anche oltre l'ambito delle violazioni sessuali, era contrario alle leggi religiose. Giuridicizzando l'incesto, il diritto romano lo ha ancorato ai divieti matrimoniali. Da questo momento in poi la correlazione tra incesto e impedimenti matrimoniali caratterizzerà, fino all'età dei codici, tutto il lungo itinerario della repressione civile e penale di questo fenomeno, definendone l'ambito semantico a noi noto: l'incesto come congiunzione carnale tra persone di sesso diverso, legate da vincoli di parentela o di affinità, che costituiscono impedimenti al matrimonio. Figlio incestuoso è il figlio di persone a cui la legge proibisce di unirsi in matrimonio.

¹ Della legge n. 219/2012 colpiscono – appunto perché segnano un cambio d'epoca – il nuovo testo dell'art. 251 (il figlio incestuoso «*può essere riconosciuto previa autorizzazione del giudice avuto riguardo all'interesse del figlio e alla necessità di evitare allo stesso qualsiasi pregiudizio*», che pur tuttavia continua a bilanciare il diritto al riconoscimento con l'equivoca valutazione, affidata al giudice, dell'interesse del figlio ad essere o a non essere pubblicamente identificato come incestuoso); dell'art. 315 (secondo cui «*Tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico*»); dell'art. 315-bis (una norma che desta qualche perplessità, garantendo ad ogni figlio – ma senza indicare alcun limite d'età – il «*diritto di essere mantenuto, educato, istruito e assistito moralmente dai genitori*», nonché «*di crescere in famiglia e di mantenere rapporti significativi con i parenti*»); e infine della norma egualitaria e di pulizia lessicale, che nel codice civile ha sostituito le parole «*figli legittimi*» e «*figli naturali*», ovunque ricorrano, con la parola «*figli*», con ogni conseguente ricaduta sul regolamento dello stato civile.

Da questa definizione possiamo già notare che il campo delle relazioni sessuali in cui, secondo il diritto, l'incesto incide, non è solo quello strettamente biologico della consanguineità, ma quello etico-sociale della famiglia e del matrimonio. La proibizione dell'incesto non deriva solo dalla paura della commistione del sangue, ma dalla necessità di difendere le istituzioni legittime della famiglia. Non si capirebbe altrimenti perché, da un lato, siano considerate incestuose le relazioni sessuali tra affini o tra adottante e adottato (art. 87 c.c. 1942)²; e, dall'altro, perché non venga considerata incesto la relazione sessuale tra affini illegittimi in linea retta (tra il convivente e i parenti dell'altro convivente): manca, evidentemente, in quest'ultima ipotesi, la violazione dell'ordine matrimoniale e della famiglia legittima, solo la legittimità del vincolo determinando lo stato di affine.

Se l'incesto, come altre «devianze» sessuali, porta disordine nell'ordine della famiglia, esso ci appare allora piuttosto come una metafora, dietro la quale si consuma l'epurazione dei comportamenti inaccettabili, proibiti. Ad esso si contrappone il sistema dispositivo dei comportamenti sessuali centrato sul matrimonio legittimo, sulla fissazione e sullo sviluppo delle parentele, sulla trasmissione dei nomi e dei beni. Un sistema di regole che definisce ciò che è permesso e ciò che è vietato, quello che è lecito e quello che è illecito, in cui contro-natura diventa sinonimo di contro-la-legge. È il *dispositivo di alleanza* evocato da Michel Foucault nel suo libro *La volontà di sapere*, un dispositivo che privilegia e anzi necessita di uno stretto legame con il diritto³.

In questa sua accezione giuridica «metaforica» l'incesto è stato oggetto, in età antica, di una regolamentazione normativa variabile, che ora ha esteso ora ha ristretto il novero degli impedimenti all'interno della parentela e dell'affinità. Il matrimonio tra parenti in linea retta fu sempre vietato dal diritto romano senza limiti di grado⁴. Il matrimonio tra parenti in linea collaterale

² Non a caso denominate anche 'incesto analogico'. Il diritto canonico comprende in questa specie anche la relazione carnale fra il confessore la sua penitente (c.d. 'incesto spirituale') e considera altresì incesto quello da parentela spirituale, che nasce in occasione del battesimo tra padrino e battezzata; cfr. G. OESTERLÉ, *Inceste*, in *Dictionnaire de droit canonique*, 5, Paris, 1953, cc. 1303-1304.

³ M. FOUCAULT, *La volontà di sapere*, trad. it. Milano, 1978, cap. IV.

⁴ Gaio (*Institutiones*, 1, 59) dice che non possono contrarre matrimonio coloro che sono in rapporto di ascendenza o di discendenza: il padre con la figlia, la madre con il figlio, l'avo

fu prima vietato entro il sesto grado (figli di cugini); più tardi entro il quarto grado (cugini); dall'ultima età repubblicana entro il terzo grado (zii e nipoti). L'ordinamento talvolta prevede deroghe per privilegiare casi personali: la più famosa di queste – durerà per secoli e sarà abolita solo nel IV secolo d.C. – fu introdotta da un senatoconsulto del 49 d.C. su sollecitazione dell'imperatore Claudio: per permettere a lui il matrimonio con Agrippina, nipote *ex fratre*, fu consentito ad ogni cittadino il matrimonio con la figlia del fratello⁵. Il diritto romano introdusse anche la proibizione delle nozze tra affini in linea retta (tra ex-suoceri, da una parte, e generi o nuore dall'altra), esteso in età post-classica agli affini di secondo grado in linea collaterale (cioè tra ex-cognati, nel senso odierno di questa parola), nonché tra patrigno e figliastra e tra matrigna e figliastro. I matrimoni tra cugini, temporaneamente vietati nel mondo post-classico, divennero leciti all'epoca di Giustiniano.

Queste variazioni in estensione o in riduzione sono riflesse nella distinzione tra *incestum iure gentium* e *incestum iure civili*: il primo era l'incesto *moribus*, in quanto tale intuibile da chiunque (come l'unione tra ascendenti e discendenti o tra fratello e sorella); l'altro, invece, era l'incesto *legibus*, che violava gli impedimenti posti dalla legge positiva (come ad esempio l'unione tra collaterali ed affini), noti solo a chi conosceva il diritto e che comprendeva casi più numerosi, correlati alla più larga sfera dei divieti matrimoniali. Da questa nozione innaturale e più ampia di incesto originò anche la questione relativa al valore dell'*ignorantia iuris*, come esimente del reato, facendosi distinzioni a seconda del sesso e dell'età, principali indicatori, all'epoca, del livello culturale delle persone⁶.

Altra dall'*ignorantia iuris* era l'ignoranza del vincolo, a cui, come è noto, l'originario testo dell'art. 251 del nostro codice civile aveva attribuito valore discriminante ai fini della riconoscibilità dei figli incestuosi, i quali non potevano essere riconosciuti dai loro genitori, «salvo che questi al tempo del concepimento ignorassero il vincolo esistente tra di loro». Un'eco edipica della nostra legge civile.

con la nipote e l'ava con il nipote, come pure l'adottante con l'adottato; «et si tales personae inter se coierint, nefarias et incestas nuptias contraxisse dicuntur». Nelle *Pauli Sententiae* (2, 19; 5, 6) si dice che non può esserci matrimonio tra parenti in linea retta di qualunque grado e tra *cognati* fino al quarto grado.

⁵ M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 1989, p. 225.

⁶ U. BRASIELLO, *Incesto (diritto romano)*, in *Noviss. Dig. It.*, VIII, Torino, 1962, p. 499 s.

Quanti, nell'ordinamento giuridico romano, si univano in matrimonio nonostante il divieto dipendente da parentela o affinità non solo non contraevano *iustae nuptiae*, ma incorrevano nel delitto di incesto, punito sin dai primordi della *civitas* con sanzioni sacrali, poi anche con pene pubbliche, graduate da quella capitale alla confisca dei beni, alla deportazione, alla perdita dello *status libertatis*, alla fustigazione, a seconda della categoria sociale di appartenenza del reo.

Dalla proibizione pubblica dell'incesto derivava la condizione giuridica degradata dei frutti dell'accoppiamento proibito. I figli incestuosi appartenevano alla categoria degli *spurii* o *vulgo concepti*, cioè dei figli illegittimi, contrapposti ai figli concepiti da nozze legittime. Dai figli legittimi i figli spurii erano nettamente discriminati, perché non seguivano la condizione del padre e non erano in sua potestà. A differenza dei figli (semplicemente) naturali, frutto di concubinato o di rapporti comunque non *dammati*, i quali avevano pur sempre lo *status* della madre, i figli incestuosi erano relegati in un non-*status*, essendo ad essi negata la stessa qualità di figli.

Il diritto giustiniano discriminava duramente la condizione giuridica dei figli nati da queste congiunzioni illecite. Non essendo considerati figli naturali, agli incestuosi erano negati tutti i diritti che la legge concedeva a quel titolo, compreso il diritto fondamentale agli alimenti. In nessun caso potevano ricevere beni per negozi *inter vivos* dal proprio padre, né succedere alla sua morte, né a quella della madre⁷.

3. — *Figli spurii e figli incestuosi nel mondo medievale e moderno.*

Il medioevo giuridico ereditò, con le norme di Giustiniano, le classificazioni giuridiche e l'ordine di idee morali del mondo antico.

Per Bartolo da Sassoferrato (1313/14-1357) spurio è ogni figlio nato da rapporto sessuale illegittimo: incesto, adulterio, meretricio, concubinato plurimo, sacerdozio⁸.

⁷ Cfr. Nov. 74, 6; Nov. 89, 15; C. 5, 5, 6; C. 5, 27, 7, 3 (in fine); C. 6, 57, 5; I. 3, 4, 3; D. 38, 8, 2 e 4.

⁸ BARTOLO DA SASSOFERRATO, *Commentaria*, IV. *In secundam Infortiati partem*, Venetiis, 1602, in D. 34, 9, 25, n. 2, f. 106rb.

Il suo allievo perugino Baldo degli Ubaldi (1327-1400) distingue i figli spuri (detti così, come scriverà in un *consilium* il suo allievo Paolo di Castro, «quia ex spurcitia nati»)⁹ in due specie: i nati da una relazione sessuale proibita, i quali non succedono né al padre né alla madre; e i nati da un rapporto sessuale tollerato dalle leggi civili: questi ultimi succedono alla madre, non anche al padre¹⁰. In un consulto reso ad un cliente o forse al giudice di una controversia, è ancora il giurista perugino a spiegare con parole chiare la dannazione che il diritto comune riservava ai figli nati dalle congiunzioni carnali, che il diritto comune e il senso comune definivano turpi e intollerabili: ai figli spuri non si può donare, né lasciare legati, non per un vizio loro – giacché non furono essi a peccare –, ma dei loro genitori; e tuttavia il diritto civile fa scontare ai primi la ‘malattia’ dei secondi¹¹. La loro discriminazione è marcata anche rispetto ai figli naturali, alla cui sorte si era rivolta la compassione cristiana degli imperatori bizantini, che ai figli non nati «*ex nefario nec incesto coniugio*» avevano concesso il diritto di succedere sia per legge sia per testamento¹².

⁹ PAOLO DI CASTRO, *Consilium* 467, n. 4, in ID., *Consilia sive responsa*, II, Augustae Taurinorum, 1580, f. 218va.

¹⁰ BALDO DEGLI UBALDI, *additio* finale al titolo *De successionibus ab intestato* dello *Speculum iuris* di GUGLIELMO DURANTE (lib. III, partic. III, p. 400a dell'ed. Basileae, 1574): «aut nascentur ex accusabili coitu, et isti non succedunt patri, nec matri; aut ex tolerabili coitu, id est, qui per leges civiles non puniuntur».

¹¹ BALDO DEGLI UBALDI, *Consilium* 456, n. 9, in ID., *Consilia, sive responsa*, V, Venetiis, 1575, f. 121va: «spuriis nec donare, nec legare possumus non eorum vitio, quia non peccaverunt, sed nostro. Ipsi enim alieno morbo laborant».

¹² Cfr. la costituzione dell'imp. Giustino (a. 519) riportata nel Codice giustiniano (C. 5, 27, 7). I giuristi medievali discutevano se «naturale» potesse dirsi solo il figlio di una duratura relazione di fatto o anche il frutto di un rapporto carnale occasionale. Per BALDO DEGLI UBALDI (*Consilium* 68, in ID., *Consilia, sive responsa*, V, cit., f. 21vb), figlio naturale è solo il nato «ex legitimo concubinato». Perché il concubinato sia considerato tale, per Baldo devono ricorrere tre requisiti: 1) che sia l'uomo, sia la donna siano liberi da vincolo coniugale: che la concubina, dunque, sia donna con la quale potrebbe stringersi matrimonio; 2) che la concubina sia «unica unicus»: non possono pertanto dirsi naturali i figli dell'uomo che abbia più concubine contemporaneamente, «cum quilibet fornicabatur», sebbene a tali figli sia assicurato il diritto di succedere al padre; 3) infine, che la concubina sia «in domo retenta, non autem missa per vicos, et fossata». Nell'*additio* allo *Speculum* di Guglielmo Durante, poco sopra citata, Baldo riferisce l'opinione di Iacopo d'Arena, che per qualificare un figlio

Nel suo trattato *de testamentis* l'aretino Angelo Gambiglioni († 1461) ribadisce la discriminazione: in diritto civile, scrive, numerose sono le tipologie di relazione carnali illecite e proibite ed altrettanto numerose sono perciò le tipologie di figlio spurio, il quale in nessun modo, né per atto tra vivi, né di ultima volontà, può ricevere alcunché dal padre. Non potendo essere detto naturale, il figlio spurio perde anche i diritti naturali e dunque il padre non deve somministrare ad essi alimenti¹³.

Se non avevano i diritti di natura, era appunto perché agli spuri veniva negata la natura di figli. Nella società medievale, affollata di *status*, all'incestuoso spettava quello di non-figlio. È ancora Baldo a sostenere che chi muore lasciando solo figli spuri, specie se questi siano incestuosi, deve ritenersi morto senza figli¹⁴.

I giuristi del medioevo, però, se a scuola commentavano coerentemente le norme giustiniane, vigenti nella loro epoca come diritto comune, come

come naturale riteneva invece necessario il ricorso del primo solo dei tre requisiti; naturale sarebbe, dunque, anche il figlio nato «ex furtivo coitu», purché il padre sia certo: «sed si passim cum pluribus commiscetur, hic spurius est».

¹³ ANGELO GAMBIGLIONI, *De testamentis*, in *Tractatus illustrium in utraque tum pontificii, tum caesarei iuris facultate iurisconsultorum*, t. VIII, par. I. *De ultimis voluntatibus ex multis in hoc volumen congesti* ecc., Venetiis, 1584, *Glossa* 69, n. 1, f. 58rb: «Et est notandum etiam, quod de iure civili multis modis coitus dicitur esse illicitus et damnari potest (...). Et ideo omnibus illis modis natus dicitur esse spurius, et talis spurius nullo modo, nec inter vivos, nec in ultima voluntate aliquid a patre recipere potest (...). Intantum quod nec filii naturales sunt vocandi, ut ibi dicitur, et sic etiam iura naturalia perdit spurius. Ex quo sequitur quod de iure civili non debet a patre alimentari». In tema v. pure GUGLIELMO DURANTE, *Speculum iuris*, Basileae, 1574, lib. IV, partic. III, tit. *De successionibus ab intestato*, n. 22, p. 398 e n. 32, p. 399; lib. IV, partic. IV, tit. *Qui filii sint legitimi*, n. 17, p. 461; BARTOLO DA SASSOFERRATO, *Commentaria*, IV. *In secundam Infortiati partem*, cit., in D. 34, 9, 25, nn. 3-5, f. 106rb-va. Nel *Consilium* 457, n. 7, BALDO DEGLI UBALDI (*Consilia, sive responsa*, V, cit., f. 122ra), a chi riteneva che gli spuri potessero sempre ricevere dalla madre, a meno che questa non fosse illustre, obiettava che questa distinzione operava solo nei confronti dei figli naturali. Era concordemente ammesso, invece, che il fratello legittimo o naturale istituisse erede il fratello spurio, anche relativamente ai beni paterni ed anche «ex iudicio et dispositione patris» (cfr. GIASON DEL MAINO, *In primam Infortiati partem commentaria*, Venetiis, 1622, f. 88rb, in D. 28, 6, 6, tit. *de vulgari et pupillari substitutione*, l. *Si is qui*, nn. 3 e 10, con riferimento alle opinioni di Bartolo, Baldo ed Alessandro Tartagni).

¹⁴ Cfr. *supra*, nota 1.

avvocati e consulenti escogitavano e consigliavano anche i modi leciti per aggirarle. Se gli alimenti non potevano essere, non solo pretesi dal figlio incestuoso, ma neanche spontaneamente dati dal padre, per ovviare a questa doppia incapacità, di ricevere e di dare, chiunque intendesse far pervenire una sostanza patrimoniale al proprio figlio spurio aveva due vie: o ricorreva all'espedito dell'interposizione fiduciaria; oppure – giacché nemmeno per vie traverse potrebbe ottenersi ciò che la legge vieta –, applicava le norme più indulgenti di un altro ordinamento: quello canonico.

Quanto al rimedio dell'interposizione, discutendo degli espedienti diretti a favorire la successione del figlio spurio, i giuristi suggerivano al padre, nell'ipotesi che lo spurio avesse un figlio legittimo, di beneficiarlo indirettamente donando, legando o istituendo erede il nipote legittimo, che poi avrebbe trasmesso il bene o l'eredità al proprio padre (lo spurio). Tutti d'accordo, i giuristi medievali, che questa liberalità indiretta fosse in linea di principio lecita, giacché quello che la legge non vieta espressamente, autorizza. Ma tutti, o quasi, d'accordo che questo rimedio non fosse estensibile al caso che il nipote legittimo fosse nato da un figlio incestuoso (salvo il solo caso di ignoranza dell'incesto), costituendo l'incesto, anche rispetto alle altre congiunzioni illecite, una colpa talmente grave da ridondare su più generazioni¹⁵. Ed è ancora Baldo a giustificare la soluzione negativa con una ferma ragione morale: se si consentisse al figlio incestuoso di succedere per via indiretta, si finirebbe per concedere ai padri licenza di darsi alla procreazione «nepharia et incestuosa: quod non credo principem summum amatorem castitatis concedere voluisse»¹⁶. A questa opinione, seguita anche dal pavese Jacopo Menochio (1532-1607)¹⁷, ribatterà il milanese Giason del

¹⁵ «unde illud, quod notant Do(ctores) in d(icta) l(ege) fi(nali) [C. 5, 27, 12], scilicet quod sit permissum relinquere nepoti legitime nato ex spurio, non habet locum in spurio, qui est incestuosus. Ita tenet Cy(nus) et Bar(tolus) in l. fi. de his quae ut indi(gnis auferuntur) [D. 34, 9, 25]. Intellige, nisi error excusaret ab incestu, ut sup(ra) eo(dem) l. Qui contra [C. 5, 5, 4]»: BALDO DEGLI UBALDI, *In quartum et quintum Codicis libros commentaria*, in C. 5, 5, 6 (l. *Si quis incesti*), n. 4, Venetiis, 1599, f. 161va.

¹⁶ Cfr. il suo *consilium* 406, n. 2-3, in BALDO DEGLI UBALDI, *Consilia, sive responsa*, V, cit., f. 116r.

¹⁷ IACOPO MENOCHIO, *De praesumptionibus, coniecturis, signis, et indiciis*, II, Venetiis, 1617, *Praesumptio* 96 (*Filio spurio et incapaci, quando dolo et fraude reliquisset praesumatur pater*), n. 27, p. 290a.

Maino (1435-1519), il quale interpretando alla lettera la Novella giustiniana (89, 15) che trattava dei figli incestuosi, obietterà che un figlio legittimo non possa qualificarsi «nepos incestuosus» per il solo fatto di discendere da un figlio incestuoso, essendo invece, quel nipote, legittimo a tutti gli effetti; e sarebbe assurdo che il nipote legittimo venga privato del diritto di succedere «propter odium, vel culpam patris»¹⁸.

Quanto al ricorso al diritto canonico, che pure aveva una disciplina dell'incesto simile a quella civilistica¹⁹, esso avrebbe potuto risultare utile per far salvo almeno il diritto agli alimenti, giacché per l'ordinamento della Chiesa gli alimenti (come la dote, i lasciti *pro anima* o in favore dei poveri o della chiesa o della vedova, *pro subsidio studii*, per la riparazione di opere pubbliche, per l'edificazione di ospedali, ecc.), rientrando nel novero delle *causae piae*, godevano dello speciale regime di favore di queste. Un canone delle decretali di Gregorio IX (c. 5, *Cum haberet*, X. IV, 7), risalente ad Innocenzo III (che fu papa dal 1198 fino alla morte, avvenuta a Perugia nel 1216), aveva stabilito che il padre fosse tenuto a somministrare gli alimenti ai propri figli adulterini. Ma questo canone riguardava, appunto, i soli figli adulterini, ai quali, «*naturali pietate inspecta*», il pontefice aveva concesso che fosse dovuto il mantenimento, ancorché in una misura che non poteva esorbitare la quantità necessaria a garantirlo²⁰. Un favore analogo non poteva invece essere esteso agli incestuosi, a cui era dunque sbarrata anche la via dell'*aequitas* canonica.

¹⁸ GIASON DEL MAINO, *In primam Infortiati partem commentaria*, Venetiis, 1622, in D. 28, 2, 29, 6, tit. *de liberis et postumis*, l. *Gallus*, § *Quid si qui*, nn. 25, f. 168vb. L'unico limite all'istituitività del nipote legittimo *ex spurio* era costituito dall'esistenza di figli legittimi o naturali del testatore (C. 5, 27, 12: v. *ivi*, n. 24).

¹⁹ Anche per il diritto canonico è tradizionalmente incesto la copula intervenuta tra consanguinei o tra affini: cfr. G. OESTERLÉ, *Inceste*, cit. Il codice di diritto canonico del 1983 vieta la dispensa dall'impedimento di consanguineità nella linea retta o nel secondo grado della linea collaterale (can. 1079, § 3); dichiara nullo, nella linea retta della consanguineità, il matrimonio tra tutti gli ascendenti e i discendenti, sia legittimi sia naturali; nullo il matrimonio nella linea collaterale fino al quarto grado incluso (can. 1091); nullo pure in qualunque grado il matrimonio tra affini in linea retta (can. 1092); vieta il matrimonio tra coloro che sono uniti da parentela legale sorta dall'adozione, nella linea retta o nel secondo grado della linea collaterale.

²⁰ Altrimenti la liberalità sarebbe stata soggetta a riduzione: cfr. BALDO DEGLI UBALDI, *In sextum Codicis librum commentaria*, cit., in C. 6, 42, 14, n. 41, f. 149ra; ID., *Commentaria in primum, secundum et tertium Codicis libros*, Venetiis, 1572, in C. 1, 3, 24, n. 35, f. 47ra. Né ne sarà

4. — *La morale familiare del codice civile.*

Questa derelitta condizione giuridica dei figli incestuosi si protrarrà per tutta l'età moderna. Spiragli di nuovo giungeranno solo con la Rivoluzione francese. Un decreto presentato da Berlier alla Convenzione il 9 agosto 1793 proclamerà al primo articolo che «davanti alla legge non esistono bastardi», preludio alla legge successoria del 2 novembre 1793, che ammetterà i figli naturali alla successione con parità di diritti²¹. Ma, si badi, la legge successoria rivoluzionaria intendeva per figli naturali (*«nés hors du mariage»*) la stessa categoria considerata dal diritto comune: una categoria che non comprendeva né i figli adulterini, a cui l'art. 13 della legge appena citata attribuì comunque a titolo di alimenti un terzo della porzione spettante ai figli legittimi; né tanto meno i figli incestuosi, che continuavano a rimanere una specie dannata, spinti anche dagli apostoli francesi della libertà all'ultimo gradino della scala sociale.

Da questo posto non si muoveranno nemmeno quando entrerà in vigore (1804) il codice civile napoleonico. Nella fortezza domestica della famiglia legittima napoleonica tre norme blindavano la famiglia legittima, proteggendola dai frutti delle trasgressioni: la norma sulla presunzione di paternità legittima (art. 312: «*Il figlio naturale concepito durante il matrimonio ha per padre il marito*»); la norma sulla irriconscibilità della prole nata da incesto e da adulterio (art. 335, che vietava il riconoscimento «*a favore dei figli nati da incesto o da adulterio*»); la norma infine (art. 340) che vietava le indagini sulla paternità: la società, secondo Napoleone, non aveva alcun interesse a che i bastardi fossero riconosciuti²².

Gli interpreti del Codice francese spiegarono la norma sulla irriconscibilità dei figli incestuosi e adulterini e sul divieto delle indagini sulla paternità

giustificata la somministrazione, ove lo spurio «habet aliunde, unde se alab»: ID., *Consilia, sive responsa*, II, Venetiis, 1575, *Consilium* 116, f. 26vb. Inoltre, gli alimenti dati allo spurio non sono a loro volta trasmissibili, «nec ratione proprietatis, in qua non valet legatum, nec ratione alimentorum, quia cum vita finiuntur» (ivi, loc. cit.; nonché nel *Consilium* 162, n. 5, in ID., *Consilia, sive responsa*, V, cit., f. 43va). Baldo però esclude che gli alimenti che lo spurio riceva dal testamento paterno possano qualificarsi *relictum pro anima* o comunque *ad pias causas*, poiché la *pietas* del padre verso il figlio «est quaedam naturalis compassio, non religio ad ipsum Deum».

²¹ M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé français (de 1789 à 1804). La révolution française et la famille*, Paris, 1978, pp. 212-214.

²² E. GIANTURCO, *Le indagini sulla paternità*, in ID., *Opere giuridiche*, II, Roma, 1947, p. 205.

con l'intenzione del legislatore «di nascondere e di seppellire nell'oblio fatti oltraggiosi alla morale»²³. Scrive Demolombe nel suo commentario al codice francese: «Egli [il legislatore] non permise si venisse commovendo e contristando la coscienza pubblica collo spettacolo della violazione di sì grandi doveri che sono la garanzia essenziale della purezza del focolare domestico e del buon ordine delle famiglie. È dunque voto del legislatore che simili delitti contro la morale rimangano sepolti nell'oscurità e nel silenzio; pertanto egli sembra riguardarli come impossibili, e ne respinge la prova con una eccezione insormontabile»²⁴. Il *code civil*, aggiunge Marcadé, per punire l'incesto e l'adulterio, non ha scelto la via di colpire materialmente i figli, escludendoli dalla successione dei loro genitori, giacché per fare questo avrebbe dovuto in ogni modo possibile favorire la prova della loro origine; la legge civile ha invece fatto tutt'altro: ha inibito assolutamente la prova, vietando le indagini sulla paternità, e al genitore ha imposto il silenzio, colpendo di nullità il riconoscimento spontaneo; il legislatore, scrive ancora Marcadé, «ha creduto più importante di stendere un velo sopra filiazioni criminose che di vietare la trasmissione dei beni; ha creduto che la società puniva più degnamente, più moralmente ed eziandio, checché se ne dica, più energicamente impedendo al padre di prestare legalmente il suo nome, le sue cure e le sue cure al proprio figlio che vietandogli di dargli i suoi quattrini»²⁵.

L'art. 762 del codice napoleonico, escludendo che le disposizioni relative alla successione dei figli naturali potessero mai estendersi ai figli incestuosi e adulterini, concedeva comunque a questi ultimi, ma a determinate condizioni, gli alimenti.

5. — *Il riconoscimento dei figli incestuosi come «suggello di disonore».*

Il sistema del codice civile italiano del 1865 ricalcò in massima parte quello napoleonico. I figli incestuosi erano irricognoscibili, non avevano diritto di

²³ L. BORSARI, *Commentario del codice civile*, I, Firenze, 1871, p. 678.

²⁴ Cit. *ivi*, p. 678. Cfr. J.C.F. DEMOLOMBE, *Corso del codice civile*, III, Napoli, 1872, p. 232, n. 561.

²⁵ Cit. in L. BORSARI, *op. cit.*, p. 679.

portare il cognome né paterno, «custodito ad onore dei [soli] legittimi»²⁶, né materno; erano privati della successione testata e intestata sia del padre che della madre, erano incapaci di ricevere donazioni sia direttamente che per interposta persona; erano insomma, come scrive Luigi Borsari, «staccati dal loro ceppo siccome rami tagliati dall'albero»; ai loro genitori non spettava né patria potestà né tutela, né su di essi incombeva il dovere della educazione: «e così separazione completa»²⁷.

Ma la motivazione che la Relazione senatoria aveva addotto per giustificare la norma dell'art. 180 sul divieto di riconoscimento dei figli adulterini e incestuosi era diversa da quella che aveva ispirato la corrispondente norma napoleonica. Nella Relazione senatoria (relatore Vigliani) si legge che, oltre che per impedire «vergognose discussioni scandalose davanti ai tribunali», dei figli adulterini e incestuosi «è vietato il riconoscimento per motivi di pubblica morale e per non infliggere sulla loro fronte una macchia ignominiosa che sarebbe peggiore della oscurità dei loro natali». Era questo il velo di ipocrisia, con cui l'ordinamento giuridico copriva il suo misfatto. Fondandosi su questa motivazione, Luigi Borsari nel suo *Commentario del codice civile italiano* (1871) aveva dato una lettura dell'art. 180, secondo cui, mentre «riconoscimento in ordine ai figli semplicemente naturali significa beneficio, favore, acquisto di uno stato, diritto di successione [per l'art. 744, i figli naturali riconosciuti avevano diritto alla metà della quota spettante ai concorrenti figli legittimi], riconoscimento in ordine a questi altri figli [incestuosi e adulterini] esprime esclusione, rigettamento: è suggello di disonore»²⁸. Avendo questi figli al più azione per ottenere i soli alimenti (artt. 193 e 752) – ma solo a condizione che la paternità e la maternità risultassero da sentenza civile o penale, dipendessero da un matrimonio dichiarato nullo o risultassero da esplicita dichiarazione scritta dei genitori (quest'ultima previsione non era stata contemplata dal codice napoleonico) –, sarebbe stato al figlio incestuoso o adulterino, secondo Borsari, decidere se accettare o impugnare (con prove contrarie, naturalmente) la dichiarazione dei propri presunti genitori, per accettare o evitare la macchia del disonore: «un abbandonato

²⁶ Ivi, p. 736.

²⁷ Ivi, p. 737.

²⁸ Ivi, p. 679.

all'ospizio che n'esca senza casa e senza una relazione al mondo, ma fiero della sua dignità d'uomo e confidente nel proprio avvenire, potrà respingere il riconoscimento di persona ricca che gli offre gli alimenti ma a prezzo di una condizione umiliante, che, come ben disse il discorso della Commissione, sarebbe peggiore della oscurità dei suoi natali»²⁹. «Motivi opposti [...] condannano il riconoscimento dei figli della specie più degradata. Questi poveri figli hanno diritto di rispondere a quei genitori sciagurati: non vi conosco. Lasciateci stare; non accettiamo la ignominia che ci volete infliggere; neghiamo di essere figli di adulterio o d'incesto, come voi asserite: la nostra derivazione è sconosciuta, sia; ma ciò è meglio che saperla tale. [...] il silenzio può tornare a loro profitto; possono ricevere senza contrasto delle liberalità dai loro stessi genitori ignorati, ed esserne beneficiati come non potrebbero se ne fossero riconosciuti»³⁰.

Si può anche comprendere che gli alimenti non valessero il prezzo del disonore della rivelazione pubblica della origine incestuosa. Ma un simile argomento finiva di fatto per giustificare, anziché contestare, le norme discriminatorie del codice. Del resto, anche la legge n. 219/2012, avendo imposto (art. 251 nuovo testo) al riconoscimento del figlio incestuoso il filtro dell'autorizzazione del giudice, che deciderà «*con riguardo all'interesse del figlio e alla necessità di evitare allo stesso qualsiasi pregiudizio*», sembra aver assunto più o meno la stessa visuale.

Una questione che aveva a lungo affaticato gli interpreti del codice napoleonico come del codice civile italiano del 1865 riguardava la definizione dello stato del nato nel caso in cui i genitori avessero dichiarato separatamente la nascita del figlio incestuoso (se l'avessero fatto congiuntamente, il riconoscimento sarebbe stato nullo). Considerata distintamente, infatti, ognuna delle due dichiarazioni avrebbe procurato al figlio il vantaggioso *status* di figlio naturale; mentre dalla somma di entrambe le dichiarazioni sarebbe risultato che quel figlio era frutto di incesto. Si erano formulate a riguardo diverse ipotesi, a seconda che le dichiarazioni facessero – una di esse, entrambe o nessuna – riferimento all'identità dell'altro genitore e si era discusso a lungo, in Francia come in Italia, su quale riconoscimento, dei

²⁹ Ivi, p. 680.

³⁰ Ivi, p. 736.

due, fosse da preferire e in base a quali criteri. Per risolvere la questione, nel suo *Corso di codice civile italiano* Francesco Bianchi si impegna per molte decine di pagine alla ricerca di punti di riferimento, che non potevano essere a quel tempo che logici ed empirici e dunque sempre opinabili³¹. In mancanza di accertamento biologico della discendenza, la prova della filiazione poggiava infatti sulla fragile base di due eventi imponderabili: il «mistero della generazione» e il «segreto della paternità»³²: il «mistero della generazione», perché all'epoca l'accertamento della discendenza non poteva andare oltre le somiglianze del fenotipo, tratte dal confronto somatico tra generato e presunto generante; il «segreto della paternità», perché l'individuazione del padre poteva guadagnarsi solo e sempre per via congetturale, basandosi solo su probabilità.

Ma il «segreto della paternità» era soprattutto un valore sociale, ben custodito dalla maggioranza maschile della popolazione adulta, avendo avuto i padri, fino a ieri, buon gioco a nascondere la responsabilità della generazione. Ciò che oggi non si può più, con buona pace dei tabù.

³¹ F.S. BIANCHI, *Corso di codice civile italiano. Della filiazione*, VI, 2, Torino, 1908, p. 473 ss.

³² L. BORSARI, *op. cit.*, p. 733.

GIUSEPPE PALAZZOLO*

RICONOSCIMENTO DELL'INCESTO E INDUZIONE AL REATO

SOMMARIO: 1. Riconoscimento della filiazione incestuosa e induzione al reato di incesto *ex art.* 564 c.p. – 2. Il diritto dei genitori incestuosi al riconoscimento del minore e le dinamiche processuali dell'autorizzazione – 3. Competenza del Tribunale per i minorenni in forma collegiale, autorizzazione al riconoscimento e distruzione delle famiglie legittime dei genitori incestuosi. – 4. L'inserimento nel minore incestuoso nella famiglia dei genitori e sua improponibilità.

1. — *Riconoscimento della filiazione incestuosa e induzione al reato di incesto ex art. 564 c. p.*

Tra le norme di immediata attuazione, contenute nella l. 219/2012, dettata, come è ormai noto, in tema di unificazione degli *status* di filiazione, quella prevista all'art. 251 c.c. assume un carattere tanto devastante quanto eccezionale, poiché fa cadere definitivamente l'ultima barriera del riconoscimento riguardo ai figli nati da una relazione incestuosa, vale a dire quelli generati da persone tra le quali esista un vincolo di parentela, in linea retta all'infinito ed in linea collaterale nel secondo grado, oppure da affini della linea retta.

Nella scorsa formulazione dell'art. 251 c.c. si fissavano alcune dirimenti classiche alla filiazione incestuosa, derivanti dal fatto che i genitori, al momento del concepimento, ignorassero il vincolo parentale esistente tra di loro, ovvero, che il matrimonio contratto col vincolo dell'affinità tra i coniugi, fosse stato dichiarato nullo, assegnandosi, in ogni caso, unilateralmente al coniuge di buona fede il diritto di ottenere il riconoscimento del figlio così procreato¹.

* Avvocato del Foro di Palermo.

¹ Si trattava, ovviamente, di ipotesi eccezionali, adattabili al tempo remoto del nostro diritto, quando, in particolare, gli atti dello stato civile erano ancora allo stato primitivo, sì che la buona fede di coloro che contraevano matrimonio con i vincoli di affinità esclusi

Tale diritto del coniuge putativo veniva assoggettato all'autorizzazione del giudice che avrebbe dovuto valutare, alla stregua di come ancora afferma la legge, l'interesse del figlio minore al riconoscimento, col fine di evitare al nato qualsiasi pregiudizio.

Indi, l'art. 584 c.c. in argomento di successione del coniuge di buona fede, garantiva i suoi diritti ereditari pieni, insieme al figlio pur unilateralmente riconosciuto, che sarebbe stato un vero paradosso consentire al primo di succedere ed impedire la successione del nato sulla prova acquista della filiazione incestuosa, salvo che l'altro coniuge prima della morte non avesse contratto un nuovo matrimonio².

Ma il legislatore riformista, scardinando i limiti della filiazione incestuosa fissati con il vecchio schema dell'art. 251 c.c., ove prevaleva sempre la buona fede dei genitori e con essa lo schermo contro il reato penale di in-

dall'art. 87 c.c. poteva in qualche modo comprendersi, non potendosi lontanamente pensare, ora come allora, la congiunzione carnale tra parenti della linea retta all'infinito e dei collaterali entro il secondo grado, tutti ben consci della strettissima relazione parentale tra di loro. Venendo, dunque, al nuovo art. 251 c.c. può verificarsi che in esso scompaiono sia la buona fede del coniuge putativo affine dell'altro, sia quella di coloro che in quanto parenti stretti si erano congiunti carnalmente ed avevano procreato, per introdursi il principio della riconoscibilità del nato da ogni relazione parentale o di affinità tra i procreatori, ad impulso di costoro con riguardo al minore così generato, spazzandosi in un sol colpo tutte le elaborazioni giurisprudenziali in tema di filiazione incestuosa fatte, per così dire in punta di piedi, su questioni che non affrontavano le relazioni carnali vietate ed incomprensibili dai comuni mortali (padre – figlia; fratello – sorella; suocero – nuora ed i relativi inversi) bensì casi lontani di parentela tra germani uterini, collegati al principio di buona fede tra i genitori con riguardo alla detta relazione parentale, aventi peraltro lo *status* di figlio legittimo altrui e sempre in fase successoria, trattandosi di attività collegate agli artt. 279, 580 e 594 c.c. ove il punto del contendere era sempre correlato al diritto patrimoniale e successorio del generato (cfr. fin da ora, Corte Cost. 28 novembre 2002, n. 494, in *Foro It.*, 2004, 1, c. 1053 che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 278, comma 1 c.c.).

² Abbiamo avuto occasione di mettere in evidenza la forzatura della causa matrimoniale in capo al coniuge che per attenuare la successione del putativo, benché conviva con altri, sia costretto a contrarre un nuovo matrimonio (cfr. G. PALAZZOLO, *La tutela del coniuge putativo inter vivos e mortis causa*, in *Fam. pers. e succ.*, 12, 2008, p. 1027), sì che vendendo il profilo attuale della riforma indotta dall'art. 251 c.c. la questione esposta al testo costituisce un'ipotesi normale, possibile da razionalizzare in favore del nato che potrebbe estendere i suoi diritti mantenitori, alimentari e successori nei confronti dell'altro genitore, anche quando costui abbia contratto un nuovo matrimonio prima della sua morte.

cesto previsto dall'art. 564 c.p., ammettendo ora il diritto al riconoscimento dei figli nati dalla relazione tra il padre e la figlia o tra il fratello e la sorella, ovvero, ancora, tra il suocero e la nuora, induce costoro alla commissione dell'ipotesi connessa al reato penale anzidetto, stante che la domanda di filiazione ivi prevista, in quanto sottomessa all'autorizzazione del giudice, sembrerebbe integrare la nozione del pubblico scandalo, quale condizione oggettiva di punibilità degli autori, il cui evento condizionante ai sensi dell'art. 44 c.p., può apparire evidente anche da manifestazioni esterne, tra le quali si annovera il semplice stato di gravidanza del congiunto.

Premessa per grandissime linee la questione penale sottesa al reato di incesto, è da dire che mentre il Parlamento italiano si occupava di vedere la questione della riconoscibilità degli incestuosi, ora affermata nel riformulato art. 251 c.c., la Corte EDU con la decisione del 12 aprile 2012, relativa al caso *Stübing contro Germania*, ha dichiarato l'insussistenza di una violazione dell'art. 8 CEDU³ a seguito dell'applicazione del § 173 comma 2 del Codice penale tedesco (StGB) in un caso di incesto tra fratelli germani, che avevano generato quattro figli, in relazione al quale, il padre venne condannato a tre anni di reclusione interamente scontati in carcere, con l'esclusione della punibilità della madre per parziale difetto di mente.

La decisione anzidetta succedeva ad una sentenza della Corte costituzionale federale tedesca (*Bundesverfassungsgericht*) del 26 febbraio 2008, che aveva già offerto lo spunto per un riesame del problema relativo al sindacato di costituzionalità sulle scelte d'incriminazione⁴.

Venendo al nostro sistema, nella perdurante vigenza della norma penale richiamata dall'art. 564 c.p. è da dire che essa, diversamente dal § 173 comma 2 del Codice penale tedesco (StGB) addirittura estende la punibilità dell'in-

³ Per le problematiche generali connesse all'interpretazione dell'art. 8 C.E.D.U., sia consentito rinviare alla completa analisi di V. COLCELLI, *Le situazioni giuridiche soggettive nel sistema C.E.D.U.*, in *Quaderni di Diritto e processo* a cura di A. PALAZZO, Roma-Perugia, 2011, p. 48 ss.

⁴ Su questo tipo di sindacato, la giurisprudenza costituzionale tedesca, non diversamente da quella italiana, ha storicamente assunto un atteggiamento restrittivo. Per un'approfondita comparazione, cfr., E. R. BELFIORE, *Giudice delle leggi e diritto penale: il diverso contributo delle corti costituzionali italiana e tedesca*, Milano, 2005, p. 21 ss., mentre per una verifica della questione affrontata dal giudice delle leggi Tedesco cfr. G. BEST, *Zur Aktualisierung des Inzestverbots. Eine Erörterung anlässlich des Urteils des Bundesverfassungsgerichts*, Berlin, 2010, p. 7 ss.

cesto anche agli affini in linea retta (suocero e nuora ed il relativo inverso), potendosi vedere in entrambe le fonti richiamate la comunanza del bene tutelato coincidente nell'ordine familiare, in forza del quale prende corpo il divieto di rapporti sessuali consenzienti tra persone appartenenti alla stessa famiglia.

Anche in Italia, alla stregua di come è avvenuto in Germania, si è pervenuti, su certe spinte minoritarie, intestatarie dell'obiettivo di distruggere l'armonia della famiglia, alla verifica di legittimità costituzionale⁵ dell'art. 564 c.p., con riferimento agli artt. 2, 3 comma 1, 13 comma 1, e 27 comma 3 Cost., in un caso riguardante la relazione incestuosa tra affini della linea retta, che la Corte ha respinto, sostanzialmente sulla base dei seguenti criteri dirigenti: *a)* è escluso che il bene giuridico del reato d'incesto sia di tipo eugenetico o afferisca all'integrità sessuale⁶; *b)* il bene giuridico tutelato dall'art. 564 c.p. è l'ordine interno alla famiglia, colto in una determinata dimensione, alla quale il legislatore è padrone di ispirarsi, caratterizzata dal divieto di incesto come «*ethos* le cui radici si perdono lontano nel tempo»; *c)* il requisito del pubblico scandalo si giustifica in base ad «un non irragionevole bilanciamento (non infrequente ove si abbia a che fare con la vita familiare) tra l'esigenza di repressione dell'illecito e la protezione della tranquillità degli equilibri domestici da ingerenze intrusive, quali investigazioni della pubblica autorità alla ricerca del reato»; *d)* intesi in questi termini il bene giuridico e la funzione del pubblico scandalo, non v'è sproporzione rispetto alla libertà individuale.

Il nostro legislatore, forse in maniera più marcata di altri, si è sempre ispirato alla tutela degli ordini familiari⁷ con innumerevoli norme dettate

⁵ Corte cost., n. 518/2000, in *Giur. cost.*, 2000, p. 4058, con nota di M. CERASE, *Incesto tra affini e ragionevolezza negata*; in *Giur. it.*, 2001, p. 994, con nota di F. BIONDI, *La Corte costituzionale individua il bene giuridico tutelato dal reato di incesto*.

⁶ Si rammenti che la questione riguardava la congiunzione carnale tra affini in linea retta, sì che la loro estraneità, per così dire genetica, escludeva in radice ogni questione relativa all'integrità fisica del nascituro.

⁷ Le riflessioni più illuminati ed equilibrate sull'assetto dei rapporti familiari si leggono in M. PARADISO, *La comunità familiare*, Milano, 1984, p. 43 ss., nonché, per le regole comunitarie relative ai vari modelli familiari adottati negli stati membri, Id., *Carte costituzionali europee e ordinamenti nazionali*, in *Incontri assisani nell'attesa di Benedetto XVI*, a cura di A. PALAZZO e A. PIERETTI, Perugia-Roma, 2011, p. 83 ss.

sia nel diritto civile che in quello penale, sul richiamo fondante degli artt. 29 e 30 Cost⁸; sì che, venendo alle disarmonie create dal nuovo art. 251 c.c. riguardo alla previsione penale dell'art. 564 c.p., sostanzialmente identici con riferimento alle categorie soggettive ivi menzionate, tutti i giuristi sanno, che la norma anzidetta è collocata nel Titolo XI, Libro II, del Codice penale dedicato alla punizione dei reati commessi contro la famiglia, ove risultano giustamente estinti solo quelli previsti all'art. 559 c.p. concernente la punibilità dell'adulterio della moglie, e l'altro di concubinato all'art. 560 c.p., tramite due mirate sentenze della Corte costituzionale⁹, che hanno preparato il campo alla riconoscibilità dei figli adulterini introdotta con l. 151/1975 in argomento di riforma del diritto di famiglia.

E dunque, stando all'ordine del sistema penale vigente, non intaccato dalla riforma indotta dalla l. 219/2012, emerge la previsione correlata all'art. 564 c.p. contenuta al Capo II della sezione anzidetta, specificata nei reati contro la morale familiare, che a memoria del dimentico legislatore italiano così si esprime: «Chiunque, in modo che ne derivi pubblico scandalo, commette incesto con un discendente o un ascendente, o con un affine in linea retta, ovvero con una sorella o un fratello, è punito con la reclusione da uno a cinque anni. La pena è della reclusione da due a otto anni, nel caso di relazione incestuosa. Nei casi preveduti dalle disposizioni precedenti, se l'incesto è commesso da persona maggiore di età con persona minore degli anni diciotto, la pena è aumentata per la persona maggiorenne. La condanna pronunciata contro il genitore importa la perdita della patria potestà o della tutela legale».

La prova della relazione incestuosa, siccome aggravata e continuata nel tempo si evince, pertanto, nel fatto di procreazione connesso alla ripetuta e consenziente congiunzione carnale tra i consanguinei, ciò che integrerebbe

⁸ Per una corretta lettura di tali assiomi si rinvia, in luogo di tanti, a P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo - comunitario delle fonti*, 3 ed., Napoli, 2006, p. 190 ss., nonché, per altri profili collegati al problema dell'incesto, ID., *Riflessioni sull'inseminazione artificiale e sulla manipolazione genetica*, in *Iustitia*, 1988, p. 93 ss., ove fa rilevare che l'anonimato del donatore apre un pericoloso *vulnus* idoneo a condurre verso la filiazione incestuosa con l'oscuramento della sua responsabilità.

⁹ Cfr. Corte Cost., 19 dicembre 1968, n. 126 e Corte Cost., 3 dicembre 1969, n. 147, entrambe consultabili in www.giurcost.org.

il diritto di querela anche da parte di un membro della famiglia di entrambi i genitori, nei cui confronti ai sensi del riformulato art. 258 c.c., il riconoscimento produce effetti, dato che il bene protetto dalla norma penale è costituito dalla famiglia stessa e la lesione che comporta la punibilità dei genitori incestuosi riposa sul pubblico scandalo che si riverserebbe contro di essa.

Una riflessione conclusiva ci consentirà di chiudere questo spartito, declinando l'illegittimità costituzionale del riformato art. 251 c.c., nella misura in cui consente la riconoscibilità del minore incestuoso previa autorizzazione del giudice, stante che, in tal caso, lo stesso giudice ricevente l'istanza, sarà costretto a trasmettere gli atti di cui è venuto a conoscenza alla Procura della Repubblica sulla base del pubblico scandalo così ingenerato.

E, che il pubblico scandalo previsto quale condizione di punibilità del reato sia connesso alla fase di esternazione del fatto di filiazione, laddove venga a conoscenza dell'autorità pubblica mediante atti formali ed ostensibili, si evince dall'ultima decisione in materia di incesto da parte del Tribunale penale di Enna, del 4 aprile 2012, n. 187, ove si afferma, riprendendo il precedente di Corte Cost. 21 novembre 2000, n. 518, che la genesi della filiazione incestuosa tra gli affini della linea retta (suocero e nuora), ivi trattata, era rimasta confinata nell'ambito delle mura domestiche ove costoro convivevano, non essendo stata dichiarata la paternità dei figli da loro generati all'ufficiale dello stato civile.

Il Tribunale conclude la sua decisione assolvendo gli autori dal reato di incesto, in buona sostanza per l'assenza del pubblico dominio connesso alla relazione incestuosa; sì che, ragionando *a contrariis*, se si fosse accertato che la filiazione intervenuta tra gli imputati fosse stata dichiarata all'ufficiale dello Stato civile e quindi assunta a pubblico dominio, il Tribunale avrebbe senz'altro irrogato la condanna prevista dall'art. 564 c.p. nella misura che va da due a otto anni, nel caso più grave connesso alla relazione incestuosa.

E poi, per il profilo stragiudiziale, lo stesso Ufficiale dello Stato civile che si veda richiesto di procedere alla formazione dell'atto di nascita in favore del nato da genitori legati dai vincoli di parentela che danno luogo all'incesto, oltre a non poter eseguire la formalità, deve, per evitare di commettere un reato di omissione, nella qualità di pubblico ufficiale, trasmettere la *notitia criminis* alla competente Procura della Repubblica, affinché decida sull'ipotesi criminosa di cui è venuto a conoscenza.

A questo punto, risulta ben chiara la contraddizione tra fonti normative di pari rango, innescata con l'introduzione nel nostro sistema del nuovo art. 251 c.c., che ammettendo il riconoscimento dei figli incestuosi mette in seria difficoltà l'operato cui è preposto l'ufficiale dello stato civile nella formazione degli atti di sua competenza, nonché quello del giudice civile laddove fosse proposta dai genitori incestuosi la domanda di autorizzazione al riconoscimento del figlio da loro generato¹⁰.

Lasciando qui il campo dell'indagine agli studiosi del diritto penale, e tentando una ipotesi di salvataggio della norma anzidetta, essa potrebbe essere applicata solo nel caso in cui sia prescritto il reato previsto all'art. 564 c.p., ai sensi dell'art. 157 c.p., vale a dire decorsi otto anni dalla sua consumazione.

Tale ultimo evento consentirà al giudice minorile, in composizione collegiale, di procedere alla verifica dell'interesse del minore a conseguire lo *status* di figlio naturale incestuoso, curando, altresì, di accertare che al medesimo non derivi alcun pregiudizio morale, presente e futuro; benché sia legittimo dubitare della buona riuscita di una tale intrapresa.

2. — *Il diritto dei genitori incestuosi al riconoscimento del minore e le dinamiche processuali dell' autorizzazione.*

La nuova formulazione dell'art. 251 c.c. correlato alle ipotesi di incesto

¹⁰ Rileva, coerentemente al sistema vigente, A. PALAZZO, *La riforma dello status di filiazione*, in *Riv. dir. civ.* 2013, p. 254 (che riproduce la relazione richiesta all'illustre giurista dal Ministero della famiglia in sede di decreti delegati contenuti nella L. 219/2012), in argomento di presunzione di concepimento, il diverso ruolo dell'atto di nascita introdotto dal nuovo Ordinamento dello stato civile (l. n. 216/1997, ora n. 396/2000) che dopo la riforma del 1975 ha eliminato il divieto di riconoscimento degli adulterini equiparando figli legittimi e figli naturali. A tale risultato si è pervenuti, aggiungiamo noi, a seguito della espunzione dal Codice penale dei reati previsti agli artt. 559 e 560, tramite Corte Cost. 19 dicembre 1968, n. 126, cit. e Corte Cost. 3 dicembre 1969, n. 147, cit., con tutta evidenza impressionate dall'opera del nostro Autore, sì che cfr. A. PALAZZO, *La filiazione fuori dal matrimonio*, Milano, 1965 che pone veramente le basi per orientare il nostro sistema verso l'unificazione degli *status* di filiazione, argomentando dal rapporto giuridico naturale connesso al fatto di procreazione non matrimoniale da cui deriva una responsabilità da fatto lecito in capo ai genitori che si conclude *in primis* con l'obbligo di costoro di mantenere il generato e poi di esercitare nei suoi confronti il diritto – dovere di educazione e di istruzione.

relative ai parenti della linea retta all'infinito (genitori e figli; ascendente e discendenti) e in quella degli affini della medesima linea (suocero e nuora; suocera e genero), sembra cancellare dagli ordini parentali stratificati nel nostro ordinamento la figura cardine del nonno¹¹ che verrebbe assorbita fino ad estinguersi del tutto in quella naturale di primo grado, prevalente su quella legittima da cui sono legati i protagonisti della filiazione incestuosa.

Premesso lo sconcertante quadro ora descritto, potremmo trovare, con molta ampiezza d'animo, una giustificazione del nuovo diritto al riconoscimento dei figli incestuosi, nel disegno possibilista del legislatore che con tale introduzione, assunta nel segno della unificazione degli *status* di filiazione, intenda «aggiustare» rapporti di filiazione eccezionali ed istintivi, del tutto non programmabili alla stregua di ogni altro rapporto carnale tra estranei¹²,

¹¹ Sovviene qui all'uopo l'accorato studio di M. BIANCA, *Il diritto del minore all'amore dei nonni*, in *Riv. dir. civ.* 2006, p. 155 ss., che si occupa di individuare una linea di pensiero che dipartendosi da A. FALZEA, *Ricerca di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, II. *Dogmatica Giuridica*, Milano, 1997, p. 438 ss. intende collocare i fatti di sentimento, tradizionalmente tra i meno indagati dalla dottrina, tra i fatti di volontà e quelli di conoscenza. Ora, il profilo per vero sconvolgente dell'evoluzione applicativa dell'art. 251 c.c. riformato si incontrerà quando il minore proveniente da una relazione incestuosa tra il suocero e la nuora non potrà conoscere mai la figura di un nonno per così dire tradizionale, stante l'assenza dello stipite comune tra di loro; mentre quello derivante dalla procreazione tra i parenti in linea retta vale a dire nell'esempio più abominevole della congiunzione tra il padre e la figlia, lo troverà nel bisnonno, potendolo conoscere solo nella foto funerea del loculo cimiteriale ove giace, una volta appresa la verità del suo *status*.

¹² L'amore carnale e l'amore filiale sono due sentimenti non sovrapponibili e tra di loro inconciliabili essendo il primo connotato da una pulsione che prendendo le mosse dal godimento comune degli amanti estranei può condurre alla programmazione del fatto di filiazione, mentre, il secondo che si innesca tra il generato ed il suo autore produce una forma laica di amore oblativo, in virtù del quale i genitori si addestrano a spogliarsi per tutta la vita contemplata di ogni egoismo personale in favore del benessere totale del nato; ciò che intende imitare tra gli uomini il sentimento dativo che il Padre celeste nutre per tutti i suoi figli. Per un miglior approfondimento di tali profili etici del diritto privato sia consentito rinviare alla chiara pagina di A. PALAZZO, *Il patto del decalogo e l'idea del contratto sociale nell'Europa moderna*, in *Jus*, 2011, p. 159 ss. Vi è, però, ancora da segnalare, come ha limpidamente fatto A. BERNARDINI DE PACE, *La navigazione della l. 219/2012 tra scogli e nuovi orizzonti*, in questo volume, p. 35, che l'eccesso di paidocentrismo, contenuto nella nuova normativa, conduce, con tutta evidenza, ad una sorta di tirannia dei figli sui genitori, che da veri sudditi si adeguano ad ogni loro richiesta, anche quando le condizioni generali della famiglia non lo consentirebbero. Prova di ciò è il fatto

per quanto rari a verificarsi tra le persone normali, una volta prescritto il reato di incesto nel combinato degli artt. 564 e 157 c.p.

Da questo peculiare angolo di prospettiva, il pericolo connesso alla nuova disposizione inerente al riconoscimento degli incestuosi, riposa nel fatto di rendere consueto un rapporto di procreazione quantomeno anormale, introducendosi prima il diritto dei genitori incestuosi a riconoscere il frutto della loro inconcepibile congiunzione carnale, per poi verificarsi l'interesse del nato ad accedere allo *status* di figlio, così fomentandosi certe spinte ideologiche di nicchia, venute alla luce negli anni 70', in ordine alla felicità dell'amore incestuoso, considerato quale prezzo da pagare per la distruzione della famiglia¹³.

che l'art. 315 c.c., contenente in buona sostanza il quarto comandamento del Decalogo, vale a dire l'obbligo di rispetto dei figli nei confronti dei genitori e di contribuzione fino a quando convivano in essa, è stato spostato in fondo alle aggiunzioni apportate al testo originario della norma che contiene un nuovo ed incrementato statuto dei figli.

¹³ Il filosofo di riferimento sembra essere Jean Paul Sartre, che in un articolo redazionale pubblicato sul n. 12 del 1969 della rivista *Tout*, affermava che: «Quanto alla famiglia... scomparirà, solo quando avremo cominciato a sbarazzarci del tabù dell'incesto (tra genitori e figli, tra fratelli e sorelle); la libertà deve essere pagata a questo prezzo», cui si aggiungono le posizioni di S. FIRESTON, *The dialectic of sex: The case for feminist devolution*, Morrow 1970, ove riprendendo vari sprazzi di idee riconducibili a Karl Marx, Frederik Engels, Wilhelm Reich e Simone de Beauvoir, riteneva che con l'erosione della famiglia e l'eliminazione dei tabù relativi all'incesto ed alla repressione sessuale (considerati conseguenze inevitabili della vita familiare), sarebbe finalmente nato qualcosa di nuovo, proponendosi la psicosessualità al potere che avrebbe dato vita ad un nuovo tipo di amore, un amore veramente libero, e con esso la possibilità di una vera felicità. Identica sembra essere l'ideologia tratta dal noto saggio sul pudore dello psicologo americano W. BAXTER POMEROY, *A new look at incest*, Torino, 1977, che introduce una nuova visione dell'incesto, in cui la teoria a favore dei rapporti sessuali tra consanguinei si spinge tanto avanti da affermare che: «Possiamo registrare molte relazioni sessuali serene e reciprocamente appaganti tra padri e figlie. Queste possono essere occasionali o durature, ma non hanno alcun effetto negativo (...). L'incesto tra adulti e giovani può rappresentare un'esperienza capace di soddisfare ed arricchire (...). Quando sussiste una mutua e sincera attenzione per l'altra persona, piuttosto che un atteggiamento di egoistico possesso focalizzato sul proprio godimento sessuale, allora la relazione incestuosa può davvero funzionare perfettamente. L'incesto può arrivare ad essere una piacevole, innocua e persino arricchente esperienza». Dall'alto della nostra sincera ignoranza in materia di psicosessuologia ci basta riportare l'idea di C. LÉVI-STRAUSS, *Le strutture elementari della parentela*, 1949, trad. E. SERAFINI, a cura di A.M. CIRESE, Torino, 2003, p. 103 ss., che

Ciò posto per le grandi linee, l'art. 251 c.c. riformato, pone, invero, una condizione alla riconoscibilità del figlio generato da parenti diretti e collaterali, o affini nella linea retta, assegnando al giudice che riceva la domanda di autorizzazione al riconoscimento da parte di uno dei genitori incestuosi, o da entrambi, il compito per vero arduo, di verificare l'interesse del minore affinché si approdi alla loro richiesta, col fine di evitargli qualsiasi pregiudizio.

Ora, essendo certo che ogni domanda di filiazione, sia essa congiunta che contenziosa si propone al Tribunale ordinario, la condizione che questa venga autorizzata dal Tribunale per i minorenni, sembrerebbe resuscitare il vecchio art. 274 c.c. dettato in tema di accertamento giudiziale della paternità o della maternità naturale, essendosi adottato nel testo della legge il termine «autorizzazione», da cui normalmente discende un provvedimento formale, soggetto a reclamo, sostenuto da una dedicata procedura di accesso ad un giudizio preliminare di ammissibilità della domanda¹⁴.

affrontando il delicato tema dell'incesto, legandolo alla relazione che corre tra l'esistenza biologica e l'esistenza sociale dell'uomo, afferma che: «la proibizione dell'incesto costituisce il passo fondamentale grazie al quale, per il quale, e soprattutto nel quale si compie il passaggio dalla natura alla cultura». Dunque il nostro sistema, ricevendo le linee guida della migliore dottrina antropologica e sociale configura un ordine parentale fondato sulla discendenza da uno stipite comune (cfr. A.R. RADCLIF-BROWN, *Structure and function of primitive society, essays and addresses*, London, 1952) ed una organizzazione familiare della società civile da cui derivano le relazioni esogene dei vari componenti (cfr. E. DURKHEIM, *Forme elementari della vita religiosa*, Paris, 1912, trad. da C. CIVIDALI, 1936, rivista da C. ROSATI nell'ed. Meltemi, Roma, 2005, p. 17 ss.). Infine, dichiarando il nostro credo e indicando a tutti i giuristi cattolici la regola da osservare nell'allontanare l'incesto da ogni orizzonte giuridico della famiglia cristiana, basta rinviare al passo della Bibbia dedicato al *Levitico*, 18,6, ove la congiunzione carnale tra consanguinei ed affini è vietata con espressive e salutari norme di legge.

¹⁴ È noto sul punto il travagliato percorso della dottrina correlata a Corte cost. 10 febbraio 2006, n. 50, in *Fam. e dir.*, 2006, 3, p. 237, con nota di M. SESTA, *L'incostituzionalità dell'art. 274 c. c.: è ancora possibile la delibazione dell'interesse del minore?*, (dovendosi qui segnalare i lavori precedenti del medesimo Autore che hanno animato il dibattito relativo alla pronuncia di incostituzionalità dell'art. 274 c.c. si che cfr., Cass. civ., 4 luglio 2003, n. 10625, *Fam. dir.*, 2003, 6, 538, con nota di M. SESTA, *La sospetta illegittimità dell'art. 274 c.c. : che fine farà l'interesse del minore?*; Corte cost. (Ord.) 11 giugno 2004, n.169, in *Fam. dir.*, 2004, p. 451, con nota di M. SESTA, *La Consulta salva il giudizio di ammissibilità dell'azione di dichiarazione della genitorialità* in *Corr. giur.*, 2006, 4, p. 497, con nota di E. CARBONE, *Paternità naturale: incostituzionale la fase preliminare del giudizio?* in *Dir. Giust.*, 2006, p. 12, con nota di G. DOSI, *Paternità naturale, addio ammissibilità. Giudizi più veloci senza la fase preliminare: svolta storica*.

Mentre, da una parte, rivive, seppur limitatamente al caso di specie, la norma procedimentale di accesso alla fase di ammissibilità del riconoscimento, volta a verificare l'interesse del minore all'accertamento della filiazione incestuosa, col fine di evitare al medesimo ogni pregiudizio, dall'altra parte, muore quella contenuta all'art. 278 c.c. che impediva l'accertamento giudiziale della genitura incestuosa richiamando i divieti dell'art. 251 c.c.¹⁵.

Tale norma, ormai assorbita dall'abbattimento dei veti alla filiazione incestuosa previsti dall'abrogato art. 251 c.c., era collocata, volendosi evocare certe espressive geografie del nostro Codice, in una posizione per così dire d'argine, stante che chiudeva la serie delle norme dedicate all'accertamento giudiziale della paternità o della maternità naturale (artt. 269 – 277 c.c.) ed apriva al rimedio dell'accertamento incidentale della genitura naturale *ex* art. 279 c.c.¹⁶, dedicato a coloro che, nella qualità di irriconoscibili in quanto

¹⁵ Anche in questo caso è da segnalare l'intervento di Corte Cost. 28 novembre 2002, n. 494, in *Foro It.*, 2004, 1, c. 1053 che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 278 comma 1 c.c., commentata da molti specialisti del diritto di famiglia, alcune volte con tonalità che lasciavano intravedere una sorta di apertura al riconoscimento *tout court* della filiazione incestuosa, quando, invece, si è voluto affermare da parte della Consulta, un principio di grande civiltà giuridica, che in buona sostanza ridimensionava l'Ordinanza di remissione correlata a Cass. 4 luglio 2002, n. 9724, in *Famiglia*, 2003, II, p. 1127, con nota di M. SESTA, e in *Fam. dir.*, 2002, p. 473, con nota di E. CARBONE, *È costituzionalmente legittimo il divieto di riconoscere il figlio incestuoso?*, eccessivamente massimizzata nei termini della non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 278 c.c. e dell'art. 251 comma 1 c.c. nella parte in cui non consentono indagini sulla paternità dei figli incestuosi, per contrasto con gli artt. 2,3 e 30 comma 3 della Costituzione. In buona sostanza la Consulta ha voluto mettere in evidenza il diritto del figlio di germani uterini che agiva, nella peculiarità del caso trattato in prime cure, per ottenere i diritti correlati all'art. 279 c.c., escludendo quello dei genitori incestuosi che volessero agire per il riconoscimento del figlio da loro generato nella consapevolezza del vincolo parentale.

¹⁶ Rileva F. PROSPERI, *Paternità naturale, stato di figlio legittimo altrui, efficacia preclusiva degli atti di stato civile e dubbi sulla perdurante operatività dell'art. 279 c.c.*, nota a Cass. 1 aprile 2004, n.6365 in *Giur. It.*, 2005, p. 831, (e ora, *Id.*, *Artt. 250-290*, in G. PERLINGIERI (a cura di), *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, 3ª ed., Napoli, 2010, p. 923 ss.) con una sintesi felicissima, che con la riforma del diritto di famiglia e l'evoluzione giurisprudenziale sulle tematiche più salienti della filiazione non matrimoniale, l'art.279 c.c. va reinterpretato alla luce del fatto di procreazione mostrandosi del tutto insufficiente a regolare con la dovuta estensione le situazioni alimentari e/o mantenitorie derivanti dalla filiazione non matrimoniale. Tale costruzione prende le mosse da A. PALAZZO, *La filiazione fuori dal matrimonio*, Milano, 1965,

adulterini o incestuosi, non avevano diritto allo *status*, bensì al mantenimento o agli alimenti, ivi differenziandosi la posizione del minore da quella del maggiorenne caduto in stato di bisogno che non avesse esercitato l'azione di mantenimento al tempo suo, ovvero, nel caso in cui avesse avuto lo *status* di figlio legittimo altrui, fosse decaduto dall'esercizio dell'azione di disconoscimento *ex art. 244 comma 3 c.c.*¹⁷

La conferma della maturità del sistema ad accogliere la filiazione incestuosa tramite le vie già tracciate nel nostro Codice ed incrementate dalla migliore giurisprudenza delle Corti superiori, si evince dal fatto che il rimedio di cui all'art. 279 c.c. cui fanno seguito gli artt. 580 e 594 c.c. in sede successoria, non è stato intaccato dalla l. 219/2012 rimanendo così a disposizione del generato il potere di accertare incidentalmente la sua posizione di avente causa del genitore incestuoso, anche quando sia in possesso dello *status* di figlio legittimo altrui, godendo immediatamente dell'obbligo del mantenimento dovuto e partecipare alla successione di costui, laddove gli convenga, ai sensi degli artt. 580 e 594 c.c.; oppure, in forza della rimodulazione dell'art. 278 c.c., che ammette le indagini genetiche sulla genitura incestuosa, operata da Corte Cost. 494/2002, la facoltà di accedere alla forma più ampia dell'accertamento della filiazione naturale, contro il genitore o i suoi eredi in morte sua, ottenendo una sentenza dichiarativa della filiazione

p. 142 ss. che in tempi duri per l'analisi dei fatti di filiazione non matrimoniale ricostruisce il contenuto della norma di cui all'art. 279 c.c. quale azione di stato. Ma il primo a cogliere nel pensiero di Palazzo la preminenza del fatto giuridico di filiazione, precedente alla riforma del diritto di famiglia, è stato A. C. JEMOLO, in *Arch. Giur. Filippo Serafini*, p. 224 e 225, *Recensione* ad A. PALAZZO, *La filiazione fuori dal matrimonio*, Milano, 1965, che ne interpretò esattamente i contenuti collegandolo poi all'idea del Carnelutti riguardo il rapporto giuridico naturale (cfr. F. CARNELUTTI, *Il rapporto giuridico naturale*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1936, p. 172 ss.). L'idea di Antonio Palazzo, rinforza, con la qualificazione anzidetta dell'art. 279 c.c., la doppia voce che deriva dalla fonte in commento sia per quanto concerne il diritto al mantenimento o agli alimenti *inter vivos* che per quanto riguarda la precostituzione dello *status* legittimante la vocazione ereditaria riguardo l'accesso agli assegni capitalizzati *ex art. 580 c.c.*, sulla quota di eredità cui avrebbe avuto diritto il figlio se fosse stato dichiarato o riconosciuto.

¹⁷ In buona sostanza, per il nostro avviso, l'art. 244 comma 3 c.c. contiene una sorta di imprescrittibilità implicita dell'azione di disconoscimento della paternità, correlata al decorso di un anno dal compimento della maggiore età del figlio, considerato che l'ultimo termine utile per il suo esercizio decorre dalla conoscenza sopravvenuta dei fatti che rendono ammissibile l'azione.

incestuosa, che ai sensi dell'intatto art. 277 c.c. equivale al riconoscimento.

Da questo ultimo angolo di prospettiva si può ben comprendere che il peccato dell'incesto rimane in capo ai genitori che lo hanno commesso, sì che mantenendosi intatti i ruoli del carnefice e della vittima, il sistema dà al figlio la graduale possibilità di scegliere il modo ed il momento in cui ottenere la sua giusta contropartita sia *inter vivos* che *mortis causa*, in una fase matura della sua vita e tale da preservarlo da ogni sofferenza morale, visto che in ultima analisi il danno da incesto non si ripara attribuendo al genitore lo stesso potere - dovere di mantenere, educare ed istruire il nato, che giustamente si riconosce ai genitori legittimi ed estranei naturali, bensì col denaro che possiede e con i beni residuati alla sua morte.

3. — *Competenza del Tribunale per i minorenni in forma collegiale, autorizzazione al riconoscimento e distruzione delle famiglie legittime dei genitori incestuosi.*

Fatte queste generali premesse in relazione alla caduta dei divieti connessi al riconoscimento degli incestuosi per iniziativa dei genitori e potendosi salvare la questione correlata alla scelta consapevole e meditata del maggiorenne che voglia accertare il suo *status* di filiazione incestuosa, senza intermediari, il problema, in tutta la sua delicatezza, permane nella incerta disposizione del nuovo art. 251 c.c. che assegna al giudice il compito di verificare l'interesse del minore al detto riconoscimento e l'assenza di ogni derivato pregiudizio a suo carico.

A ben vedere, però, l'art. 251 c.c. ponendo la condizione dell'autorizzazione del Tribunale per i minorenni al riconoscimento del minore incestuoso, da una parte, ed il suo diritto di ascolto, ai sensi dell'art. 315, *bis* comma 3, c.c., anche prima dei dodici anni, laddove capace di discernimento, dall'altra, dà per scontato che le maggiori garanzie per il minore si coniughino al momento della sua quasi pubertà.

Se poi si passa alla lettura dell'art. 250 c.c., ove si prevede l'assenso al riconoscimento proveniente dal minore che abbia compiuto i quattordici anni d'età, si dovrà immaginare che il diritto a riconoscere l'incestuoso per iniziativa dei genitori prenderà il suo corso di completa pienezza legale solo

da tale momento e non prima, stante che le condizioni anzidette sono da considerare necessarie per la validità del riconoscimento.

Da qui progredendo, considerato che la legge non pone limiti temporali al diritto dei genitori di riconoscere il figlio non matrimoniale, si dovrà arguire che le spiegate attività, nella filiazione incestuosa, debbano essere quantomeno congelate garantendosi al nato il mantenimento e riproposte, nell'interesse del minore, quando questi possa legittimamente esercitarle.

La nostra ardita interpretazione intende considerare l'incidenza del reato previsto ancor oggi all'art. 564 c.c., la cui vigenza crea un evidente contrasto di ordini normativi, ingenerato dall'apertura del riconoscimento sancita all'art. 251 c.c., sì che trovandosi la prescrizione massima del reato ai sensi dell'art. 157 c.p., decorsi otto anni dalla sua commissione, per un implicito ragionamento connesso alla normativa del diritto di ascolto del minore e del suo assenso al riconoscimento, i genitori incestuosi non rischieranno di commetterlo in quel momento della vita del figlio da loro generato; diversamente da come accadrebbe in una fase anteriore allo spirare dei termini anzidetti, visto che comprometterebbero l'esito della domanda di autorizzazione al riconoscimento, laddove, il Tribunale per i minorenni e per esso il Pubblico ministero, quale compartecipe necessario dei procedimenti di *status*, non rilevi il contrasto della norma civile (art. 251 c.c.) con quella penale (art. 564 c.p.) ed acceda all'esercizio dell'azione penale.

Ciò premesso, anche sorvolando sulla pessima scrittura della norma in esame, che mette in fondo all'art. 251 c.c. la competenza esclusiva e pregiudiziale del Tribunale per i minorenni riguardo l'autorizzazione della domanda di riconoscimento degli incestuosi, prima indicando un giudice generico, in ogni caso si confonde la forma di composizione dell'Autorità giudiziaria competente per la verifica della domanda di filiazione.

E dunque, considerato che l'intera impalcatura della norma connessa all'art. 251 c.c. si riferisce alla domanda di entrambi i genitori o di uno di costoro, riguardo il minore incestuoso¹⁸, forse, il legislatore voleva dire che nel

¹⁸ Sul punto è da fare una precisazione, indotta dall'oscurità del testo normativo contenuto nel nuovo art. 251 c.c., considerato che M. SESTA, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Fam. e dir.*, 3, 2013, p. 235, vede in esso, tentandone una lettura sistematica, la duplice competenza del Tribunale ordinario e di quello per i minorenni a seconda dell'età del figlio, riguardo la fase preliminare dell'autorizzazione al riconosci-

caso in cui essa domanda di filiazione fosse stata erroneamente proposta al Tribunale ordinario, competente per la materia della filiazione, senza il preventivo intervento di quello per i minorenni, il giudizio così introdotto si dovrà sospendere al fine di consentire l'intervento pregiudiziale in questione.

Risulta, perciò, di palmare evidenza che il giudice generalmente individuato nel primo comma non può che essere identico a quello esattamente accennato nel secondo, stante che per il maggiorenne, il quale intenda agire per accertare il suo diritto allo *status* di incestuoso nessun controllo pregiudiziale sarebbe comprensibile, essendo egli stesso l'interprete del suo interesse alla filiazione¹⁹; sì che, ad evitare pericolose interpretazioni, a noi pare che l'interesse del minore al riconoscimento della filiazione incestuosa debba essere sempre verificato ed autorizzato da un Collegio di giudici, preferibilmente di diversa formazione intellettuale ed ideologica, assistito da figure professionali specialiste della psicologia infantile che con buon margine di analisi possano procedere a tale delicatissima verifica.

Scontata, allora, la natura pregiudiziale e necessaria dell'intervento con-

mento. Dal nostro punto di vista l'adozione nella legge dei termini «interesse» e verifica del «pregiudizio» morale non possono che riferirsi al minore, unitamente al tipo di azione ivi considerato, che sistemandosi in quella di riconoscimento esige l'attività dei genitori, così distinguendosi da quella autonoma del generato, la cui domanda di filiazione, compiuta la maggiore età, non può essere soggetta ad alcun sindacato giudiziale; salvo che non si volesse reintrodurre, sotto mentite spoglie, il vecchio giudizio preliminare connesso all'art. 274 c.c., ormai definitivamente estinto con la pronuncia di Corte Cost. 10 febbraio 2006, n. 50, cit.

¹⁹ E qui sia consentito riprendere un vecchio e suggestivo adagio della dottrina sviluppatasi in tema di filiazione dopo l'ammissione del riconoscimento dei figli adulterini a seguito della riforma del 1975, nella misura in cui si è affermato che non sembrava giusto che gli incestuosi dovessero scontare il peccato commesso dai propri genitori nel metterli al mondo, tanto da non avere diritto ad uno *status*, cfr. in particolare A. C. JEMOLO, *I figli incestuosi*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, II, p. 564 ss., ora in *Id.*, *Gli occhiali del giurista*, Padova, 1985, p. 177 ss. Forse la dottrina ora evocata ha peccato di un eccessivo massimalismo, non distinguendo le ipotesi di incesto correlate alla triade dei possibili rapporti da cui provengono, ove quello intervenuto tra genitori e figli suscita ancor oggi un grande dissenso sociale; non solo e non tanto per la protezione della famiglia legittima, bensì per il disgusto che un tale rapporto clandestino provoca nelle persone normali, quando la relazione incestuosa sia rivolta a programmare la nascita di un figlio di cui poi si chieda il riconoscimento con l'intento mal celato di enucleare un *tertium genus* di convivenza che si frappa a quella matrimoniale che l'incesto distrugge e a quella di fatto.

nesso alle competenze del Tribunale per i minorenni in forma Collegiale, considerato che i genitori, già in quella fase, si presenteranno ai giudici con la prova biologica della filiazione incestuosa in tasca, si profila all'orizzonte della «caverna» giuridica ingenerata da tale sconvolgente procedura una sorta di riconoscimento quasi amministrativo, stante l'assenza di contenzioso tra di loro.

Ed infatti, laddove si giunga all'autorizzazione prevista dall'art. 251 c.c., che esaurisca *in bonis* i profili connessi all'interesse del minore ad essere riconosciuto o dichiarato figlio di costoro, assumendosi pure, sulla scorta dell'intervento degli psicologi dell'età evolutiva che nessun pregiudizio verrà nel futuro alla sua personalità, l'intervento del Tribunale ordinario che con sentenza dichiara la filiazione o l'accerta, sarà di pura certificazione formale di quanto già verificato col decreto autorizzatorio del Tribunale per i minorenni in forma Collegiale in tutta la sua complessità di indagine.

4. — *L'inserimento nel minore incestuoso nella famiglia dei genitori e sua improponibilità.*

Ottenuto il riconoscimento del figlio nato da incesto, viene ora il momento di verificare il suo diritto all'inserimento nella famiglia dell'uno o dell'altro genitore, proclamato, *de iure condendo*, all'art. 2 comma 1 lett. e), n.1 della L. 219/2012, contenente le disposizione delegate al futuro Governo della Repubblica, nella misura in cui si assegna ad un giudice indefinito di verificare se il detto inserimento familiare sia compatibile o meno, scardinandosi di fatto l'adesione del coniuge e dei figli matrimoniali²⁰ prima richiesta dall'art. 252 c.c.

Per farla breve, il punto di non ritorno della detta previsione legislativa si scontra col fatto che nel caso della filiazione incestuosa la famiglia di origine

²⁰ La questione esposta al testo è messa in evidenza con la consueta chiarezza da M. SESTA, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, cit., p. 234; mentre per una visione di sistema della riforma tendente all'unificazione degli *status* di filiazione, per tutti A. PALAZZO, *La filiazione*, in *Tratt. di dir. Civ. e comm.*, diretto da A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI, continuato da P. SCHLESINGER, II ed., Milano, 2013, p. 54 ss.

è una sola²¹ ed in quanto tale comune ad entrambi i genitori, diversamente da tutte le altre ipotesi in cui il fatto di procreazione naturale si realizzi tra estranei, dalle quali è ontologicamente possibile ricostruire due ceppi familiari diversi, idonei ad innescare nuove parentele naturali, stante altresì il richiamo del nuovo art. 258 c.c., rivolto a realizzare, con pochi sostegni giuridici, il mito della famiglia estesa senza il matrimonio.

Non deve, infine, passare per inosservata la dinamica relazionale della procreazione incestuosa, essendo di palmare evidenza che questa poggia le sue fondamenta sul tradimento dell'altro coniuge, nell'ipotesi del primo ordine parentale della linea retta all'infinito (genitori e figli) sia, ancora, e con maggior spregio, quando il tradito sia il figlio o la figlia, nel caso della congiunzione carnale tra gli affini della linea retta (suocero e nuora; genero e suocera) da cui senz'altro provverrà la distruzione delle relative famiglie, non potendo, tra le persone normali, accettarsi un simile evento della vita.

Ed infatti, guardando al segmento finale della domanda di autorizzazione alla filiazione incestuosa, cui seguirà, nel caso di suo positivo riscontro, la filiazione piena del generato, si vede a chiare lettere la precipua volontà dei genitori di cessare i rapporti con le famiglie di cui sono stati coautori per intraprendere una convivenza senza quartiere, nella consapevolezza che per tale loro rapporto nessuna conclusione matrimoniale è possibile stante i divieti connessi all'art. 87 c.c. che impediscono il matrimonio tra i parenti stretti.

E che dire poi di quanto si apprende dai giornali²², riguardo a certe forme di incesto tra fratelli e sorelle che in vista della programmazione della loro successione, non avendo discendenti legittimi cui trasferire *iure hereditatis* il patrimonio familiare, procedono alla inseminazione artificiale, fingendosi coniugi, in quei paesi ove è consentita, al fine di dare un erede purchessia al detto patrimonio senza alcun sentimento di vera filiazione. Ebbene, costoro, in forza del rimodulato art. 251 c.c., potranno ora presentarsi dinanzi al giudice e chiedere di essere autorizzati a riconoscere il nato quale proprio figlio,

²¹ Cfr. P. PERLINGIERI, *Riflessioni sull'«unità della famiglia»*, in ID. (a cura di), *Rapporti personali nella famiglia*, Napoli, 1982, p. 7 ss., che colloca nell'«unità della famiglia» lo strumento per l'attuazione della personalità dei coniugi e dei figli.

²² Si tratta del famosa vicenda di Jeanine Salomone, consultabile su *la Repubblica.it*, *Mondo* del 24 giugno 2001, intitolato: *«Mamma col seme del fratello per otto miliardi di eredità»*.

potendo pure trovare, tra i tanti ferventi appostoli dell'incesto, qualcuno che escluda il reato previsto dall'art. 564 c.p., sul movente che la congiunzione non è avvenuta nella carne all'interno di una calda e peccaminosa alcova, bensì, senza contatto fisico, dentro le fredde stanze di un laboratorio scientifico statunitense.

Da altro profilo, il segnale della nuova legge che vuole la prevalenza del rapporto di procreazione naturale sul matrimonio, si evince dall'abrogazione espressa di quella bella formula di legittimazione prevista all'art. 280 c.c. che conferiva lo *status* al figlio per il susseguente matrimonio tra coloro che lo avevano generato, sì che può affermarsi che il tragitto verso l'annientamento degli ordini familiari legittimi prosegue senza evidenti contrasti da parte di coloro che non potrebbero per fede condividere tali conclusioni, rimanendo al modesto scrivente l'arduo compito di censurare il legislatore a cose fatte, tanto che i nostri sforzi oppositivi sembrano appalesarsi, con vero dispiacere, come una sorta di *vox clamans in deserto* e null'altro.

PARTE QUARTA
STATUS DI FILIAZIONE E DIRITTO SUCCESSORIO

MASSIMO PARADISO*

STATUS DI FILIAZIONE E DIRITTI SUCCESSORI NELLA RIFORMA

SOMMARIO: 1. Riforma della filiazione e sue conseguenze sul diritto successorio. — 2. La successione tra parenti naturali (cenni e rinvio). — 3. La successione dei figli “non riconosciuti” e il loro deteriore trattamento: una anomalia anche sistematica. — 4. *Segue*. La grave disparità patrimoniale determinata dall’assegno vitalizio ai figli non riconosciuti: tra irrazionalità e incostituzionalità della previsione. — 5. Decadenza dalla potestà e privazione (di alimenti e) di diritti successorii. — 6. *Segue*. I soggetti legittimati a disporre l’esclusione dalla successione. — 7. Decadenza ‘civilistica’ dalla potestà e sua «perdita» a norma del codice penale. — 8. L’esclusione dalla successione come (clausola testamentaria di) diseredazione.

1. — *Riforma della filiazione e sue conseguenze sul diritto successorio.*

Tra le innovazioni più significative della recente riforma della filiazione¹ vi sono certamente quelle che riguardano le successioni *mortis causa*, ma, singolarmente, tali innovazioni costituiscono solo il riflesso indiretto, sul piano successorio, dell’introdotta unificazione degli status di filiazione: esse infatti derivano da disposizioni che, per il contenuto o la collocazione, rimangono

* Università degli Studi di Catania.

¹ Sulla riforma degli status di filiazione si v., per una visione d’insieme e una valutazione di merito, A. PALAZZO, *La riforma dello status di filiazione*, in *Riv. dir. civ.* 2013, p. 245 ss.; e, per un esame dettagliato delle diverse disposizioni, C.M. BIANCA, *Relazione illustrativa. Relazione conclusiva* (4 marzo 2013) della “Commissione per lo studio e l’approfondimento di questioni giuridiche afferenti la famiglia e l’elaborazione di proposte di modifica alla relativa disciplina”, costituita presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, p. 142. V. inoltre, tra i primi commenti, M. SESTA, *L’unicità dello status di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Fam. e dir.* 2013, p. 231 ss.; G. FERRANDO, *La legge sulla filiazione. Profili sostanziali*, in *www.juscivile.it*, 2013, 2. Per il profilo storico, tra i molti contributi in materia segnalò l’accurato panorama storico e sistematico, delineato a partire dal codice civile del 1865, contenuto negli scritti e nei documenti raccolti nel volume *Sempre più uguali. I diritti successorii del coniuge e dei figli naturali a 70 anni dal Codice civile* (a cura di G. CHIODI), Milano, 2012.

fuori dal sistema di norme che propriamente disciplina il regime successorio. Le disposizioni in parola, infatti, sono gli artt. 74 e 258, 315 e 448 *bis*, tutti collocati nel I libro del codice civile.

L'art. 74 interviene sulla nozione di parentela configurandola espressamente come vincolo che prescinde dal tipo di filiazione – matrimoniale, non matrimoniale o adottiva –, mentre l'art. 315, per parte sua, proclama solennemente che «tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico». Alla equiparazione tra gli status che ne consegue – e che in queste pagine viene data per acquisita, senza che sia necessario soffermarsi sul punto – si affianca poi l'art. 258 disponendo che «il riconoscimento produce effetti riguardo al genitore da cui fu fatto e riguardo ai parenti di esso»: disposizione a rigor di termini superflua, una volta dettata la “nuova” nozione di parentela, e tuttavia giustificata dalla necessità di rimarcare il distacco dalla previgente disposizione che, al contrario, limitava in linea di principio gli effetti del riconoscimento al genitore naturale. Ma altresì, degli oltre 100 articoli di cui consta lo “Schema dei decreti delegati di attuazione”, previsto dalla legge n. 212 e già predisposto dalla apposita Commissione, ve n'è soltanto una che ha portata sostanziale in tema di successioni: quella che legittima all'esercizio dei diritti ereditari anche i nati e i concepiti prima dell'entrata in vigore della riforma stessa nonché i loro parenti (art. 103 dello “Schema”)².

Dunque, è da disposizioni che disciplinano gli status familiari, e solo da tali disposizioni, che derivano le profonde modifiche del regime successorio e che determinano una completa equiparazione non soltanto tra i figli, ma altresì con riguardo a tutti i parenti³.

Quanto all'art. 448 *bis*, esso riguarda direttamente (anche) il diritto suc-

² Invero, se si eccettuano le disposizioni volte ad attuare – e in qualche caso soltanto ad esplicitare *per tabulas* – quanto già disposto dall'art. 1, comma 11, della legge circa la soppressione delle qualificazioni dei figli come «legittimi» e «naturali», a parte la norma citata nel testo alla nuova disciplina successoria è dedicata soltanto la norma che equipara padre e madre nell'amministrazione dell'eredità cui sia chiamato un concepito (art. 84 dello “Schema” citato).

³ Ma per l'osservazione che, in ordine ai diritti successori, ciò che è realmente centrale è la disciplina dei rapporti familiari, M. D'AMELIO, *Caratteri generali del diritto di successione per causa di morte nel nuovo codice*, in *Comm. D'Amelio*, Firenze 1941 (ora anche nel volume *Sempre più uguali*, cit., p. 203).

cessorio, prevedendo la facoltà di diseredare un ascendente; e tuttavia, collega tale facoltà a una peculiare condizione personale dell'ereditando: deve trattarsi del figlio a suo tempo non sottoposto (o sottratto) alla potestà genitoriale per l'intervenuta decadenza a carico del genitore.

Di là da specifiche considerazioni sul merito delle previsioni, è il caso di rilevare in via preliminare il segno di un netto capovolgimento di prospettiva: trascuriamo pure il fatto che non è più il genitore che può negare o comprimere i diritti successori non riconoscendo o diseredando il figlio, come avveniva in epoche passate; oggi non è più il regime successorio, e le esigenze ad esso sottese di trasmissione del patrimonio all'interno del gruppo parentale, che incidono sullo status dei figli e sui loro diritti: è piuttosto il loro status, sono le esigenze della loro tutela, che rideterminano l'assetto ereditario complessivo del gruppo familiare⁴.

2. — *La successione tra parenti naturali (cenni e rinvio).*

Per entrare nel merito dei diritti successori, tre sono gli aspetti fondamentali su cui ha inciso la riforma: cerchia (e tutela) dei successibili, diritti dei figli "non riconosciuti", diseredazione del genitore decaduto dalla potestà.

La "nuova" nozione di parentela, l'estensione dei suoi effetti a tutti i parenti e l'equiparazione degli status di filiazione hanno determinato l'abrogazione di tutte le disposizioni che escludevano o limitavano la successione tra parenti naturali, che sono ora tutti, reciprocamente, successibili e potenziali de cuius: ne è implicitamente derivata, in particolare, sia l'abolizione della facoltà di commutazione sia l'abrogazione della norma che escludeva dalla successione del figlio il genitore che non lo avesse legittimato (art. 258)⁵. Ma su questi aspetti della disciplina sono già previste due specifiche relazioni:

⁴ È il «diritto paidocentrico» di cui parla A. PALAZZO, *La filiazione*, in *Trattato Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger*, Milano 2007, p. 541 ss. Per una valutazione d'insieme del nuovo approccio al diritto di famiglia, M. PARADISO, *Potestà dei genitori, abuso e «interesse morale e materiale della prole»*, in *Riv. dir. civ.* 2008, I, p. 207 ss., p. 214 ss.

⁵ Su tali aspetti della disciplina, anche per rilievi critici in ordine ai diritti successori del figlio premorto o deceduto nelle more del riconoscimento, si v. M. SESTA, *L'unicità dello status di filiazione*, cit., spec. p. 663 ss.

credo perciò opportuno, oltre che gradito all'uditorio, che sia affidato ad altri il compito di parlarne.

3. — *La successione dei figli “non riconosciuti” e il loro deteriore trattamento: una anomalia anche sistematica.*

Rimane invece nel sistema il deteriore trattamento dei figli “non riconosciuti” e molte sono le osservazioni cui si presta tale previsione.

Anzitutto, per effetto della riforma e di una nota sentenza della Corte costituzionale⁶, non esistono più né figli «non riconoscibili», né figli per i quali «non può proporsi l'azione per la dichiarazione di paternità o di maternità»⁷. Possono esistere invece figli *in concreto* non riconosciuti o di cui non è stata richiesta o dichiarata la filiazione, e ciò può aversi in una serie di ipotesi oggi moltiplicate dalla riforma: vuoi perché il genitore infrasedicenne non è stato autorizzato al riconoscimento, vuoi perché il figlio 14enne non ha dato il suo assenso; e ancora, vuoi perché si tratta del figlio di parenti per il cui riconoscimento il giudice abbia negato l'autorizzazione, vuoi infine perché l'altro genitore abbia rifiutato il suo consenso e questo non sia stato ‘surrogato’ da un provvedimento giudiziale (a parte altri casi minori; artt. 250, 251 c.c.)⁸.

Tutti costoro dunque si trovano nella condizione di chi, mancando un accertamento formale dello stato di filiazione, possono chiedere solo un “accertamento incidentale” della derivazione biologica al fine di conseguire mantenimento e alimenti nonché, in sede di successione, l'assegno vitalizio di cui agli artt. 580 e 594 c.c.⁹. E certo, si tratta di anomalia non da poco nel

⁶ Corte cost. 28 novembre 2002 n. 494, in *Dir. fam. pers.* 2004, p. 622.

⁷ Modifiche, che comunque evidenziano l'esigenza di un raccordo dell'art. 251 con gli artt. 279, 580 e 594 c.c.: A. PALAZZO, *La riforma dello status di filiazione*, cit., p. 259 e nota 18.

⁸ Per gli altri casi in cui può mancare in concreto l'accertamento formale della filiazione, M. SESTA, *L'unicità dello status di filiazione*, p. 238 s.

⁹ Su tale accertamento incidentale, e per i limiti che esso incontra nelle ipotesi in cui il figlio abbia omesso volontariamente di proporre azione per la dichiarazione giudiziale della filiazione, fra le altre Cass. 24 gennaio 1986 n. 467, in *Giust. civ.* 1987, I, p. 1250; 28 agosto 1999 n. 9065; 22 gennaio 1992 n. 711, in *Giur. it.* 1993, I, 1, p. 138, con nota di SESTA; ma in senso critico su tale orientamento giurisprudenziale, L. MENGONI, *Successioni per causa di*

sistema riformato, in cui l'instaurazione di un "pieno" vincolo di parentela è collegato direttamente alla genitorialità biologica (per tacere di quella adottiva) e nel quale, altresì, tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico. In altre parole, la disparità poteva apparire (se non accettabile, almeno) razionalmente argomentabile in un sistema che limitava la rilevanza della parentela naturale ai «casi previsti dalla legge» (art. 258, vecchio testo)¹⁰; e questo per tacere del fatto che, in pratica, figli non riconoscibili erano soltanto quelli nati da rapporto incestuoso. Venute meno tali limitazioni, una volta che – e sia pure in via incidentale – sia stato accertato giudizialmente il rapporto di discendenza biologica, non si vede con quanta coerenza se ne possano limitare gli effetti ad alcuni diritti patrimoniali, escludendo i profili di carattere personale e gli stessi doveri del figlio, ad es. in ordine agli alimenti¹¹: la mancanza di un vincolo formale di parentela infatti esclude il genitore e i suoi congiunti dalla successione del figlio, così come esclude quest'ultimo dalla successione dei parenti del genitore.

Anche a tale riguardo, allora, si conferma il generale capovolgimento di prospettiva: non è più il genitore che può 'rifiutare' l'instaurazione di un formale rapporto di filiazione, ma solo l'interesse del figlio, nell'apprezza-

*morte. Successione legittima*⁴, in *Trattato Cicu-Messineo-Mengoni*, Milano 1990, p. 125, e M. SESTA, *L'unicità dello status di filiazione*, cit., p. 666, anche per la questione, risolta in senso negativo, se il figlio che abbia lo stato di legittimo possa avanzare pretese successorie ex art. 580 senza contestare le legittimità della filiazione.

¹⁰ Ma sulle perplessità che il sistema generava già prima della recente riforma, pur in una diversa valutazione sul merito della scelta, A. PALAZZO, *La filiazione fuori dal matrimonio*, Milano 1965, p. 142 ss.; F. PROSPERI, *Paternità naturale, stato di figlio legittimo altrui, efficacia preclusiva degli atti di stato civile e dubbi sulla perdurante operatività dell'art. 279 c.c.*, nota a Cass. 1 aprile 2004 n.6365, in *Giur. it.* 2005, p. 1831; G. PALAZZOLO, *Riconoscimento dell'incesto e induzione al reato* (Relazione al Convegno su "La parificazione degli status di filiazione, Assisi 24-25 maggio 2013), § 4.

¹¹ Se invero la ragione fosse da individuare nella (ipotizzabile) inidoneità del genitore ad esercitare la potestà, o nella opposizione del figlio (in ipotesi risentito per un precedente rifiuto o ritardo del genitore nell'effettuare il riconoscimento), ben si potrebbe provvedere a un affidamento esclusivo che, nel 'nuovo' art. 337-quater (come previsto nello Schema dei decreti delegati di attuazione), prevede proprio che «Il genitore cui sono affidati i figli in via esclusiva, salva diversa disposizione del giudice, ha l'esercizio esclusivo della responsabilità genitoriale su di essi»; e ciò, per tacere del fatto che si tratta di una 'ragione' che comunque potrebbe valere solo per i casi di minori d'età.

mento che ne fa il figlio stesso o, in sua vece, il giudice che ritenga di non autorizzare il riconoscimento. Ed anzi, ancor più radicalmente: si consideri che la parentela — a parte gli impedimenti matrimoniali — si sostanzia nei diritti alimentari e successori; poiché è a una determinazione del figlio che in ultima analisi è rimessa la decisione sull'instaurazione di un rapporto di parentela, a lui è attribuito oggi un vero e proprio potere di "ripudio", vuoi tramite il rifiuto all'instaurazione del rapporto di filiazione, vuoi tramite il diniego di alimenti e di diritti successori.

4. — *Segue. La grave disparità patrimoniale determinata dall'assegno vitalizio ai figli non riconosciuti: tra irrazionalità e incostituzionalità della previsione.*

Rimane, invece, il ricordato diritto del figlio a conseguire dagli eredi del genitore (ed eventualmente dai legatari e dai donatari) «un assegno vitalizio pari all'ammontare della rendita della quota di eredità alla quale avrebbe diritto, se la filiazione fosse stata dichiarata o riconosciuta» (art. 580 c.c.). Ed è previsto altresì che, ove il genitore abbia disposto in suo favore per donazione o per testamento, il figlio ha facoltà di rinunciare alla disposizione e chiedere l'assegno, fatto sempre salvo «il diritto di ottenere la capitalizzazione dell'assegno» medesimo (art. 594 c.c.).

La previsione risente palesemente della storia del diritto successorio, che nella sua evoluzione testimonia di un progressivo miglioramento della condizione dei figli non primogeniti o non legittimi, ma oggi essa costituisce un vero e proprio relitto storico, residuo di un'antica rendita attribuita ai cadetti *loco portionis legitimae*. Basti rammentare che nell'*ancien regime* ai secondogeniti legittimi o naturali, in parallelo alla dote di paraggio per le donne, spettava solo un vitalizio su una quota dei beni feudali spettanti in proprietà fedecommissaria al primogenito: era la cd. *vita-milizia*¹². Esteso poi a tutti i figli legittimi il diritto a una quota di eredità, la rendita fu riservata ai discendenti naturali che fossero stati riconosciuti¹³. Infine, pur attribuiti a questi pari

¹² R. TRIFONE, voce *Vita milizia*, in *Nuovo dig. it.*, XII, 2, Torino, 1940, p. 1127 ss.

¹³ Una previsione che riecheggia, almeno nello strumento, quell'altra forma di commutazione già prevista dal sistema abrogato per i diritti successori del coniuge: si v. in proposi-

diritti successori, si è ancor oggi perpetuata la discriminazione per i figli non riconosciuti.

La dottrina ha da tempo evidenziato la disparità di trattamento¹⁴, ma, per quanto mi consta, si è limitata a sottolinearne l'aspetto per così dire "qualitativo": ciò che viene comunemente rilevato è il fatto che essi non acquistano la qualità di coeredi e sono perciò esclusi dalla comunione ereditaria.

Fermo restando che si tratta di critica ineccepibile, a me sembra che altri siano i profili realmente rilevanti. Anzitutto, pur unificato lo stato di filiazione, oggi tali figli sono esclusi dalla successione dei parenti (del genitore); e se questo deriva dalla mancanza di un rapporto di parentela formalmente dichiarato, non è detto che tale disparità sia costituzionalmente legittima, già alla luce dell'art. 30 Cost. Certo, è possibile che tale deteriore condizione venga poi ritenuta accettabile, vuoi perché essa è reciproca (atteso che neppure i consanguinei possono ereditare da loro), vuoi perché è il figlio che in definitiva rifiuta l'instaurazione del rapporto, negando l'assenso al riconoscimento o magari omettendo di proporre azione per la dichiarazione giudiziale di paternità o maternità¹⁵.

In ogni caso, quel che mi sembra inaccettabile è la grave disparità di trattamento sotto il *profilo quantitativo*: una disparità, già presente nella riforma del 1975, che, a quanto mi consta, non viene comunemente rilevata.

Come già evidenziato, è indubbia la natura successoria dell'assegno quale diritto di *legittima*¹⁶, ma, a tale stregua, o essa si configura oggi come una sin-

to la valutazione fortemente critica di F. SANTORO PASSARELLI, *Dei diritti riservati ai legittimari*, in *Comm. D'Amelio*, II, Firenze, 1941, p. 270 ss., sulle previsioni originarie del codice relative alla commutazione dei diritti successori, e ciò sia quanto alla «vera ragione» di essa, sia quanto alla violazione del «principio della quota in natura». Quanto alle differenze tra questa e la commutazione prevista dall'art. 537 c.c., L. CARRARO, *Delle successioni testamentarie*, in *Comm. dir. fam.*, V, Padova 1992, p. 193.

¹⁴ Si v. in particolare, sulla lesione del principio di uguaglianza già derivante dalla diversità dei diritti spettanti ai legittimari, la critica avanzata ormai da molti anni da C.M. BIANCA, *Diritto civile*, II, Milano 2001, p. 601.

¹⁵ Su tale volontario 'rifiuto' del figlio, che preclude la possibilità di agire per ottenere l'assegno vitalizio, cfr. le motivazioni delle sentenze richiamate *supra*, nota 9. Ma sulla disparità di trattamento v. anche *infra*, nel testo.

¹⁶ E ciò anche sotto il vigore dell'art. 752 c.c. 1865, che parlava di «diritto agli alimenti»: per tutti, L. CARRARO, *Delle successioni testamentarie*, cit., p. 182, ove altre indicazioni. In giuri-

golare forma di *commutazione automatica ex lege*, sopravvissuta a quella ormai abrogata, oppure costituisce strumento che, lungi dal rappresentare un miglioramento¹⁷ aggrava intollerabilmente la disparità di trattamento¹⁸.

Occorre premettere che nessuna norma stabilisce il modo di quantificazione della rendita: se essa venisse determinata secondo criteri demografico-attuariali la sua entità dipenderebbe, oltre che dal saggio legale d'interesse, dall'età del vitaliziato, mentre la sua capitalizzazione corrisponderebbe esattamente al valore del capitale: nel nostro caso alla quota di eredità che gli spetterebbe. In tal modo, perciò, la previsione si tradurrebbe in una commutazione *ex lege* in una rendita ovvero in un capitale. Ma a questo punto, parificata la sua condizione patrimoniale a quella dei figli riconosciuti, ancor più difficile da spiegare è la mancanza di diritti successori e alimentari del genitore e degli altri parenti.

Ma in dottrina è indiscusso – nel senso letterale che è dato implicitamente per presupposto – che si tratti di un diritto diverso, e lo stesso dato normativo depone in altro senso: l'art. 580 infatti non parla di *rendita vitalizia*, bensì di un «assegno» che deve essere «pari all'ammontare della *rendita della quota* di eredità»: essa si configura perciò come una *rendita finanziaria*, determinata in base al saggio legale d'interesse e dipendente dall'età del vitaliziato soltanto in ordine alla sua durata nel tempo¹⁹. Ed è proprio questo il significato in cui va assunta la previsione, proprio perché essa, derivando dalla vita-milizia di

sprudenza, Cass. 20 novembre 1952, n. 3073, in *Foro it.* 1953, I, c. 6. Per la natura successoria, e la riconduzione al novero delle rendite, M. ANDREOLI, *La rendita vitalizia*³, in *Trattato Vassalli*, VIII, 1, Torino 1958, p. 127. Ma si v. anche Cass. 29 novembre 1983 n. 7158, in *Dir. fam. pers.* 1984, p. 460, che dalla natura successoria di tale diritto, e dalla relativa soddisfazione, ha desunto la “consumazione” delle pretese ereditarie, col conseguente divieto di chiedere un ‘supplemento’ nel caso di successivo, positivo esercizio dell'azione per la dichiarazione giudiziale della filiazione.

¹⁷ Sulla finalità di miglioramento della posizione dei figli non riconoscibili la dottrina non ha dubbi: per tutti, L. CARRARO, *Delle successioni testamentarie*, cit., p. 191 ss.

¹⁸ Su tale specifica questione, e per un inquadramento nella tematica generale delle rendite, sia consentito rinviare a M. PARADISO, *Giuoco, scommessa, rendite*, in *Trattato Sacco*, Torino 2006, spec. p. 330 ss.

¹⁹ Sugli aspetti “tecnici” della determinazione delle rendite e della loro capitalizzazione, v. ad es. P. BARONCINI-E. FABBRI-C. GRASSI, *Lineamenti di matematica finanziaria e attuariale*, Milano, 2001.

cui s'è detto, risente della originaria – e ormai perduta – funzione alimentare. Tale rendita infatti non aveva funzione di parificazione della condizione dei figli, bensì di assicurare il mantenimento agli esclusi dalla successione, tanto è vero che ancora nel codice del '42 essa era «determinata in proporzione delle sostanze ereditarie e della qualità e del numero degli eredi legittimi» – come ancor oggi previsto per l'assegno al coniuge separato con addebito (art. 548 c.c.) – mentre poi «l'ammontare della rendita della quota di eredità» era il limite massimo, non il criterio per la sua determinazione²⁰.

Ma, se così è²¹, si consideri quanto segue. Il valore economico complessivo dell'assegno, come per ogni altra rendita, è inversamente proporzionale all'età del beneficiario e pertanto la misura dei suoi diritti successori dipende da un fattore casuale: e cioè l'età in cui è chiamato alla successione; in altre parole, l'ammontare effettivo dell'erogazione dipenderà dalla sua sopravvivenza. In secondo luogo, la natura successoria e non assistenziale dell'assegno esclude che su di esso incida l'eventuale stato di bisogno del vitaliziato e, soprattutto, esclude la possibilità di una rivalutazione: si tratta infatti di un ordinario debito di valuta²², che finirà col ridurre drasticamente il suo valore col decorso del tempo.

Ipotizziamo che vi sia un asse ereditario di 200.000 euro e che vi concorra anche un figlio riconosciuto: al saggio attuale del 2,5% e a fronte di una quota ereditaria di 100.000 euro, il figlio non riconosciuto avrebbe diritto a una rendita annua di 2.500 euro, qualunque sia la sua età, ma la rendita di

²⁰ In altre parole ne era incontestabile la natura alimentare: diversamente, non avrebbe avuto senso fissare come limite massimo ciò che, viceversa, avrebbe dovuto costituire il parametro proprio di determinazione dell'assegno stesso; né avrebbe avuto senso il riferimento al numero e alla qualità degli eredi legittimi e la stessa «proporzione» alle sostanze ereditarie, che avrebbe dovuto essere, invece, il parametro di quantificazione.

²¹ La dottrina, come già rilevato, per lo più non si pone il problema ma l'intende, implicitamente, come rendita finanziaria: ad es., là dove, trattando della determinazione del suo ammontare, parla semplicemente di «computo della rendita (...) fatto sul valore capitale dei beni»: F. CARRARO, *op. cit.*, p. 155; L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Successione legittima*, cit., p. 83.

²² Tra gli altri, L. CARRARO, *La vocazione legittima alla successione*, Padova, 1979, p. 72; L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Successione legittima*, cit., p. 129 ss.; Cass. 3 marzo 1975, n. 622, cit. E analogamente deve dirsi per cessione, compensazione e altre vicende del credito: A. CHECCHINI, *Della successione dei parenti*, in *Comm. dir. fam.*, V, Padova, 1992, p. 137.

un 70enne, presumibilmente, cesserà dopo pochi anni. Per contro, la rendita di quest'ultimo – ipotizzando una sopravvivenza residua di 10 anni e una svalutazione pari a quella attuale – si ridurrà al 90% circa di quella originaria, mentre la rendita di un 20enne in pratica resterebbe azzerata alla fine della sua vita. E si aggiunga poi che la legge non prevede alcun obbligo di prestare garanzie, con tutti i rischi che comporta un rapporto di rendita destinato a durare nel tempo²³.

Né la disparità si attenua – ed anzi talvolta si acuisce – ove sia avanzata richiesta di capitalizzazione che, nel comune sentire, dovrebbe porre il diritto al riparo dalla svalutazione²⁴. Il coefficiente di capitalizzazione di usufrutti e rendite vitalizie, al saggio attuale del 2,5%, è pari a 38 per un ventenne e a 16 per un settantenne: nell'esempio già fatto perciò, se un figlio 20enne otterrebbe una somma pari a 95.000 euro, un 70enne otterrebbe un capitale di 40.000 euro²⁵. Quest'ultimo dunque, pur in caso di successione ab intestato, conseguirebbe 1/5 dell'eredità, contro i 4/5 conseguiti dal figlio riconosciuto. Se poi mancassero figli riconosciuti, e l'eredità andasse ad es. a un cugino del padre, il figlio avrebbe diritto a una rendita annua di 5.000 euro o a un 'capitale' di 80.000, ma l'eredità andrebbe al cugino che conseguirebbe 120.000 euro.

E infine, rendita e capitalizzazione sono fortemente influenzate dalle variazioni del saggio d'interesse legale, che, a sua volta, aumenta o diminuisce

²³ Com'è noto, infatti, l'art. 1877 c.c. prevede soltanto la prestazione di garanzie convenzionali. E l'inconveniente è acuito dal fatto che, a differenza di altre ipotesi di rendita, la dottrina nega la facoltà di chiedere la capitalizzazione dopo che il beneficiario abbia riscosso anche una sola rata di vitalizio (per tutti, L. CARRARO, *Delle successioni testamentarie*, cit., p. 93, nota 18), in quanto comportamento che andrebbe apprezzato quale tacita rinuncia al diritto (per tutti, L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Successione legittima*, cit., p. 126).

²⁴ Tra gli altri, L. MENGONI, *op. cit.*, p. 138 ss., anche per l'esclusione di tale diritto quando al pagamento dell'assegno devono contribuire i legatari o i donatari. Ma per la serie di problemi sollevati da tale ultima ipotesi, v. la sintesi, e i richiami, di M. SESTA, *L'unicità dello status di filiazione*, cit., p. 661 ss.

²⁵ I valori sono stati ottenuti applicando i coefficienti fissati dal Decreto Min. Finanze 22 dicembre 2011, relativo alla fissazione del «valore dei diritti di usufrutto a vita e delle rendite o pensioni vitalizie» ai fini della determinazione della base imponibile. Valori, comunque, non alterati dal «fine fiscale», ma fondati su rigorosi criteri matematico-attuariali, se pure accorpati per gruppi di età.

in ragione di fattori che ben poco hanno a che vedere con la redditività dei beni²⁶: se il diritto fosse sorto nel 2011, la rendita sarebbe stata di 1500 euro, mentre, se fosse sorto nel 1996, sarebbe stata di 10.000 euro. Il sistema, in pratica, è niente più che una vera e propria lotteria.

In breve, e per concludere, non avrei dubbi sulla incostituzionalità e, prima ancora, sulla irrazionalità di tale disposizione: calcolato l'assegno come rendita vitalizia, esso si configura come superstite commutazione *ex lege* che parifica la condizione del figlio ma nega inspiegabilmente diritti alimentari e diritti successori al genitore e agli altri parenti; calcolato l'assegno come rendita finanziaria, esso si traduce in una lotteria, la cui unica giustificazione possibile appare oggi il fatto che è il figlio, in definitiva, che rifiuta l'instaurazione di un rapporto di filiazione.

Ma probabilmente meritevole di reconsiderazione è la stessa idea che il disposto dell'art. 279, in origine dettato per i figli "non riconoscibili", possa applicarsi ai figli in concreto non riconosciuti o non dichiarati. A me sembra trattarsi di lettura anomala, sia perché priva di sicuri dati testuali (atteso che non esistono più casi «in cui *non può proporsi azione* per la dichiarazione giudiziale di paternità o di maternità»), sia perché rischia di innescare richieste pretestuose, successorie e/o di mantenimento, da parte di chi rifiuti di chiedere l'accertamento giudiziale e mantenga perciò analoghi diritti nei confronti di chi risulti formalmente suo genitore²⁷.

5. — *Decadenza dalla potestà e privazione (di alimenti e) di diritti successori.*

L'altra importante innovazione in materia successoria è costituita dall'articolo 448 *bis* che, come accennato, priva del diritto agli alimenti il genitore che sia decaduto dalla potestà e legittima poi il figlio, anche adottivo, e i suoi discendenti prossimi ad escluderlo dalla successione. La disposizione si pro-

²⁶ Per un maggiore sviluppo rinvio a M. PARADISO, *Gioco, scommessa, rendite*, cit., p. 384 ss.; questione, quella della redditività, che ha affaticato non poco la dottrina meno recente in ordine al problema se la rendita vada calcolata anche sui beni "non produttivi": vedine i richiami in M. SESTA, *L'unicità dello status di filiazione*, op. loc. cit.

²⁷ Per tali perplessità cfr. le sentenze citate sub nota 9.

spetta così come schiettamente sanzionatoria e per diversi aspetti nuova nel sistema²⁸; la novità, in particolare, si apprezza con riguardo alla “estensione” dei diritti incisi e alle modalità di tale compressione, non certo con riguardo alla *politica sanzionatoria* nei confronti di genitori inadempienti ai doveri verso la prole, che annovera oggi un nutrito catalogo di previsioni²⁹.

Pur in tale quadro complessivo, il nuovo art. 448 *bis* appare previsione per molti aspetti singolare, sia per la collocazione nella disciplina degli alimenti, sia per la sua formulazione letterale che ne rende estremamente complessa la “lettura”³⁰. Già il riferimento al figlio «adottivo» si rivela impreciso, ma sul punto farò solo un rilievo: tenuto conto che in alcune specie di adozione l'adottante non ha diritti successori verso l'adottato (artt. 304 c.c. e 55 legge adoz.)³¹, il riferimento alla qualità di adottivo (fermo restando che tra i figli sono annoverati i minori adottati con adozione piena³²) si rivela inconferen-

²⁸ Il testo dell'articolo, rubricato *Cessazione per decadenza dell'avente diritto dalla potestà sui figli*, prevede che «Il figlio, anche adottivo, e, in sua mancanza, i discendenti prossimi non sono tenuti all'adempimento dell'obbligo di prestare gli alimenti al genitore nei confronti del quale è stata pronunciata la decadenza dalla potestà e, per i fatti che non integrano i casi di indegnità di cui all'articolo 463, possono escluderlo dalla successione». Su tale disposizione, in un contesto particolarmente critico sulla scelta politica sottostante, v. G. PALAZZOLO, *L'alterazione degli obblighi alimentari e l'indegnità a succedere per revoca della potestà genitoriale nel nuovo art. 448 bis c.c.* (in corso di pubblicazione).

²⁹ Anche a tacere della nuova formulazione dell'art. 572 c.p. (maltrattamenti contro familiari e conviventi, che amplia la cerchia dei soggetti protetti e inasprisce le pene) e della generale revisione dei delitti contro la personalità individuale e la libertà sessuale (che hanno esteso pene accessorie ed effetti penali per i reati commessi in danno di (figli) minori: *infra*, § 7), il catalogo delle sanzioni civili si è andato arricchendo negli ultimi anni: basti rammentare gli artt. 330³, 333¹, 342 *bis*, 342-ter, 463 n. 3 *bis* c.c., 709-ter c.p.c. e lo stesso art. 614 *bis* c.p.c.

³⁰ Per l'esposizione di tali ragioni sia consentito rinviare a M. PARADISO, *Decadenza dalla potestà, alimenti e diritti successori nella riforma degli status di filiazione*, in *Commento alla legge 12 dicembre 2012 n. 219* (a cura di C.M. BIANCA), in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, p. 219 ss., nel quale sono esposti più diffusamente molti dei rilievi di cui alle presenti pagine.

³¹ In senso critico su tale esclusione dai diritti successori, A. PALAZZO, *La riforma dello status di filiazione*, cit., p. 259; ma sull'adozione dei maggiorenni e sui suoi nuovi “impieghi”, non sempre leciti, si rinvia a G. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Dell'adozione di persone maggiori d'età*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1995, p. 375 ss.

³² Cfr. C.M. BIANCA, *Relazione illustrativa*, cit., p. 142.

te per i diritti successori, potendo riguardare soltanto l'esonero dall'obbligo alimentare.

Ma altresì, l'avere riunito nello stesso enunciato linguistico i soggetti legittimati ad "attuare" i ricordati effetti sanzionatori comporta una grave disarmonia e una disarticolazione del contenuto normativo. Se ha senso infatti prevedere che in mancanza del figlio siano «i discendenti prossimi» a non essere tenuti agli alimenti – conforme alla dizione e all'elenco degli obbligati in subordine sancito nell'art. 433, n. 2, c.c. – tutt'altro significato assume tale testuale designazione quando si tratti di escludere il genitore dalla successione, tanto da dover dubitare che la previsione possa avere una qualche applicazione.

6. — *Segue. I soggetti legittimati a disporre l'esclusione dalla successione.*

Prevede infatti la disposizione che, «in mancanza» (di figlio, anche adottivo), sono «i discendenti prossimi» a venire in considerazione ai fini ivi previsti. Con ogni evidenza, la dizione è ricalcata sulla norma in tema di alimenti (art. 463, n. 2, c.c.) che, nell'indicare l'ordine di priorità tra gli obbligati, indica appunto «i figli... e, in loro mancanza, i discendenti prossimi». Ebbene, nell'art. 448 *bis* tale riferimento ai discendenti assume un significato profondamente diverso con riguardo agli alimenti e alla successione.

Con riguardo agli *alimenti*, basti qui a dire che, tenuto conto della sua ratio, l'unico modo di attribuire un senso logico alla disposizione è quello di correggerne la formulazione testuale cassando l'inciso «in mancanza»: si conferisce così alla previsione una funzione analoga a quella dell'art. 433, individuando i soggetti in capo ai quali si attesta (in parallelo con l'astratta previsione dell'obbligo) la specifica statuizione di esonero dall'obbligo alimentare.

In ordine all'*esclusione dalla successione*, per contro, va premesso che non è possibile attenersi a una lettura analoga dell'inciso in questione: il suo significato "irriducibile" infatti è quello di designare tali soggetti come legittimati in via subordinata (e alternativa) rispetto agli effetti considerati. Ebbene, rispetto agli alimenti è chiaro che i discendenti (chiamati appunto in via alternativa e subordinata alla stessa obbligazione) vengono legittimati al *me-*

desimo effetto: negare all'ascendente la prestazione; rispetto alla successione, per contro, la soppressione dell'inciso comporterebbe una legittimazione "cumulativa" di entrambe le categorie, tradendo radicalmente il senso della previsione. È necessario allora mantenere l'inciso, ma è improbo trovarvi un senso razionale, non trattandosi qui di sancire una (duplice, se pure alternativa) legittimazione rispetto a un unico effetto, quanto una legittimazione alternativa a *effetti distinti*: l'esclusione dalla successione di ciascuno di essi.

Ma devo per esigenze di brevità omettere l'argomentazione³³ e mi limito a rilevare che, in entrambe le possibili accezioni, letterale o figurata, in cui può assumersi l'inciso «in mancanza», non può logicamente darsi il presupposto cui è subordinato il potere del discendente, salvo a configurare un "potere di vendetta" che, rimasto intatto in quanto non consumato dall'originario titolare *ex lege*, si tramanda di padre in figlio. Deve perciò negarsi a mio avviso che la disposizione possa trovare attuazione quando siano i discendenti che intendano escludere l'avo dalla successione.

7. — *Decadenza 'civilistica' dalla potestà e sua «perdita» a norma del codice penale.*

L'altro termine di riferimento soggettivo è il genitore che sia decaduto dalla potestà³⁴: peraltro, se in ordine agli alimenti detta decadenza rileva direttamente come "requisito positivo", comportando perdita del diritto, con riguardo alla successione essa viene a delimitare anche in senso negativo la facoltà di diseredazione, essendo la facoltà limitata a quei «fatti che non integrano i casi di indegnità» a succedere; casi, tra i quali l'art. 463 c.c. già annovera la decadenza pronunciata a norma del codice civile (art. 463, n. 3 *bis*, c.c.).

Ebbene, tali «fatti» non possono individuarsi, come pure è stato proposto

³³ Sul punto, rinvio al mio *Decadenza dalla potestà, alimenti e diritti successori*, cit., p. 122 ss., anche per la considerazione delle conseguenze, sul piano ricostruttivo della disciplina, di una lettura della disposizione che comunque ritenesse i discendenti legittimati alla diseredazione dell'avo.

³⁴ Sulla potestà, e per le questioni qui rilevanti, si v. intanto lo studio di ampio respiro storico di A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 511-550.

di recente, in condotte pregiudizievoli cui non sia seguito il provvedimento ablativo: univoco è infatti il tenore della disposizione là dove individua, quale soggetto passivo, il «genitore nei confronti del quale è stata pronunciata la decadenza dalla potestà» (art. 448 *bis* c.c.).

Occorre verificare piuttosto se i “fatti” in questione non possano individuarsi nelle ipotesi di perdita della potestà prevista quale pena accessoria alla sentenza di condanna per alcuni delitti commessi in danno dei discendenti: si tratta di figure disparate, il cui elenco si è andato arricchendo nel tempo e che oggi comprende i casi di condanna all’ergastolo e per il delitto di incesto, per i delitti contro lo stato di famiglia e contro la libertà sessuale, contro la personalità individuale e per le mutilazioni genitali femminili³⁵.

La prima questione concerne la possibilità di ritenere “equivalenti” le fattispecie civili e penali: se infatti esse sono ‘identiche’ quanto all’effetto ablativo della potestà, la decadenza prevista dal codice civile consegue a una esplicita *pronuncia* del giudice³⁶ (e giudice minorile) che valuta caso per caso fatti e circostanze e pronuncia il grave provvedimento avendo di mira essenzialmente l’interesse del figlio: il provvedimento perciò ha specifiche finalità di protezione del minore. Il codice penale per contro parla di «perdita» della potestà e soprattutto la prevede come automatica, quale pena accessoria che consegue *di diritto* alla condanna (e, talora, all’applicazione della pena su richiesta delle parti: artt. 20 c.p. e 445 c.p.p.). Inoltre, essa è perpetua e non lascia alcuna discrezionalità al giudicante: ha perciò essenzialmente finalità afflittive, e solo eventualmente e di riflesso effetti di ‘generica’ protezione

³⁵ Le norme in questione sono, specificamente, gli artt. 32 (interdizione legale del condannato all’ergastolo), 564 (incesto), 566-569 (supposizione o soppressione di stato, e altresì alterazione o occultamento di stato), 583 *bis*, 600-602 *bis* (mutilazione di organi genitali femminili, riduzione in schiavitù, tratta di persone, acquisto o vendita di schiavi), 609 *bis* -609-nonies (violenza sessuale, atti sessuali con minorenne, corruzione di minorenne, violenza sessuale di gruppo), sempre che, nei congrui casi, la qualità di genitore sia elemento costitutivo e/o circostanza aggravante del reato. Ma sul punto dovremo tornare più dettagliatamente, essendo diverse le conseguenze ad essi riconnesse.

Quanto alle mutilazioni genitali, l’art. 583 *bis* ⁴ c.p. per la verità parla di «decadenza dall’esercizio della potestà», ma non credo che in questo caso all’impiego di detta espressione debba riconnettersi un significato tecnico tale da differenziarlo dalle altre disposizioni.

³⁶ E ciò, vuoi per l’espresso richiamo all’art. 330 (nell’art. 463, n. 3 *bis*, c.c.), vuoi per il riferimento alla «pronuncia di decadenza» nell’art. 448 *bis*.

del minore (che sia vittima o persona offesa dal reato), tanto che alcuni ritengono che essa, nei casi più gravi, si estenda a tutti i figli³⁷.

Non si tratta di aspetto marginale perché, proprio facendo leva su tale profilo, la Corte costituzionale ha di recente dichiarato l'illegittimità dell'art. 569 c.p. nella parte in cui stabilisce che, in caso di condanna del genitore per i delitti di alterazione o di soppressione stato (artt. 567² e 566² c.p.), consegua di diritto la perdita della potestà³⁸, così precludendo al giudice la valutazione dell'interesse del minore nel caso concreto³⁹.

Tralasciando qui la questione della congruità delle motivazioni di tali sentenze⁴⁰, rimane il problema dell'ambito di applicazione dell'art. 448 *bis*; ma in proposito non può avere rilevanza decisiva la formulazione letterale⁴¹. Deve valere invece il rilievo che il legislatore, escludendo le ipotesi di indegnità, ha mostrato consapevolezza dell'esistenza di tale istituto e ha voluto 'coprire' l'area non presidiata da tali figure⁴². Appare affidante così la conclusione che, in ordine ai diritti successori, esclusi i casi di decadenza 'civile' –

³⁷ Sulla questione, ma con diversi orientamenti sul punto, mi limito qui a rinviare a G. BONILINI, *Manuale di diritto famiglia*⁵, Torino 2010, p. 287, e ad A. BUCCIANTE, *La potestà dei genitori, la tutela e l'emancipazione*, in *Trattato Rescigno*², IV, 3, Torino 1997, p. 662. Quel che è sicuro è che essa riguarderà tutti i figli in caso di condanna all'ergastolo.

³⁸ V., rispettivamente, le sentenze 15 febbraio 2012 n. 31, in *Giust. cost.* 2012, p. 364 (con nota critica di M. MANTOVANI, *La Corte costituzionale fra soluzioni condivise e percorsi ermeneutici eterodossi*), e 23 gennaio 2013 n. 7, ove specifici riferimenti alle norme di diritto comunitario e internazionale.

³⁹ La norma censurata cioè, statuendo la perdita della potestà sulla base di un mero automatismo, ignora l'interesse del figlio e perciò contrasta con consolidati principi di diritto interno e sovranazionale e viola poi il principio di ragionevolezza e il dettato dell'art. 3 Cost.

⁴⁰ Sul punto rinvio a M. PARADISO, *op. loc. cit.*

⁴¹ Se proprio si vuole dar credito al tenore letterale, vero è che la decadenza segue di diritto alla condanna, e tuttavia anche le pene accessorie e gli effetti penali devono essere *dichiarati* in sentenza e, ove via sia stata omissione, vi provvede il giudice dell'esecuzione a norma degli artt. 662 e 667 c.p.p.; sì che anche in tali ipotesi può ritenersi presente l'estremo formale della "pronuncia".

⁴² Si aggiunga infine un richiamo all'elementare criterio interpretativo che impone, per quanto possibile, di attribuire ai testi di legge un qualche significato normativo: considerato infatti che chi è decaduto dalla potestà è già indegno di succedere, la limitazione dell'art. 448 *bis* alle sole ipotesi di testuale "pronuncia di decadenza" toglierebbe ogni ambito alla sancita esclusione dalla successione.

che importano piuttosto indegnità a succedere – verranno in considerazione i casi di perdita della potestà contemplati dal codice penale.

Peraltro, occorre tener conto che alcune delle disposizioni penali ricordate, accanto alla decadenza dalla potestà, già comminano espressamente (privazione degli alimenti e) perdita dei diritti successori⁴³. Tenuto conto allora del complesso di tali disposizioni, per l'art. 448 *bis* rileveranno solo i casi in cui le norme penali richiamate già non sanciscono la perdita di tali

⁴³ Con riguardo in particolare al sistema penalistico, il concitato succedersi di interventi legislativi e una forse insufficiente opera di coordinamento interno delle disposizioni – l'ultimo provvedimento intervenuto in materia è la legge 1 ottobre 2012 n. 172 – ha comportato qualche singolare conseguenza.

Così, perdita della potestà, degli alimenti e dei diritti successori conseguono quando la qualità di genitore costituisca circostanza aggravante del reato di istigazione a pratiche di pedofilia e di pedopornografia nonché per alcuni delitti contro la personalità individuale: riduzione in schiavitù, prostituzione e pornografia minorile, tratta di persone, acquisto e vendita di schiavi (artt. 600, 600 *bis*¹, 600-ter, 601, 602 c.p.).

Perdita della potestà non consegue invece per i delitti di detenzione di materiale pornografico e di pornografia 'virtuale' che ritraggano minorenni, turismo sessuale e accattonaggio (artt. 600-quater, 600-quater.1, 600-quinquies e 600-octies c.p.), che pure importano perdita di alimenti e di diritti successori (e sono perciò anch'essi esclusi, a tale stregua, dall'ambito della norma in commento).

Quanto ai delitti contro la libertà sessuale, la violenza sessuale, la corruzione di minorenni, la violenza di gruppo (previsti dagli artt. 609 *bis*, 609-quinquies, 609-octies c.p.) comportano tutti perdita sia della potestà sia degli alimenti e dei diritti successori per effetto di quanto disposto dagli artt. 609-ter, 609-quinquies³ e 609-octies³, che prevedono la qualità di genitore o di ascendente come circostanza aggravante dei delitti.

Quanto all'incesto, la qualità di genitore o di ascendente, quando sia stato consenziente il rapporto col minore, è già elemento costitutivo del reato qualificato come atti sessuali con minorenne (cfr. art. 609-quater), sì che, oltre alla perdita della potestà comunque prevista per il delitto d'incesto (ove ne segua pubblico scandalo), si aggiungono gli effetti penali sanciti per il reato in parola. Il genitore-nonno, perciò, se pure fosse autorizzato al riconoscimento, sarebbe comunque privo sia dei diritti alimentari, sia dei diritti successori a norma degli artt. 609-quater e 609-nonies c.p.

Sul complesso coordinamento delle disposizioni penali con la disciplina del diritto di famiglia, ma prima della novella del 2012, si v. il IV vol. del *Trattato Zatti, Diritto penale della famiglia*² (a cura di S. Riondato), Milano 2011, e, per una dettagliata trattazione della complessa normativa introdotta da tale novella, A. PECCIOLI, *La riforma dei reati di prostituzione minorile e pedopornografia*, in *Dir. pen. e processo* 2013, p. 140 ss., e A. VALLINI, *Nuove norme di salvaguardia del minore, della sua libertà (integrata) sessuale e del minore nella "famiglia"*, *ibidem*, p. 151 ss.

diritti: perdita che, al pari delle decadenze comminate a norma del codice civile, comporta piuttosto indegnità a succedere *ex lege*. In concreto perciò, per l'art. 448 *bis* verranno in considerazione solo due ipotesi: condanna all'ergastolo e mutilazione degli organi genitali femminili.

8. — *L'esclusione dalla successione come (clausola testamentaria di) diseredazione.*

La disposizione, a dirla tutta, si presterebbe a numerose altre considerazioni, in particolare in ordine al tempo in cui è intervenuta la decadenza e in ordine alle ragioni per cui una eventuale reintegrazione nella potestà si sia data ovvero sia mancata⁴⁴. Ma credo sia il caso di avviarsi alla conclusione dedicando qualche attenzione alla sancita facoltà di esclusione dalla successione che, conferendo al legittimato un potere di incidere sulla sfera giuridica altrui e privandolo di un diritto che gli compete per legge, si configura come diritto potestativo⁴⁵. Rinviando per il momento l'esame della "forma" in cui può esercitarsi detta facoltà, vorrei analizzare subito la condizione del genitore che venga privato dei diritti successori, mettendola a raffronto con la figura che naturalmente le si avvicina: l'indegnità a succedere.

Scarso affidamento, naturalmente, può farsi sulla ricorrenza dello stesso termine — «escludere», «esclusione» — nelle disposizioni richiamate, del codice civile e del codice penale. Più affidante sembrerebbe invece la considerazione che tutte tali disposizioni possono ricondursi a una analoga valutazione di fondo: la ripugnanza ad ammettere alla successione chi si sia macchiato di gravi colpe nei confronti dell'ereditando⁴⁶.

Non sembra appropriato tuttavia configurare le ipotesi che ricadono nell'art. 448 *bis* come vera e propria indegnità: la ripugnanza di cui s'è detto

⁴⁴ Sul punto sia consentito un rinvio a M. PARADISO, *op. ult. cit.*, p. 129 ss.

⁴⁵ Sui diritti potestativi basti qui rinviare a C.M. BIANCA, *Diritto civile*, VI, Milano 1999, p. 35 ss., e ai classici studi di SANTI ROMANO, *Poteri, potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano 1953, p. 172 ss., e di B. CARPINO, *L'acquisto coattivo dei diritti reali*, Napoli 1977, spec. p. 71 ss.; più di recente, Id., voce *Diritti potestativi*, in *Enc. giur. Treccani*, XI, 1988.

⁴⁶ Cass. 3 luglio 1974 n. 1997, in *Foro it.* 1974, I, c. 2291.

è eminentemente sociale, tanto che, nella previsione legislativa, l'offeso può solo riabilitare l'offensore⁴⁷. Può rinvenirsi piuttosto una *analogia funzionale* tra le due forme di esclusione dalla successione che può risultare preziosa per la ricostruzione della disciplina⁴⁸.

Decisivo, per la qualificazione dell'esclusione in discorso, mi sembra il fatto che essa, a differenza delle 'analoghe' ipotesi di indegnità, diviene operante solo a seguito di una specifica determinazione del soggetto legittimato, cui deve riconoscersi carattere negoziale⁴⁹.

Di grande rilievo è poi il fatto che è la prima volta che viene prevista una tale facoltà nei confronti di un legittimario: la previsione così si colloca nella scia di un autorevole insegnamento che ha criticato la rigidità del sistema codicistico sia in ordine alla successione necessaria, sia con riguardo alle cause di indegnità, suggerendo di ampliare il catalogo di queste e di rimeditare su (soggetti e quote di) quella, conferendo maggiore spazio all'autonomia testamentaria⁵⁰. Qui tali profili generali non possono essere neppure sfiorati, ma credo che, sia pure per casi in concreto marginali, si sia dato ingresso nel sistema alla (facoltà di) *diseredazione*⁵¹.

È noto al riguardo che l'ormai risalente divieto ha perduto progressivamente forza – rispondendo sempre meno alle esigenze dell'odierno assetto

⁴⁷ Cfr. A. NATALE, *L'indegnità a succedere*, in *Trattato delle successioni e delle donazioni* (diretto da G. Bonilini), I, Milano 2009, p. 938, e, per il fondamento oggettivo dell'indegnità a succedere, G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario*, cit., p. 43.

⁴⁸ Parla di assonanze tra diseredazione e indegnità, G. BONILINI, *Disposizione di diseredazione accompagnata da disposizione modale*, in *Fam. pers. succ.* 2007, p. 718.

⁴⁹ Per la natura negoziale dell'atto di esercizio del diritto potestativo, per tutti, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, VI, cit., p. 36.

⁵⁰ Si v., in particolare, A. PALAZZO, *Testamento e istituti alternativi*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da G. Alpa e S. Patti, Padova 2008, p. 452 ss.; M. COMPORTI, *Riflessioni in tema di autonomia testamentaria, tutela dei legittimari, indegnità a succedere e diseredazione*, in *Famiglia*, 2003, I, p. 27 ss., e spec. 42 ss.; G. BONILINI, *Sulla proposta di novellazione delle norme relative alla successione necessaria*, in *Fam. pers. succ.* 2007, p. 581 ss.

⁵¹ In materia può darsi solo qualche indicazione tra le opere più rilevanti: M. BIN, *La diseredazione. Contributo allo studio del contenuto del testamento*, Torino 1966; D. RUSSO, *La diseredazione*, Torino 1998; V. BARBA, *La disposizione testamentaria di diseredazione*, in *Fam. pers. succ.* 2012, p. 767 ss.; L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Successione legittima*, cit., p. 21 ss.;

economico⁵² – ed è stato poi superato dalla recente giurisprudenza⁵³, con riguardo, ovviamente, ai soli eredi legittimi⁵⁴. Deve allora prendersi atto che se n'è introdotta una per via legislativa con riguardo a ipotesi che possono qualificarsi come “diseredazione per giusta causa”, conforme alla disciplina vigente in quasi tutti i paesi occidentali⁵⁵.

Non avrei dubbi sul fatto che la disposta esclusione vada qualificata come atto di ultima volontà⁵⁶, che potrà assumersi soltanto in un atto che abbia la “forma” di testamento e come tale soggetto alla relativa disciplina in ordine a capacità, revocabilità, efficacia e così via. Ne va sottolineato altresì il carattere di atto personalissimo⁵⁷, che ben si armonizza sia con la caratteristiche proprie del testamento, sia con la specifica natura della “giusta causa” che ne costituisce il presupposto, avuto anche riguardo alla delicatezza della ‘motivazione’ sottostante.

⁵² M. COMPORI, *Riflessioni in tema di autonomia testamentaria*, cit., p. 27.

⁵³ Cass. 25 maggio 2012 n. 8352, in *Fam. pers. succ.* 2012, p. 764, con vasto commento di V. BARBA, cit.; in *Riv. not.* 2012, p. 51, con nota di commento di M. IEVA. V. inoltre, per una attenta esposizione degli orientamenti dottrinali e dell'evoluzione giurisprudenziale in materia, G. BELLAVIA, *La Cassazione ammette la clausola di diseredazione esplicita meramente negativa*, in *Fam. e dir.* 2013, p. 149 ss. Per la giurisprudenza di merito, Trib. Catania 28 marzo 2000, in *Famila*, 2001, II, p. 1210, con commento di C. GRASSI; App. Genova 16 giugno 2000, in *Giur. mer.* 2001, p. 937.

⁵⁴ Quanto al nostro ordinamento, e alle indicazioni ricavabili dalla disciplina del testamento, v. in particolare V. CUFFARO, *Il testamento in generale: caratteri e contenuto*, in *Trattato delle successioni*² (dir. da P. Rescigno e coordin. da M. Ieva), I, Torino 2010, p. 817 ss. Sui precedenti romanistici, di segno radicalmente diverso, G. AZZARITI, *Diseredazione ed esclusione di eredi*, cit., p. 1189 ss.

⁵⁵ Di particolare interesse sul punto il vasto panorama comparativo tracciato da M. COMPORI, *Riflessioni in tema di autonomia testamentaria*, cit., p. 30 ss.

⁵⁶ Per tale carattere, D. RUSSO, *La diseredazione*, cit., 167 ss., che vi riconosce un negozio testamentario atipico, e V. PORRELLO, *La clausola di diseredazione*, in *Dir. fam. pers.* 2008, p. 980 ss. Risalente è comunque l'inquadramento della diseredazione tra le “disposizioni penali” del testamento (fra gli altri, G. AZZARITI, *Diseredazione ed esclusione di eredi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1968, p. 1183; E. MOSCATI, voce *Pena (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, p. 770), cui altra dottrina riconduce poi numerose altre clausole: M. ANDREOLI, *Le disposizioni testamentarie a titolo di pena*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1949, p. 331 ss. Per l'inquadramento tra le pene private dell'indegnità sancita per la decadenza dalla potestà, in particolare, G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario*, cit., p. 43.

⁵⁷ Per tale carattere, D. RUSSO, *La diseredazione*, cit., p. 190.

Quanto agli effetti della disposta diseredazione, pur escluso che si tratti di indegnità, il diseredato non è soltanto privato del diritto di acquistare l'eredità: piuttosto sembrerebbe escluso dal novero stesso dei successibili⁵⁸, tanto da accostare la sua condizione a quella dell'incapace a succedere⁵⁹. A me sembra peraltro che l'*analogia soltanto funzionale* tra l'indegnità e l'esclusione in discorso, se non consente di equiparare le due condizioni, tanto meno potrebbe ammettere la comminazione di una incapacità su iniziativa di parte, libera poi di revocarla e di irrogarla di nuovo. È il caso allora di far leva anzitutto su un autorevole insegnamento, a tenore del quale va escluso che la diseredazione comporti eliminazione della designazione o vocazione legale⁶⁰, operando piuttosto sulla *delazione* dell'eredità, che viene in concreto impedita⁶¹. In secondo luogo, è da ritenere decisiva la scelta legislativa che accomuna nella condizione di chi "non può o non vuole accettare l'eredità" sia l'istituto premorto – che a rigor di termini è incapace rispetto al *de cuius* – sia chi è indegno di succedere o rifiuta l'eredità, chiamando a operare gli istituti della delazione successiva. Escluse ovviamente sostituzione e rappresentazione⁶², opereranno perciò accrescimento e, di massima, successione legittima⁶³.

⁵⁸ Pertanto, pur nel caso in cui egli venga a morire prima di aver, in ipotesi, manifestato una qualsiasi volontà, l'eredità non potrebbe devolversi ai suoi eredi.

⁵⁹ G. B.FERRI, *Se debba riconoscersi efficacia a una volontà testamentaria di diseredazione*, in *Foro pad.* 1955, I, 54. Ma per l'esclusione che la diseredazione costituisca una forma di incapacità a succedere, fra gli altri, M. MORETTI, *La diseredazione*, in *Trattato delle successioni e delle donazioni* (diretto da G. Bonilini), II, Milano 2009, p. 271, e D. RUSSO, *La diseredazione*, cit., p. 178 ss., spec. 182 ss.

⁶⁰ A. CICU, *Successioni per causa di morte*, Milano 1961, p. 47 s. In giurisprudenza, App. Firenze 9 settembre 1954, cit., p. 56; analogamente, vi ravvisa un «mero ostacolo... che priva di possibile efficacia» la delazione, Cass. 23 novembre 1982 n. 6339, in *Foro it.* 1983, I, c. 1656, in motivazione.

⁶¹ M. BIN, *La diseredazione*, cit., 272 s.; D. RUSSO, *La diseredazione*, cit., p. 188.

⁶² In tal caso, inverò, ne mancano i presupposti; ma già in termini generali è discussa la stessa operatività della rappresentazione: C. SAGGIO, *Diseredazione e rappresentazione*, in *Vita not.* 1983, p. 1791; G. BONILINI, *Disposizione di diseredazione*, cit., p. 719 ss., ove altri riferimenti.

⁶³ Tanto deve dirsi, peraltro, ove il disponente si sia limitato a escludere il genitore; quando viceversa vi siano state altre disposizioni dovrà farsi luogo alla successione testamentaria: L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Successione legittima*, cit., p. 25. Così, se il

Ove poi sia stata disposta una esclusione solo parziale, ovvero un lascito a titolo di eredità o di legato, atteso che già in caso di indegnità è prevista la cd. “riabilitazione parziale” (art. 466² c.c.) deve parimenti ritenersi consentita tale possibilità nel caso di specie⁶⁴.

La diseredazione così mutua in parte la propria disciplina da quella dell’indegnità, ma rimane naturalmente almeno una differenza: si dice comunemente che la riabilitazione vera e propria è irrevocabile, e giustamente, perché il perdono non si ritira. Per contro, la configurazione del caso di specie come diseredazione rende sempre revocabile la clausola testamentaria che la dispone o la modifica⁶⁵.

figlio, escluso il genitore, ha nominato la madre e il fratello eredi in parti uguali, ove la madre rinunci all’eredità la sua quota si accrescerà al fratello e non andrà invece agli eventuali ascendenti.

⁶⁴ La configurazione come figura diversa dall’indegnità, peraltro, esclude una applicazione diretta dell’art. 466, e il caso di un lascito testamentario solleva il dubbio se esso sia da intendere come parziale diseredazione ovvero come lascito puro e semplice, che implicitamente declina la facoltà di diseredazione.

⁶⁵ Cfr. M. BIN, *La diseredazione*, cit., p. 256.

ROBERTO DANTE COGLIANDRO*

DIRITTI SUCCESSORI E COMMUTAZIONE

Da una lettura superficiale della normativa in materia di commutazione, antecedentemente alla recente riforma di cui alla l. 219/2012¹, ed alla luce dei parametri costituzionali, si può ritenere, in accordo con parte della dottrina che ha analizzato il problema, che l'impostazione successoria dei figli legittimi e naturali, ed in particolare il diritto di commutazione, siano in potenziale antitesi con i principi fondamentali della nostra Carta Costituzionale. Il legislatore della riforma ha voluto eliminare, in un'ottica di parificazione degli status, la differenza da sempre esistente all'interno della disciplina codicistica, ovvero la distinzione tra figli naturali e figli legittimi. Come noto, la pressoché totale equiparazione tra le dette categorie, operata secondo un progressivo percorso culminato con la l. 151/1975 (cd. novella del diritto di famiglia), soffriva in realtà di alcune eccezioni, prima tra tutte, quella rinvenibile nell'art. 537, comma 3, c.c.

L'unicità dello stato di figlio è difficile da calare nella realtà normativa. Sicuramente il riferimento del legislatore del 2012 deve tenere conto di una realtà mutata, ma che continua ad essere molto fedele al dato costituzionale dell'art. 30, poiché nei lavori preparatori emerse l'esigenza primaria di apportare degli interventi sociali e giuridici di tecnica di supplenza rispetto allo squilibrio dello status fino ad allora vigente²

Ed emerge, a questo proposito, il problema di coordinamento tra le disposizioni in materia civilistica sulla filiazione, almeno nella veste fino ad oggi conosciuta, ed il disposto di cui all'art. 30 Cost.

* Notaio; Collegio Notarile di Perugia.

¹ Sulla recentissima legge di riforma, si vedano, su tutti, R. ROSSI, *Filiazione, cosa cambia*, in *Il civilista*, vol. III, Milano, 2012; F. BOCCHINI, *Diritto di famiglia: le grandi questioni*, Torino, 2013, p. 267.

² Per un'ampia, quanto esaustiva, trattazione dei principi generali all'art. 30 Cost., si veda, su tutti, L. C. PLACCI, *Guida ragionata alla Costituzione Italiana*, Bologna, 2010, p. 58 ss.

In tale normativa, infatti, si fa un implicito rinvio al legislatore ordinario, perché questi stabilisca i riferimenti tecnici e applicativi relativi al precetto ivi contenuto. Ma come puntualizzava nella precedente relazione il prof. Paradiso, c'è «pigrizia» del legislatore ordinario nel disciplinare la materia, anche in attuazione del precetto costituzionale, che non ha provveduto a disciplinare autonomamente quanto oggetto di riforma, preferendo, di converso, rimettersi all'Esecutivo al fine del generale e dettagliato riassetto della tematica della filiazione, nonché allo scopo di vagliare gli elementi di incompatibilità tra la nuova e la vecchia normativa.

Come ulteriormente evidenziava l'avv. Bernardini De Pace, nella sua relazione di ieri, il difetto di coordinamento ha portato a «strafalcioni» a livello dottrinario e giurisprudenziale.

Ed a questo proposito, si noti infatti come la giurisprudenza post riforma, in alcune decisioni, ha posto una persistente, forse inconscia, differenziazione tra figli naturali e figli legittimi, evidenziando in tal modo una grossa difficoltà nell'interpretazione della normativa, stante anche la mancanza di norme di raccordo con la previgente disciplina.

La volontà di parificazione dei figli naturali a quelli legittimi, nella normativa di riforma, non si rinviene più. Non v'è più, in altri termini, quell'esigenza di eliminazione delle differenze esistenti tra le due *species* giuridiche del *genus* «figlio», dal momento che ad ora vi sono solo soggetti genericamente qualificabili, e qualificati, come «figli», senza alcun altro aggettivo atto a manifestare le varie sottocategorie di questo termine.

Sul presupposto che questa esigenza di parificazione non esiste più, in quanto eliminata in radice, si pone però un tempo di attesa, vale a dire quello relativo alla tempistica di emanazione dei cd. Decreti Delegati da parte del Governo³

Dal punto di vista successorio è innegabile che la normativa in esame abbia risvolti, sia pure incidentali. Ma sarebbe un grave errore pensare che la tematica successoria abbia trovato un automatico assetto di interessi, a seguito della riforma attuata per mezzo della l. 219/2012 citata, dal momen-

³ In particolare, relativamente alla tematica della necessità dell'emanazione dei successivi Decreti Delegati da parte dell'Esecutivo, si v. M. PIVETTI, *L'equiparazione dei figli aspetta i decreti attuativi*, consultabile sul sito internet www.ilsole24ore.com.

to che si pone come strettamente necessario ed urgente, un intervento del legislatore anche in *subiecta materia*.

Dal punto di vista giurisprudenziale, la Corte Costituzionale⁴, riprendendo l'analisi del comma 3 dell'art. 30, Cost., ha più volte affermato che la scelta del legislatore in relazione al diritto di commutazione, non contraddice né contrasta alcun principio fondamentale della Carta Fondamentale, giacché la normativa appare bilanciare i diritti dei figli legittimi con quelli dei figli naturali.

In altri termini, la Corte, respingendo la questione di legittimità costituzionale relativa alla citata norma, aveva improntato in quell'ottica di contestualizzazione che la differenza non c'è, che è semplicemente di carattere terminologico e il legislatore ordinario ha trovato delle soluzioni dal momento che il figlio naturale ha, semplicemente, delle caratteristiche diverse, e non è «di serie B»⁵.

⁴ La Corte Costituzionale, con Sentenza 18 dicembre 2009, n. 335, ha infatti respinto la questione di legittimità costituzionale dell'art. 537 comma 3 c.c., per potenziale contrasto con l'art. 30 comma 3 Cost., e nel farlo, ha sostanzialmente accolto quello che era l'orientamento già prevalente secondo la più autorevole dottrina, la quale riconosceva la piena conformità della previsione del diritto di commutazione alle prescrizioni Costituzionali, pur auspicandone il superamento, sul presupposto della tendenziale negatività che lo caratterizzava, dovuta all'atteggiamento di sfavore cui si guardava alla filiazione naturale non matrimoniale, e del *favor* per quella legittima. In altri termini, se la completa equiparazione nel *quantum* dei diritti successori dei figli legittimi e naturali, stabilita dai primi due commi dell'art. 537 c.c. viene a concretizzare il principio di necessaria eguaglianza delle posizioni dei figli nel rapporto con i genitori, la scelta di conservare in capo ai figli legittimi la possibilità di richiedere la commutazione – condizionata dalla previsione della facoltà di opposizione da parte del figlio naturale e della valutazione delle specifiche circostanze posta a base della decisione del giudice – non contraddice la menzionata aspirazione alla tendenziale parificazione dei figli naturali, giacché tali ulteriori componenti vengono ad essere qualificati come elementi riequilibratori, che non lasciano apparire come deteriore la posizione dei figli naturali rispetto a quelli legittimi. È infatti proprio la presenza dell'intervento giudiziale, seppur potenziale, a rappresentare – per la Corte – l'elemento che lascia parlare in termini di compatibilità con l'art. 30 Costituzionale del diritto di commutazione. Per un approfondimento, anche dottrinario, su questo potenziale contrasto normativo, si v. G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 2007, II, p. 458, nota 976.

⁵ In relazione alla filiazione naturale, per una panoramica completa, si v. A. PALAZZO, *La filiazione*, Milano, 2007, passim.; E. FALLETTI, *La filiazione, questioni sostanziali, processuali ed internazionali nell'analisi della giurisprudenza*, Matelica, 2007, p. 203 ss.; B. LENA, *La filiazione*

Ed infatti, la Consulta, nel 2010 ha altresì stabilito che il giudice, quale interprete del diritto, è tenuto a dare un orientamento costituzionalmente orientato rispetto alla richiesta di commutazione. In altri termini, anche se non v'è contrasto tra le predette normative, è sempre alla luce del dettato Costituzionale che l'interprete (e nella fattispecie, in particolare, il giudice) deve parametrare il proprio operato, al fine di garantire la corretta applicazione della legge, alla luce dei principi inderogabili, scritti e non, formanti la base solida del nostro sistema legislativo.

L'ottica del legislatore del 1942 fa sì che i figli legittimi possano conservare, quindi, il patrimonio di famiglia, evitando che possa farvi parte un soggetto, per così dire, 'estraneo'; tuttavia, da alcuni approfondimenti effettuati, emerge come l'utilizzo sia stato, in passato, per lo più utilitaristico, secondo un'ottica che trascende, indi, la tutela della famiglia, e che invece mira al quasi esclusivo soddisfacimento di interessi egoistici.

La commutazione⁶, come evidente, è istituto antico, che permette, si ripete - in un'ottica di mantenimento dell'unità familiare e patrimoniale, a tutela del cd. focolare familiare - la possibile sostituzione della quota ereditaria della (originariamente detta) prole naturale, mediante corresponsione da parte dei figli legittimi (se tale distinzione è ancora dato fare) di beni immobili o denaro, a mezzo di una scelta da parte dei medesimo, con contestuale tacitazione di ogni loro diritto successorio e conseguente estromissione della comunione ereditaria.

naturale, in *Il nuovo diritto di famiglia*, diretto da G. Ferrando, cit., III, p. 329 ss.; P. UBALDI - M. DI NARDO, *La filiazione naturale*, in *Tratt. di dir. di fam.*, a cura di P. ZATTI, cit., II, p. 282 ss.; T. AULETTA, *La Filiazione*, in *Diritto di famiglia*, Torino, 2011, p. 323 ss.

⁶ Sulla quale, v. ampiamente, su tutti, L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. parte speciale. Successione legittima*, in *Tratt. Dir. Civ. e Comm.*, a cura di A. CICU, F. MESSINEO, Milano, 1999, p. 74 ss.; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 2007, II, p. 458 ss., nota 976; A. PALAZZO, *Le successioni*, Milano, 2000, p. 475 ss.; A. CICU, *Successione legittima e dei legittimari*, Milano, 1947, II ed., p. 77; M. CANNIZZO, *Principi generali sui legittimari*, II, in *Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di P. Cendon, Torino, 2000, p. 33. Inoltre, per un'approfondita e brillante trattazione, non solo della tematica in esame, ma di tutti i profili relativi alla successione dei cd. legittimari, si v. anche A. PALAZZO, A. SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successorii*, Torino, 2012, p. 422 ss.

Su questa tematica, per i primi commentatori *post* riforma⁷, e sul presupposto della completa caducazione delle differenze sinora esistenti tra figli naturali e legittimi, si sono dimostrati dubbi sulla ammissibilità di una abrogazione tacita dell'istituto.

Sicuramente da una lettura dell'art. 537, comma 3, c.c., in coordinamento con la normativa di riforma, potrebbe, se del caso, anche desumersi l'eventuale abrogazione implicita di un istituto 'storico' nel nostro ordinamento, quale la commutazione. Ma se, per contro, la lettura dell'art. 537 c.c., viene fatto in commisurazione ad un intento programmatico del legislatore, in attesa tra l'altro dei cd. Decreti Delegati, ed in un intento parificatore dei diritti dei figli naturali e legittimi, vi sarebbero molti dubbi in relazione all'avvenuta abrogazione (ancorché tacita) della commutazione, atteso che verrebbe in tal modo lasciato un vuoto normativo non colmabile dalla sola avvenuta parificazione della prole, ponendosi invero la ulteriore necessità di fornire all'interprete una disciplina positiva, atta ad una completa rivisitazione della materia, anche alla luce dei principi costituzionali vigenti.

La l. 219/2012, ha dato e fornito linee guida rispetto all'intervento che le leggi attuative daranno in futuro. Parlare in termini di «diritto sterilizzato», con riferimento all'art. 537 comma 3 c.c., sarebbe una palese forzatura, attualmente.

In altre parole, al fine di ritenere abrogato un istituto di importanza rilevante, anche storica, come la commutazione, si dovrà necessariamente attendere l'intervento dell'Esecutivo, che dovrà legiferare apportando, se del caso, gli opportuni mutamenti, abrogazioni ed adattamenti alle attuali disposizioni insite nel codice civile.

Allo stato, tuttavia, pur prendendo atto che a seguito della riforma della filiazione, la ratio di esistenza dell'istituto della commutazione appare pri-

⁷ In relazione ad una prima analisi 'a caldo' dei risvolti pratici apportati nel nostro ordinamento dalla l. 219/2012, in specifico riferimento al tema della commutazione, si v. M. SCALISI, *Considerazioni sulla riforma delle norme in materia di filiazione*, Studio Civilistico 113/2013/C, approvato dalla Commissione Studi Civilistici del CNN, in data 23 maggio 2013, nonché M. CARIELLO, *Figli naturali, successione e commutazione*, consultabile sul sito www.personaedanno.it. Inoltre, per un'esauritiva panoramica degli effetti della riforma sui rapporti familiari, personali e patrimoniali, v. M. SESTA, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Famiglia, Persone e Successioni*, 2013, p. 231 ss.

vata di ogni senso logico, non è tuttavia dato arbitrariamente di concludere nel senso di una avvenuta abrogazione dell'art. 537, comma 3, c.c., almeno fino all'intervento del Legislatore Delegato.

Da un punto di vista prettamente dogmatico, poi, in stretto riferimento al diritto 'potestativo' di commutazione, va detto che esso, in tutte le sue peculiarità, è diritto che ha perso la sua unitarietà rispetto al passato, anche se la sua importanza risiede ancora saldamente nella volontà di garantire l'esigenza di conservazione dei beni nella posizione spettante al figlio naturale.

L'ultimo aspetto sul quale ci si sofferma, riguarda la forma e le modalità con cui il legislatore si è preoccupato di disciplinare le modalità di pubblicizzazione della commutazione. Ed infatti, strettamente legato alla commutazione, è il dibattito relativo alla sua trascrizione.

Le norme interessate, sotto questo profilo, sono, evidentemente l'art. 1350, n. 11, c.c., nonché la norma dettata in materia di trascrizione delle divisioni, di cui all'art. 2646 c.c., ed il problema si pone in relazione al momento nel quale si debba pubblicizzare la commutazione. Se al momento della scelta, oppure a quello dell'opposizione dinanzi al giudice.

A seguito di un lungo dibattito, la soluzione attualmente fornita dalla dottrina, praticamente unanime, è nel senso di ritenere la commutazione trascrivibile secondo le norme in tema di divisione. In altri termini, nel disposto di cui all'art. 2646 c.c. rientrerebbe – intendendo la norma in senso ampio – anche l'ipotesi di commutazione. Ed infatti, a ben vedere, la ratio propria del suddetto istituto è proprio quella di tacitare la quota ereditaria dei figli naturali, a mezzo di beni immobili o denaro, ad uno specifico e mirato fine: quello di escluderli dalla comunione ereditaria.

Ed è evidente, pertanto che, anche a volersi parlare in termini di 'stralcio divisionale', o di divisione soggettivamente parziale, è innegabile e fuor di dubbio che un elemento divisorio, comunque sussiste.

Su questo presupposto, non si può che convenire con la dottrina⁸ (esi-

⁸ Su tutti, F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare, subart. 2646*, Milano, 1991, p. 25 ss.; G. BONILINI, *La successione legittima*, in *Tratt. Dir. Succ. e Don.*, Milano, 2009, p. 304; A. TULLIO, *La successione necessaria*, in *Successioni e Donazioni*, dir. da G. Bonilini, Torino, 2012, p. 164; L. BALESTRA, *Successioni legittime e testamentarie: art. 456 – 712*, in *Comm. Cod. Civ.*, a cura di P. Cendon, Milano, 2009, p. 566; M. IEVA, *Successione necessaria*, in *Diritto Civile*, diretto da N. Li-

gua, in verità, anche se unanime), che non ha mancato di analizzare il punto in questione: la trascrizione del diritto di commutazione, ove esercitato, va fatta secondo le norme sulla divisione (art. 2646 c.c.) al momento della dichiarazione potestativa dei figli legittimi, che produce effetti reali, ed indi, il trasferimento immediato dei beni, essendo invece priva di rilevanza una ipotetica, successiva trascrizione al momento dell'opposizione giudiziale, che riveste carattere del tutto eventuale, e che pertanto può mancare. Ove manchi, e ove si ritenga di dover trascrivere solo in detto momento, è evidente che l'esercizio del diritto di commutazione rischierebbe di mancare *in toto* di pubblicità.

pari e P. Rescigno, vol. II, Milano, 2009, p. 60 ss.; C. CERRAI, *La successione ereditaria, la divisione dei beni, e le donazioni*, Bologna, 216;

PARTE QUINTA
RESPONSABILITÀ GENITORIALE E TUTELE

FRANCESCO SCAGLIONE*

ASCOLTO, CAPACITÀ E LEGITTIMAZIONE DEL MINORE

SOMMARIO: 1. Diritto del minore ad essere ascoltato dall'autorità giudiziaria. — 2. Presunzioni legali relative di capacità di discernimento del minore. — 3. Capacità processuale del minore. — 4. Presunzione legale relativa di capacità di agire del minore e necessità educative.

1. — *Diritto del minore ad essere ascoltato dall'autorità giudiziaria.*

L'art. 315 *bis*, comma 3, c.c., introdotto ad opera della legge 10 dicembre 2012, n. 219, dispone che «Il figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici, e anche di età inferiore ove capace di discernimento, ha diritto ad essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano». Questa norma recepisce nel codice civile quanto già affermato dall'art. 12 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva in Italia con la legge 27 maggio 1991, n. 176.¹ Secondo il suddetto art. 12, infatti, «gli Stati parti garantiscono al fanciullo capace di discernimento il diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa, le opinioni del fanciullo essendo debitamente prese in considerazione, tenendo conto della sua età e del suo grado di maturità. A tal fine, si darà in particolare al fanciullo la possibilità di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria e amministrativa che lo concerne, sia direttamente, sia tramite un rappresentante o un organo appropriato». La «possibilità di essere ascoltato» deve essere riconosciuta al minore «in maniera compatibile con le regole di procedura della legislazione nazionale».

Il principio del diritto all'ascolto del minore capace di discernere è presente anche in altre fonti internazionali, tra cui vanno ricordate: A) la Convenzione

* Università degli Studi di Perugia.

¹ Sulla Convenzione di New York, v. M. R. SAULLE (a cura di), *La Convenzione dei diritti del minore e l'ordinamento italiano*, Napoli, 1994; M. SCARPATI, *I diritti dei bambini*, Modena, 2012, p. 59 ss., p. 105 ss.

dell'Aja del 28 maggio 1970, relativa al rimpatrio dei minori (ratificata con la l. 30 giugno 1975, n. 396), al cui art. 5 è previsto che «nessuna decisione su di una richiesta di rimpatrio dovrà essere presa prima che il minore sia stato sentito personalmente, se le sue facoltà di giudizio lo consentono, da un'autorità competente dello Stato richiesto»; B) la Convenzione di Lussemburgo del 20 maggio 1980, sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento dei minori e di ristabilimento dell'affidamento (art. 16, lettera a), e la Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980, sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori (art. 13, comma 2) entrambe ratificate con l. 15 gennaio 1994, n. 64 (di cui v. l'art. 7, comma 3); C) la Convenzione di Strasburgo sull'esercizio dei diritti dei minori del 25 gennaio 1996², ratificata con la l. 20 marzo 2003, n. 77, che garantisce al minore capace di discernimento il diritto di ricevere ogni informazione pertinente e di essere consultato ed esprimere la sua opinione, da prendere «in adeguata considerazione, su ogni questione che lo riguarda, anche nelle procedure giudiziarie o amministrative», nonché il diritto ad «essere informato delle eventuali conseguenze che tale opinione comporterebbe nella pratica e delle eventuali conseguenze di qualunque decisione» (art. 3); D) il Regolamento CE 2201/2003 del Consiglio del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, secondo cui le decisioni relative alla responsabilità genitoriale non sono riconosciute «se, salvo i casi di urgenza, la decisione è stata resa senza che il minore abbia avuto la possibilità di essere ascoltato, in violazione dei principi fondamentali di procedura dello Stato membro richiesto» (art. 23, lett. b); E) la Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997, sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, ratificata con la legge 28 marzo 2001, n. 145, secondo cui va preso in considerazione il parere del minore, per ogni intervento biomedico sul suo corpo, «come un fattore sempre più determinante, in funzione della sua età e del suo grado di maturità» (art. 6); F) la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo (che, ai sensi dell'art. 6, comma 1, del Trattato sull'Unione europea ha lo stesso valore giuridico dei Trattati), secondo cui i minori hanno il diritto di «esprimere liberamente la propria opinione», che va «presa in con-

² Cfr. G. CONTRI (a cura di), *Minori in giudizio. La Convenzione di Strasburgo*, Milano, 2012.

siderazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e della loro maturità» (art. 24, comma 1).³ Infine, bisogna ricordare la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, con sede a Strasburgo, che, ai sensi dell'art. 34 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) del 4 novembre 1950, assicura la tutela giurisdizionale dei diritti umani non solo tra gli Stati, ma anche ad ogni persona fisica, ogni organizzazione non governativa o gruppo di privati che prenda di essere vittima da parte degli Stati di una violazione di un diritto riconosciuto dalla Convenzione. La CEDU non si occupa espressamente dei minori, fatta eccezione per l'art. 2 del Protocollo addizionale alla Convenzione del 1952, che disciplina il diritto all'istruzione, considerando comunque i genitori e non i bambini soggetti titolari del diritto. Tuttavia, soprattutto negli ultimi anni, le sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo si sono occupate indirettamente della tutela e dell'ascolto dei minori attraverso l'applicazione degli artt. 6 ed 8 della CEDU, riguardanti, rispettivamente, il diritto ad un equo processo⁴ ed il diritto al rispetto della vita privata e familiare.⁵ In particolare, in

³ Nelle Spiegazioni alla Carta viene poi precisato che «Questo articolo si basa sulla Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, firmata il 20 novembre 1989 e ratificata da tutti gli Stati membri, e in particolare, sugli articoli 3, 9, 12 e 13 di detta Convenzione». Come si vede, l'impianto costituzionale europeo è allineato perfettamente all'attuale statuto internazionale dei diritti dei minori, mettendo in evidenza tanto il diritto all'ascolto quanto il diritto alla bigenitorialità del minore; ciò è testimoniato anche dagli atti di diritto derivato come il Regolamento CE n. 2201/2003, che mira a garantire «il pieno rispetto dei diritti fondamentali del bambino quali riconosciuti dall'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea» (considerando 33).

In argomento, v. O. PORCHIA, *Gli strumenti sovranazionali in materia di ascolto del minore*, in *Dir. umani e dir. internaz.*, 2012, p. 79 ss.

⁴ Il 17 novembre 2010 il Consiglio d'Europa ha emanato le *Linee guida sulla giustizia a misura di minore (child friendly)*, che nel preambolo fanno espresso riferimento come fonte ispiratrice alla giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'Uomo e affermano che i principi del giusto processo debbono applicarsi alle persone minori di età in ragione della specificità della loro situazione. Sull'argomento, v. M. G. RUO, *Giusto processo civile minorile e spazio giuridico europeo: indicazioni della Corte europea dei diritti dell'uomo e Linee guida del Consiglio d'Europa per una giustizia child friendly*, in *Dir. fam. pers.*, 2013, p. 297 ss.

⁵ Cfr. M. CATANZARITI, *I diritti su misura: la Corte Europea di Strasburgo e i minori*, in *Sociologia del diritto*, 2012, 97 ss.; M. G. RUO, «The best interest of the child» nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, in *Minorigiustizia*, n. 3/2011, p. 39 ss.

alcuni casi concernenti la violazione dell'art. 8 CEDU, la Corte si è impegnata ad accertare, in sede di verifica della correttezza del bilanciamento tra interessi confliggenti, se i giudizi nazionali, nel tutelare il minore e la sua opinione, avessero considerato adeguatamente l'interesse del genitore leso dall'adozione dei provvedimenti limitativi contestati.⁶ In tal modo, sono stati tutelati i diritti relazionali di natura familiare riconosciuti e garantiti dall'art. 8 CEDU.⁷ Inoltre, è stato sancito il diritto del minore di partecipare effettivamente al processo in cui è coinvolto, tenuto conto della sua particolare fragilità, applicando l'art. 6 CEDU.⁸

Orbene, nell'ordinamento interno la valenza del terzo comma dell'art. 315 *bis* c.c. risiede non già nella sua portata innovativa, quanto piuttosto nell'aver ribadito e reso ancor più esplicito nel nostro ordinamento – a più di vent'anni dalla ratifica della Convenzione di New York – un principio generale, quello del diritto del minore ad essere ascoltato, già peraltro ricavabile, in via di interpretazione dichiarativa-sistematica, da varie disposizioni particolari: l'art. 155 *sexies*, comma 1, c.c., in tema di affidamento dei figli in caso di separazione personale dei genitori; l'art. 250, comma 4, c.c., in tema di procedimento per valutare l'opportunità del riconoscimento del figlio infraquattordicenne da parte di un solo genitore, qualora l'altro geni-

⁶ Cfr., *ex plurimis*, Corte EDU, *E. c. Germania*, ricorso n. 25735/94, sentenza del 13 luglio 2000, par. 50-52; Corte EDU, *B c. Italia*, sentenza del 16 settembre 1999.

⁷ Cfr. Corte EDU, *W. c. Regno Unito*, sentenza dell'8 luglio 1987, Series A, n. 121 (1987). Il caso è il seguente: S., figlio del ricorrente, era stato posto in affido a lungo termine finalizzato all'adozione dall'assistenza sociale britannica, la quale riteneva l'ambiente familiare inadeguato ad una crescita sana del minore. Sia durante l'affido che dopo l'adozione fu impedito al ricorrente e alla moglie di avere contatti con il minore. Il padre quindi decise di ricorrere alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sulla base della considerazione che la decisione di porre in adozione il bambino era inappellabile e che, pertanto, violava l'art. 8 CEDU in ordine al mancato rispetto della vita familiare da interferenze illecite. La Corte stabilì, in proposito che «Where a child has been taken away from his parents and placed with alternative carers, he may in the course of time establish with them new bonds which it might not be in his interests to disturb or interrupt by reversing a previous decision to restrict or terminate parental access to him».

⁸ V., *ex plurimis*, Corte EDU, *T c. Regno Unito*, ricorso n. 24724/94, sentenza del 16 dicembre 1999, par. 80 ss.; Corte EDU, *T c. Regno Unito*, ricorso n. 60958/00, sentenza del 15 giugno 2004, par. 28.

tore che ha rifiutato il consenso proponga opposizione al ricorso giudiziale; l'art. 316, comma 5, c.c. e l'art. 317 *bis* c.c., in tema di esercizio della potestà genitoriale; l'art. 348, comma 3, c.c., in tema di scelta del tutore; l'art. 371, n. 1 c.c., in tema di provvedimenti circa l'educazione del minore sottoposto a tutela; gli artt. 4, 10, 15, 22, 25 e 45 della legge 4 maggio 1983, n. 184, in tema di ascolto del minore adottando.⁹

Tuttavia, il principio generale accolto nell'ordinamento italiano, a differenza di quanto sancito dalle Convenzioni internazionali, non subordina in ogni caso il riconoscimento del diritto del minore ad essere ascoltato alla *effettiva* rilevazione della sua capacità di discernimento, prescindendo dalla sua età anagrafica. Il preventivo accertamento della capacità di discernimento, infatti, è espressamente richiesto soltanto per l'ascolto del minore che non abbia ancora compiuto i dodici anni di età; ne deriva che già il minore di anni dodici è assistito da una *presunzione legale* di attitudine al discernimento. Si tratta di una presunzione *iuris tantum*, che è posta dal legislatore in ossequio al criterio pragmatico dell'*id quod plerumque accidit*, atteso che il minore dodicenne è, di regola, un soggetto dotato della suddetta attitudine.

2. — *Presunzioni legali relative di capacità di discernimento del minore.*

Il diritto all'ascolto è dunque la situazione soggettiva attiva attraverso cui acquista espressa rilevanza giuridica la capacità di discernimento del minore, la quale è un presupposto di efficacia delle norme che attribuiscono questo diritto.¹⁰

⁹ In argomento, v. P. DI MARZIO, *L'audizione del minore nei procedimenti civili*, in *Dir. fam. pers.*, 2011, p. 366 ss.; F. PARENTE, *L'ascolto del minore: i principi, le assologie e le fonti*, in *Rass. dir. civ.*, 2012, p. 459 ss.

¹⁰ Diverso dal diritto ad essere ascoltato dall'autorità giudiziaria o amministrativa è il diritto del minore ad essere ascoltato dai genitori, implicitamente riconosciuto dall'art. 147 c.c., ove prescrive che i genitori debbano mantenere, istruire ed educare la prole «tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli»: cfr. A. PALAZZO, *La filiazione*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.* Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger, 2ª ed., Milano, 2013, p. 553. Secondo l'insegnamento di Giuseppe Capograssi, il minore capace di discernimento acqui-

La capacità di discernimento, tuttavia, è un concetto che travalica i confini – per certi versi angusti – dell’ascolto del minore, nella misura in cui se ne evidenzino le analogie con l’altro concetto di capacità di intendere e di volere e se ne indagli il rapporto con il principio generale stabilito dall’art. 2 c.c., secondo cui la capacità di agire si acquista al compimento del diciottesimo anno di età.

Sotto questo profilo, l’affermazione secondo cui il minore, seppur capace di discernere, è incapace di agire può rivelarsi un ossimoro qualora si abbia riguardo alla concreta realtà dei traffici giuridici.

Infatti, è noto che il minore, soprattutto in età puberale, è un soggetto in grado di concludere contratti, sovente via Internet, che soddisfino i suoi bisogni di «consumatore».¹¹ Gli studi più recenti di sociologia del diritto mostrano chiaramente come le grandi *corporation* internazionali orientino con aggressività e in modo incisivo le loro politiche commerciali verso una specifica clientela costituita da minori, accrescendo la necessità di proteggere il loro armonico sviluppo psico-fisico.¹²

Il codice del consumo (d. lgs. n. 206/2005), al riguardo, considera esplicitamente il minore quale soggetto da tutelare (ad esempio, all’art. 31, in materia di televendita, e all’art. 103 comma 1 n. 4, in materia di sicurezza dei prodotti), mentre l’art. 7 del d. lgs. n. 145/2007 considera ingannevole la pubblicità che, in quanto suscettibile di raggiungere bambini ed adolescenti, abusa della loro «naturale credulità o mancanza di esperienza», oppure che può, anche indirettamente, minacciare la loro sicurezza.

Tuttavia, il problema della «naturale credulità» dei minori, piuttosto che essere considerato di ordine generale, come se di regola i minori fossero dei creduloni, sembra debba essere ormai affrontato caso per caso, specie ove si abbia riguardo alla maturità psicologica del minore ultradodicesimo capace di

sta una sua specifica «autorità» nell’ambito della famiglia, per mezzo del potere di ascolto, in funzione della realizzazione della sua personalità. Sul punto, v., *amplius*, A. PALAZZO, *L’autorità familiare nell’anniversario capograssiano*, in *Dir. fam. pers.*, 1987, p. 315 ss.

¹¹ In argomento, v. D. DI SABATO, *Il contratto del minore tra incapacità di contrarre e capacità di consumare*, in *Riv. dir. impr.*, 2011, p. 75 ss.

¹² V. soprattutto J. BAKAN, *Childhood under siege. How big business targets children*, Simon & Schuster, New York, 2011 (trad. it. *Assalto all’infanzia*, prefazione di C. Saraceno, Feltrinelli, Milano, 2012).

discernere e di manifestare la propria volontà al giudice su delicate questioni personali che lo riguardano.¹³

Che dire, ad esempio, circa la maturità del minore quattordicenne capace, in base all'art. 250, comma 2, c.c. (nel testo novellato dalla l. 219/2012) di manifestare il proprio *assenso* al riconoscimento da parte dei genitori? L'*assenso* del quattordicenne, in quanto manifestazione di volontà che integra quella dei genitori, è, infatti, condizione per l'acquisto della potestà genitoriale, ai sensi dell'art. 317 *bis* c.c., e per l'assunzione da parte del genitore dei doveri di mantenimento, educazione e istruzione *ex* artt. 261 e 147 c.c.¹⁴

La fattispecie a formazione progressiva costituita dall'atto di riconoscimento dei genitori e dal successivo assenso del minore produce gli effetti che la legge vi ricollega solo quando lo svolgimento di essa è completo.

Un altro esempio rilevante di come il legislatore consideri la scelta esistenziale del minore un segno incontrovertibile della sua capacità di discernimento, è dato dall'art. 7, comma 2, l. 184/1983, secondo cui «Il minore, il quale ha compiuto gli anni quattordici, non può essere adottato se non presta personalmente il proprio consenso, che deve essere manifestato anche quando il minore compia l'età predetta nel corso del procedimento. Il consenso dato può comunque essere revocato sino alla pronuncia definitiva dell'adozione». Il *consenso* del quattordicenne, così come la sua *revoca*, sono atti negoziali di natura personale necessari per il completamento del procedimento di adozione oppure decisivi per la sua interruzione. A differenza dell'*assenso*, la volontà espressa dal minore acquista un'autonomia ancora più marcata.¹⁵

Tuttavia, resta la contraddizione insita nelle differenti soglie di età previste dalle diverse norme: se il principio generale sancito all'art. 315 *bis*, comma 3, c.c. è che il minore dodicenne o infradodicenne, se capace di di-

¹³ Cfr. G. FREZZA, *Affidamento della prole e capacità autodeterminativa del minore*, in Annali Lumsa, 2001, a cura di G. Giacobbe, Torino, 2002, p. 229 ss.; G. BALLARANI, *La capacità autodeterminativa del c.d. «grande minore»*, in L. PALAZZANI (a cura di), *L'interesse del minore tra bioetica e biodiritto*, Edizioni Studium, Roma, 2010, p. 177 ss.

¹⁴ Sugli effetti del riconoscimento, cfr. A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 598.

¹⁵ V. le puntuali osservazioni di M. PARADISO, *Le prescrizioni del giudice civile tra coazione e consenso*, in *Famiglia*, 2001, p. 555 ss., il quale distingue le figure dell'ascolto, del parere, dell'*assenso* e del *consenso*.

scernere, ha il diritto di essere *ascoltato in tutte le questioni o le procedure che lo riguardano*, perché mai dovrebbe giustificarsi un'eccezione in caso di *assenso* al riconoscimento o di *consenso* all'adozione, per i quali, invece, è necessario aver compiuto il quattordicesimo anno?

La spiegazione più immediata potrebbe consistere nella considerazione della diversità dell'ascolto, che implica la semplice audizione da parte del giudice, dall'assenso che, come si è visto, entra a far parte di una fattispecie negoziale complessa, oppure dal consenso, che implica un rilievo del tutto autonomo della volontà del minore.

La verità è, però, che le diverse soglie di età si rivelano del tutto arbitrarie se non lette quali *presunzioni legali relative* di capacità di discernimento del minore, la quale, invece, dovrebbe, a rigore, essere sempre accertata nel caso concreto.

In quest'ottica, l'unica differenza tra le ipotesi in esame è di natura descrittiva, derivando dalla semplice constatazione che l'età necessaria per l'operatività della presunzione è di 12 anni per il diritto all'ascolto e, invece, di 14 anni per l'assenso al riconoscimento o per il consenso all'adozione.

Ma proprio la relatività delle presunzioni legali basate sull'età mostra i limiti dell'utilità pratica di esse.

A conferma di ciò, basti qui ricordare come il codice civile prevede anche altre fattispecie in cui il processo di maturità del minore che abbia raggiunto l'età prevista dalla legge (in ordine alla quale l'art. 2, lett. f, l. 219/2012 dispone la delega al governo per l'abbassamento di essa dal sedicesimo al quattordicesimo anno, in linea con quanto già previsto nel novellato art. 250 c.c.), lo legittima, ad esempio:

a) alla formulazione di un'istanza giudiziale di nomina di un curatore speciale che proponga l'azione di disconoscimento della paternità ex art. 244, comma 4, c.c.;

b) a formulare istanza giudiziale per l'autorizzazione ad impugnare il riconoscimento (mediante un curatore speciale appositamente nominato dal giudice) ex art. 264, comma 2, c.c.;

c) ad esprimere il suo necessario *consenso* affinché il genitore che esercita la potestà o il tutore possano promuovere o proseguire l'azione per la dichiarazione giudiziale della paternità o della maternità naturale ex art. 273, comma 2, c.c.

In tutti questi casi, *quid iuris* se il minore si mostra incapace di discernere?

Il filtro del giudice, il quale può sempre, ove lo ritenga opportuno, disporre l'audizione del minore, al fine di valutare il suo interesse preminente, consente di ritenere che si tratti di ipotesi di presunzioni legali relative di capacità di discernimento, onde l'istanza non sarebbe accoglibile e l'assenso o il diniego del consenso dovrebbero considerarsi inefficaci tutte le volte in cui il minore non fosse in grado di valutare in modo autonomo i propri interessi.

L'assenza in capo al minore di una capacità di discernimento *adeguata* all'atto da compiere priva in concreto la sua manifestazione di volontà, positiva o negativa, dell'efficacia negoziale che la legge vi ricollega in astratto.¹⁶

Queste diverse soglie di età rivelano la difficoltà del legislatore di affidarsi con certezza a indici presuntivi della capacità di discernimento, la quale può in ogni caso essere esclusa in capo al minore dalla prova contraria raggiunta dal giudice in sede di ascolto (obbligatorio) oppure di audizione (facoltativa) del minore e, pertanto, di verifica concreta della sua volontà.

La difficoltà del legislatore, che si distrae goffamente tra i lacci e i laccioli delle soglie anagrafiche, senza però riuscire ad imbrigliare la capacità di discernimento del minore, è avvertita dalla giurisprudenza di merito, che ha escluso la rappresentanza dei genitori relativamente alle scelte mediche (intervento specialistico che permetta una valutazione diagnostica ed una cura in ambiente ospedaliero idoneo) riguardanti il minore che abbia «*un'età prossima al raggiungimento della piena capacità di agire*». E ciò perché «questo condurrebbe a privarlo di diritti personalissimi per la sola considerazione del dato formale rappresentato dall'incapacità legale, giungendo al paradosso che il soggetto legalmente incapace, ma naturalisticamente capace, non possa decidere della propria salute, mentre il soggetto legalmente capace, ma naturalisticamente *minus*, per il tramite dell'istituto dell'amministrazione di

¹⁶ Cfr. M. PARADISO, *Le prescrizioni del giudice civile tra coazione e consenso*, cit., pp. 561-562, il quale, dopo avere rilevato come assenso e consenso (che le norme non mostrano di distinguere sul piano concettuale, mentre teoricamente dovrebbero riferirsi a significati del tutto diversi), in quanto negozi autorizzativi, «prospettano analoghi profili di concorso della volontà privata alla realizzazione dell'effetto o del provvedimento in questione», osserva che il rifiuto di essi «può essere superato, nei casi in cui è previsto, solo in ragione di una specifica, diversa valutazione dell'interesse nel caso concreto prevalente.

sostegno, potrebbe esercitare una maggiore autodeterminazione».¹⁷

In un altro caso recente, il Tribunale di Roma ha, invece, affermato che la richiesta di autorizzazione all'intervento di riattribuzione chirurgica del sesso riguardante un minore (nel silenzio della l. n. 164/1982, regolante l'attribuzione e le rettificazioni di sesso) «ha natura di atto complesso, espressione di due volontà concorrenti, quella del minore e quella del genitore», aggiungendo che «rispetto al minore dovrà essere considerata *l'età e il grado di maturità intellettuale*, oltre che l'esigenza di tutela della sua personalità».¹⁸

Si tratta di due soluzioni giudiziali accomunate dal chiaro intento di tutelare l'autonomia del minore in relazione a scelte esistenziali che coinvolgono da vicino la sua integrità psico-fisica; ma, mentre la prima pecca per eccesso, presumendo che il minore diciassettenne sia «naturalisticamente capace», la seconda, all'opposto, pecca per difetto, non riuscendo a liberare il minore capace di discernere dalla strettoia dogmatica dell'atto complesso. I giudici di merito rimangono ancorati ad una tecnica argomentativa che stenta a riconoscere come dalla relatività soggettiva della capacità di discernimento derivi, in relazione all'atto a contenuto personale da compiere, un'autonomia del minore che mal tollera il giogo della rappresentanza legale dei genitori, prevista dall'art. 320 c.c. soprattutto per gli atti a contenuto patrimoniale.¹⁹

L'idea di una rappresentanza genitoriale in materia di atti a contenuto personale del minore, capace di discernere *in concreto*, tutte le volte in cui sia disgiunta da esigenze educative strettamente connesse alla promozione

¹⁷ Trib. min. Milano, 15 febbraio 2010, in *Fam. e dir.*, 2011, p. 401 ss., con nota di F. RUSCELLO, *Minore età e capacità di discernimento: quando i concetti assurgono a «supernorme»*.

¹⁸ Trib. Roma, 11 marzo 2011, in *Fam. e dir.*, 2012, p. 499 ss., con nota di M. G. RUO, *Persone minori di età e cambiamento di identità sessuale*.

¹⁹ Cfr. F. D. BUSNELLI, *Capacità ed incapacità di agire del minore*, in *Dir. fam. pers.*, 1982, p. 64: «Tuttavia, finché il minore sia incapace di intendere e di volere, i genitori possono – anzi debbono – ricorrere a interventi protettivi, diretti a conservare i diritti fondamentali del minore (come, in primo luogo, il diritto alla salute) e a preservarne le future libertà. Tali interventi non sono direttamente riconducibili all'esercizio della potestà: i genitori, cioè, non intervengono qui come rappresentanti legali del minore, sostituendosi a lui nell'esercizio di un diritto o di una libertà; ma agiscono in ottemperanza del dovere-diritto che viene loro attribuito direttamente dall'art. 30 Cost., e si uniformano alle modalità di esercizio specificate dall'art. 147 c.c. Conseguentemente, agli atti posti in essere dai genitori per realizzare tali interventi si applicherà, per esempio, l'art. 316, ma non l'art. 320 c.c.».

della personalità del minore stesso, rimane soltanto la scomoda eredità di una vecchia e superata concezione paternalistica o protettiva del rapporto di filiazione.²⁰

Tuttavia, prescindendo dai risultati raggiunti nel laboratorio giurisprudenziale, lo stesso sistema legale, che, come si è visto, appare improntato a presunzioni relative di capacità di discernimento del minore basate sull'età, mostra – inconsapevolmente – delle crepe, quando, ad esempio, l'art. 321 c.c., *senza far riferimento ad alcuna soglia di età*, prevede che il minore possa fare richiesta di nomina di un curatore speciale, in tutti i casi in cui i genitori congiuntamente o quello di essi che esercita in via esclusiva la potestà non possano o non vogliano compiere uno o più atti di interesse del figlio eccedenti l'ordinaria amministrazione.

²⁰ Questa concezione affonda le sue radici nel pensiero utilitarista di John Stuart Mill (1806-1873), il quale, nel suo famoso saggio *On Liberty*, pubblicato per la prima volta nel 1859, si domandava: «If protection against themselves is confessedly due to children and persons under age, is not society equally bound to afford it to persons of mature years who are equally incapable of self-government?» (J. S. MILL, *On Liberty*, edited by J. Gray and G. W. Smith, Routledge, London-New York, 1991, p. 95). Nel vigore del codice civile del 1942, ma anteriormente alla riforma del diritto di famiglia del 1975, il più autorevole esponente di questa corrente di pensiero fu A. CICU, *La filiazione*, in *Trattato di dir. civ.* diretto da F. Vassalli, 2ª ed. (rist.), Torino, 1958, pp. 308-309: «La condizione di incapacità in cui si trova il figlio dà luogo al problema tecnico-giuridico della costruzione del rapporto di patria-potestà. Se si potesse considerare il figlio come oggetto, anziché soggetto di diritto, il rapporto potrebbe configurarsi come identico od analogo a quello che si ha nel diritto di proprietà. Ma se anche è possibile, per certi riguardi, considerare il figlio come entità fisica, alla stregua di una cosa, non è come tale che esso viene in considerazione nel rapporto di patria potestà. Il dovere del genitore non è, né solo, né principalmente, quello di curare la vita animale del figlio, è invece quello di allevare un'entità spirituale, un soggetto di diritti. Di qui il problema: se al dovere del genitore corrisponde un diritto del figlio, come è possibile un rapporto giuridico se il figlio è incapace e nell'esercizio del suo diritto è, appunto in grazia della patria potestà, rappresentato dallo stesso genitore?».

Una soluzione di compromesso è stata ricercata dalla dottrina più attenta al mutato contesto giuridico-sociale: F. BOCCHINI, *L'interesse del minore nei rapporti patrimoniali*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, p. 290, il quale, pur sostenendo che, secondo il dettato dell'art. 320, comma 1, c.c., la rappresentanza legale dei genitori inerte a «*tutti gli atti civili*» dei figli minori, «quindi sia di natura personale che con contenuto patrimoniale», afferma: «Quanto agli *atti di natura personale*, si è visto però che l'acquisita tutela della personalità del minore ed il formarsi di un conseguente catalogo di diritti in capo allo stesso tendono a restringere l'area di intervento sostitutivo dei genitori in ragione del grado di discernimento del minore».

La richiesta di nomina del curatore speciale è espressione della capacità di discernimento del minore ed il suo accoglimento conduce alla rilevanza indiretta della volontà negoziale del minore con riferimento ad atti di disposizione patrimoniale, tramite la mediazione del giudice e l'attività del curatore.

Infatti, da un lato il curatore speciale non potrebbe rifiutarsi di compiere gli atti a cui si sono opposti i genitori e per i quali il minore ne ha chiesto la nomina; dall'altro, il giudice, nell'accogliere l'istanza di nomina del curatore stesso, ha già valutato positivamente la rispondenza degli atti da compiere all'interesse del minore.

Ad ogni modo, la necessaria correlazione tra atti a contenuto personale e atti a contenuto patrimoniale invita l'interprete soprattutto a domandarsi se la rappresentanza legale dei genitori abbia ancora un senso in ordine a specifici atti dispositivi del patrimonio del minore capace di discernere, oppure se questi debba considerarsi capace di agire, nel caso concreto, tenuto conto delle esigenze educative derivanti dalla responsabilità genitoriale.

3. — *Capacità processuale del minore.*

Le considerazioni che precedono, basate sul dato normativo, inducono pertanto a domandarsi: che cosa si deve intendere esattamente per capacità di discernimento? Pur nella consapevolezza dell'attualità del monito di Giavoleno, secondo cui «*omnis definitio in iure civili periculosa est*»²¹, a fini ricostrut-

²¹ D. 50, 17, 202. Va però ricordato, secondo la lezione di Francesco Carnelutti, che la definizione è una fase essenziale della espressione del concetto, al pari della denominazione. Cfr. F. CARNELUTTI, *Metodologia del diritto*, Padova, 1939, pp. 98-99: «La definizione, in sostanza, non è che la espressione verbale dei caratteri, da cui il concetto risulta; perciò si può anche dire, esattamente, la *formula del concetto*. La definizione sta al concetto come il *modo* al *contenuto*, secondo i termini da me adottati per la teoria della forma degli atti. Se si riflette che quei caratteri dell'oggetto, la cui combinazione è il concetto, costituiscono i limiti della categoria e gli indici della classificazione, si capisce perché la intuizione verbale abbia suggerito qui la parola *definizione*. Insomma definire gli oggetti non vuol dire altro che fabbricare i concetti; mi viene in mente la metafora del fabbricare la scatola ideale, in cui ciascuno degli oggetti può essere racchiuso. La difficoltà del definire è dunque una doppia difficoltà: difficoltà della formazione interna e della formazione esterna del concetto, cioè della scelta dei caratteri, della loro combinazione e della loro espressione. Giavoleno non aveva torto nel constatarla

tivi è utile fornire una definizione stipulativa²² che consenta di individuare l'ambito di applicazione di questo concetto.

La capacità di discernimento può essere definita quale *attitudine del soggetto alla formulazione di un giudizio valutativo in ordine alle proprie situazioni esistenziali*.

Il minore, pertanto, può essere in grado di esprimere opinioni (in sede di ascolto) oppure di effettuare delle scelte (tramite, ad esempio, atti di assenso o di consenso), che incidono, in varia misura, sullo svolgimento del processo formativo della sua personalità²³. Questo grado di maturità psichica è acceratabile dal giudice attraverso un'indagine rimessa alla sua discrezionalità²⁴ ed è la naturale conseguenza del diverso atteggiarsi – nei singoli casi concreti – della personalità *in fieri* del minore.

La storia del diritto, d'altro canto, insegna che l'attenzione alla diversa maturità del minore nel corso del suo sviluppo psico-fisico non è nuova: già il diritto romano conosceva la distinzione, nell'ambito della categoria degli impuberi, tra bambini totalmente privi di intelletto e quindi incapaci di formulare un discorso ragionevole (*infantes qui nullum intellectum habent e qui fari non possunt*), e impuberi *infantia maiores*, ai quali invece si riconosceva un minimo di giudizio e di maturità intellettuale, che li rendeva capaci di formulare un discorso sensato (*qui loqui o fari possunt e qui iam aliquem intellectum*

e perfino nell'esaltarla; ma se il suo ammonimento, invece che suggerire la prudenza, ispira la paura delle definizioni, la scienza, anziché avvantaggiarsene, finisce per soffrirne. Una scienza senza definizioni è tanto poco concepibile quanto una scienza senza concetti».

²² Sulla distinzione tra definizione esplicativa e stipulativa, v. per tutti U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano, 1965, 9 ss.: «Una definizione può avere (...) la natura d'una convenzione intorno agli usi futuri del linguaggio: si stabilisce che d'ora in avanti, in un certo testo, in un certo campo linguistico, una certa espressione (...) sarà impiegata in un certo significato. Questa definizione porta il nome di definizione stipulativa».

²³ Sull'importanza dal punto di vista psicologico e sociologico dell'attuazione dei diritti relazionali del minore, v. soprattutto P. DONATI, F. FOLGHERAITER, M.L. RAINERI (a cura di), *La tutela dei minori. Nuovi scenari relazionali*, Trento, 2011.

²⁴ Cfr. A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 612. V. anche M. PARADISO, *Le prescrizioni del giudice civile tra coazione e consenso*, cit., p. 558, il quale avverte che «ascoltare, se non vuole ridursi a mero adempimento formale, non equivale semplicemente a *sentire*; implica piuttosto una vera partecipazione o empatia col minore che sappia discernere, dietro le sue dichiarazioni e le sue stesse difese psicologiche, i bisogni realmente avvertiti».

habent).²⁵ D'altra parte, nella Roma dell'inizio del II secolo d.C., Decimo Giunio Giovenale affermava nelle sue *Satirae* (XIV, 47) che «*maxima debetur puero reverentia*», mettendo in luce come l'ascolto del minore fosse una pratica sociale fortemente auspicabile in un'epoca in cui anche l'istituto della *familia* mostrava i primi segni di un processo degenerativo che in seguito avrebbe coinvolto tutte le istituzioni politiche dello Stato²⁶.

Poiché, dunque, la capacità di discernimento è espressione della graduale evoluzione della persona²⁷, essa non può che essere suscettibile di diverse gradazioni a seconda dell'età, e, soprattutto, del personale percorso affettivo e intellettuale, nonché della situazione esistenziale che forma oggetto del giudizio valutativo.

Gli studi di psicologia dell'età evolutiva e di pedagogia mostrano che dal terzo al settimo anno di vita il bambino utilizza una logica egocentrica, formulando giudizi assoluti, quasi del tutto insensibili al punto di vista degli altri (c.d. periodo del travaglio edipico); dopo i 7-8 anni e fino agli 11-12 anni, ovvero nella fase pre-puberale, il bambino prende poco a poco coscienza della definizione dei concetti che impiega, senza spingere le sue riflessioni al di là del suo immediato presente, ma mostrando reazioni adeguate e comprensibili alle decisioni degli adulti;²⁸ dopo i 12 anni comincia il vero e proprio pensiero formale del minore, vale a dire il ragionamento ipotetico-deduttivo che trae conclusioni valide indipendentemente dall'osservazione sperimentale o dalla verità di fatto, e l'adolescente inizia a giudicare gli adulti su un piano di eguaglianza e di reciprocità.²⁹ Con molta probabilità sono queste le ragioni per

²⁵ GAI *Inst.*, 3, 107-109. In argomento, cfr. C. FAYER, *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari*, L'Erma di Bretschneider, Roma, 1994, p. 395 ss., p. 587 ss.; B. ALBANESE, *Note sulla storia della capacità di agire*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Francesca Laura Morvillo*, a cura di M.T. Ambrosini, I. Corrado, V. Lojacono e D. Ziino, Milano, 2001, p. 2 ss.; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 1994, pp. 263-264.

²⁶ Cfr. GIOVENALE, *Satire*, a cura di B. Santorelli, Mondadori, Milano, 2011.

²⁷ Cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed., Napoli, 2006, t. II, p. 949.

²⁸ Cfr. G. ACONE, *Un'immagine della scoperta della soggettività pedagogica dell'infanzia moderna*, in *Minorigiustizia*, n. 3/2012, p. 31 ss.

²⁹ In argomento, v. M. MONTESSORI, *La mente del bambino*, Garzanti, Milano, 1952 (rist. 2012), p. 85 ss., spec. pp. 192-193; M. VENTURINI, *La capacità di discernimento del minore*, in

cui il legislatore italiano ha introdotto una presunzione relativa di capacità di discernimento da parte dei minori che abbiano già compiuto i dodici anni³⁰, mentre, all'opposto, ritiene necessario un apposito accertamento preventivo di detta capacità nei minori di età inferiore, ai fini dell'acquisto del diritto ad essere ascoltati dal giudice (art. 315 *bis*, comma 3, c.c.).

Orbene, se l'ascolto del minore (capace di discernimento) è volto alla tutela delle sue situazioni esistenziali, ciò significa che egli è in grado di compiere atti di esercizio di quei diritti fondamentali.³¹ Anzi, sotto questo profilo, si è evidenziata l'insufficienza della dicotomia capacità giuridica-capacità di agire, atteso che «se taluni diritti, più di altri, sono concepiti ai fini dello sviluppo della persona umana (arg. ex artt. 2 e 3 Cost.), non ha alcun valore riconoscere astrattamente uno di essi senza concedere anche la possibilità di esercitarlo immediatamente»³².

Ecco perché al minore dev'essere riconosciuta capacità processuale in

AA.VV., *Scritti in memoria di Francesca Laura Morvillo*, cit., pp. 479-483; G. LUTTE, *Psicologia degli adolescenti e dei giovani*, Bologna, 1987, p. 87 ss., p. 137 ss.

³⁰ Illuminanti, in proposito, le riflessioni seicentesche del giovane Gottfried Wilhelm von Leibniz (1646-1716) sull'autonomia del minore ultradodicescenne: G.[OTTFREDO] G.[WILHELM] L.[EIBNUNZIO] L.[IPSIENSI], *Nova methodus discendae docendaeque jurisprudentiae ex artis didacticae principiis in parte generali praemissis, experientiaeque luce*, Francofurti, 1667, p. 291: «A duodecimo ad decimum octavum liberalius tractetur, praeceptoribus non subsit, sed amicus». In argomento, v. G. ACETI, *Sulla «Nova methodus discendae docendaeque jurisprudentiae» di Goffredo Guglielmo Leibniz*, in *Jus*, 1957, pp. 1-41. In Francia, il re Luigi XIV con la Dichiarazione del 1° febbraio 1669 anticipò a 14 anni per i maschi e a 12 per le femmine l'età in cui i minori potevano compiere la scelta di diventare cattolici contro la volontà dei loro genitori, mentre nel 1681 egli anticipò tale possibilità a 7 anni per entrambi i sessi, età in cui i bambini «sono capaci di ragione e di scelta in una materia così importante come quella della loro salvezza»: *Declaration du Roy portant que les enfants de la Religion prétendue Réformée pourront se convertir à l'âge de sept ans*, Versailles 17 giugno 1681, in *Recueil des Édits, Déclarations et Arrêts du Conseil rendus au sujet des gens de la Religion prétendue Réformée*, Paris, Joseph Saugrain, 1714.

³¹ Cfr. P. PERLINGIERI, *op. e loc. ult. cit.*

³² In questi termini, P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Napoli, 1975, p. 250; nello stesso senso, v. F. RUSCELLO, *La potestà dei genitori. Rapporti personali*, in *Comm. cod. civ.* Schlesinger- Busnelli, 2^a ed., Milano, 2006, p. 48, secondo il quale «Deve, però, essere indubbio che, specialmente con riferimento alle situazioni di natura personale, riconoscere la titolarità di una libertà senza ammetterne l'esercizio significa riconoscere l'esistenza di quella stessa libertà».

tutte le questioni che lo riguardano; il diritto ad essere ascoltato dal magistrato, pertanto, si traduce nella necessaria partecipazione del minore, capace di discernere, al processo³³, fatta salva la diversa volontà del minore stesso³⁴.

In proposito, la Corte Costituzionale, con sentenza del 16 gennaio 2002, n. 1, ha statuito che, a seguito della prescrizione dell'art. 12 della Convenzione di New York del 1989, il minore va considerato come parte del procedimento nei giudizi concernenti la potestà dei genitori, con la necessità del contraddittorio nei suoi confronti, se del caso previa nomina di un curatore speciale.³⁵

³³ La capacità di essere parte nel processo (art. 75 c.p.c.) non va confusa con la capacità di stare in giudizio, vale a dire di promuovere il processo o di difendersi in esso, di compiere validamente atti processuali, che non compete al minore: cfr., per tutti, A. LUGO, *Manuale di diritto processuale civile*, 17ª ed., a cura di C. De Angelis, Milano, 2009, p. 107.

³⁴ Cfr. A. Milano, 21 febbraio 2011, in *Corr. mer.*, 2012, p. 32: «L'ascolto del minore infradodicenne, nelle controversie tra i genitori che lo concernono, va disposto allorché il minore presenti capacità di discernimento, e sempre che corrisponda all'interesse del minore stesso: pertanto, allorché questi abbia in precedenza manifestato stragiudizialmente il desiderio di non essere coinvolto nella vicenda che pur lo riguarda, il giudice può decidere prescindendo da tale incombente». Nella specie i genitori separati controvertavano se impartire o meno un'educazione religiosa ad un bambino di circa dieci anni di età, il quale però aveva chiaramente manifestato la propria intenzione di non essere coinvolto nella controversia: la Corte d'Appello allora, anche al fine di evitargli un inutile turbamento, ha ritenuto non utile l'ascolto, decidendo nel merito, ai sensi dell'art. 709 *ter* c.p.c., disponendo che il bambino proseguisse il catechismo, pur se iniziato contro la volontà del padre.

³⁵ Corte Cost. 16 gennaio 2002, n. 1, in *Foro it.*, 2002, I, c. 3302 ss., con nota critica di A. PROTO PISANI. In argomento v., di recente, Trib. Varese, 12 febbraio 2013 (ord.), che ribadisce la necessità di rendere partecipe il minore delle scelte da assumere nel suo interesse. La vicenda riguardava una minore che, in sede di separazione tra i genitori, era stata collocata in una comunità protetta, poiché era emerso, dalla relazione dei Servizi sociali, la non idoneità dell'ambiente familiare domestico materno. La madre, agendo per la modifica del provvedimento, chiedeva il collocamento della figlia presso di sé e la nuova famiglia, dal momento che la donna era in procinto di dare alla luce un'altra bambina avuta col nuovo compagno. Lo spostamento, per la minore, avrebbe comportato il trasferimento in un altro comune di residenza con conseguente cambiamento della scuola frequentata ad anno scolastico in corso. I Servizi sociali avevano espresso parere favorevole all'immediato trasferimento della minore, vicina al compimento dei dodici anni, presso il nucleo familiare della madre, anche se ciò avrebbe comportato il distacco dal contesto d'inserimento attuale. Il Tribunale di Varese afferma che le decisioni in materia di conflitti genitoriali non possono e non devono essere delegate al Servizio sociale poiché tale ruolo è riservato dalla legge al giudice, anche

Inoltre, richiamando l'art. 6 della Convenzione di Strasburgo³⁶, la Corte di

in relazione ai delicati interessi coinvolti come quelli della famiglia e dei minori. Il giudice deve giungere a tali decisioni dopo che il minore sia stato reso partecipe delle scelte che si stanno assumendo nel suo interesse, dopo aver valutato giuridicamente la correttezza formale e processuale delle richieste dei genitori. Proprio per il ricorso a misure stereotipate e poco personalizzate adottate dai Tribunali e le troppo ampie e frequenti deleghe di gestione dei conflitti familiari ai Servizi sociali, l'Italia è stata di recente condannata dalla Cedu con le sentenze del 23 gennaio 2013 e 2 novembre 2010. Pertanto, stante il possibile conflitto di interessi tra il minore ed i genitori, il Tribunale di Varese ha ritenuto opportuno nominare alla minore un curatore speciale che la rappresenti in giudizio, con il compito di provvedere a raccogliere la sua opinione circa la volontà della stessa di trasferirsi presso l'abitazione della madre, e, conseguentemente, iscriversi presso una nuova scuola.

³⁶ L'art. 6 della Convenzione di Strasburgo sull'esercizio dei diritti dei minori dispone che «Nei procedimenti che riguardano un minore, l'autorità giudiziaria, prima di giungere a qualunque decisione, deve: a) esaminare se dispone di informazioni sufficienti ad fine di prendere una decisione nell'interesse superiore del minore e, se necessario, ottenere informazioni supplementari, in particolare da parte dei detentori delle responsabilità genitoriali; b) quando il diritto interno ritiene che il minore abbia una capacità di discernimento sufficiente: assicurarsi che il minore abbia ricevuto tutte le informazioni pertinenti; nei casi che lo richiedono, consultare il minore personalmente, se necessario in privato, direttamente o tramite altre persone od organi, con una forma adeguata alla sua maturità, a meno che ciò non sia manifestamente contrario agli interessi superiori del minore, e permettere al minore di esprimere la propria opinione; c) tenere in debito conto l'opinione da lui espressa». Ai sensi del successivo art. 9 della Convenzione di Strasburgo, «1. Nei procedimenti che riguardano un minore, quando in virtù del diritto interno i detentori delle responsabilità genitoriali si vedono privati della facoltà di rappresentare il minore a causa di un conflitto di interessi, l'autorità giudiziaria ha il potere di designare un rappresentante speciale che lo rappresenti in tali procedimenti. 2. Le Parti esaminano la possibilità di prevedere che, nei procedimenti che riguardano un minore, l'autorità giudiziaria abbia il potere di designare un rappresentante distinto, nei casi opportuni un avvocato, che rappresenti il minore». In applicazione di questo articolo, la Corte costituzionale, con sentenza n. 83 del 2011, (*in Fam. e dir.*, 2011, 545 ss., con nota di F. TOMMASEO, *La Corte Costituzionale sul minore come parte nei processi della giustizia minorile*) a proposito del giudizio di opposizione di un genitore al riconoscimento del figlio (minore di quattordici anni, che dev'essere ascoltato se abbia compiuto i dodici anni e anche se di età inferiore, ove capace di discernimento) da parte dell'altro genitore (art. 250, comma 4, cod. civ.), ha statuito che «il minore, nella vicenda sostanziale e processuale che lo riguarda, costituisce un centro autonomo di imputazione giuridica, essendo implicati nel procedimento suoi rilevanti diritti e interessi, in primo luogo quello all'accertamento del rapporto genitoriale con tutte le implicazioni connesse. Ne deriva che al detto minore va riconosciuta la qualità di parte nel giudizio di opposizione di cui all'art. 250 cod. civ. E, se di regola la sua rappresentanza sostanziale e processuale è affidata al geni-

Cassazione ha affermato che «costituisce violazione del principio del contraddittorio e dei principi del giusto processo il mancato ascolto dei minori oggetto di causa, in quanto il minore è portatore di interessi contrapposti e diversi da quelli del genitore, in sede di affidamento e diritto di visita e, per tale profilo, è qualificabile come parte in senso sostanziale»³⁷. D'altra parte, il principio della difesa tecnica del minore, è già evidente sia nei procedimenti *de potestate* ex art. 336, comma 4, c.c. (decadenza o reintegrazione nella potestà genitoriale, condotta del genitore pregiudizievole ai figli, rimozione del genitore dall'amministrazione del patrimonio del minore oppure riammissione nell'esercizio dell'amministrazione), sia nel procedimento per la dichiarazione di adottabilità (art. 8, comma 4, l. n. 184/1983, come sostituito dalla l. n. 149/2001).³⁸

Ma v'è di più: la Suprema Corte ha anche sottolineato la necessità che il giudice tenga conto degli esiti dell'ascolto del minore, motivando adeguatamente, in proporzione al grado di discernimento del minore stesso, l'eventuale difformità della propria decisione dalle opinioni da quest'ultimo manifestate.³⁹

tore che ha effettuato il riconoscimento (artt. 317 *bis* e 320 cod. civ.), qualora si prospettino situazioni di conflitto d'interessi, anche in via potenziale, spetta al giudice procedere alla nomina di un curatore speciale. Il che può avvenire su richiesta del pubblico ministero, o di qualunque parte che vi abbia interesse (art. 79 cod. proc. civ.), ma anche di ufficio, avuto riguardo allo specifico potere attribuito in proposito all'autorità giudiziaria dall'art. 9, primo comma, della citata Convenzione di Strasburgo».

³⁷ Cass., Sez. Un., 21 ottobre 2009, n. 22238, in *Foro it.*, 2010, I, c. 903. Successivamente, nello stesso senso, v. Cass., 17 febbraio 2010, n. 3804; Cass., 26 marzo 2010, n. 7281; Cass., 14 luglio 2010, n. 16553; Cass., 13 aprile 2012, n. 5884, in *Fam. e dir.*, 2012, p. 653 ss., con nota di V. CARBONE, *Opposizione al riconoscimento di figlio naturale: il minore infrasedicenne non solo deve essere sentito, ma è parte del processo*.

In argomento, v. G. SERGIO, *La giustizia minorile. Dalla tutela del minore alla tutela civile dei diritti relazionali*, in L. LENTI (a cura di), *Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia*, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da P. Zatti, vol. VI, 2ª ed., Milano, 2012, p. 154 ss.; F. DANOVÌ, *Il difensore del minore tra principi generali e tecniche del giusto processo*, in *Dir. fam. pers.*, 2010, p. 243 ss.; A. PÈ e A. RUGGIU (a cura di), *Il giusto processo e la protezione del minore*, Milano, 2011.

³⁸ Cfr. O. LANZARA, *L'avvocato del minore*, in *Dir. fam. pers.*, 2010, p. 981 ss.; M. DOGLIOTTI, *La potestà dei genitori e l'autonomia del minore*, in *Trattato di dir. civ. e comm.* Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger, Milano, 2007, p. 557 ss.

³⁹ Cass., 17 maggio 2012, n. 7773; Cass., 15 maggio 2013, n. 11687. In argomento, v. F. DANOVÌ, *Principi e garanzie costituzionali del giusto processo minorile*, in *Dir. fam. pers.*, 2012, II, p.

La violazione dell'obbligo di audizione del minore nel giudizio di primo grado comporta la nullità della sentenza, deducibile in appello ex art. 161 c.p.c.⁴⁰

4. — *Presunzione legale relativa di capacità di agire del minore e necessità educative.*

Se la capacità di discernimento è il presupposto dell'esercizio delle situazioni di natura esistenziale, essa non può che esserlo anche in relazione all'esercizio di quelle di natura patrimoniale, soprattutto considerato che queste ultime si trovano in posizione servente o strumentale rispetto alle prime.⁴¹

Pertanto, la capacità di agire è un concetto necessariamente *derivato* da quello di capacità di discernimento, del quale costituisce un naturale sviluppo. La capacità di agire, infatti, può definirsi *l'attitudine al compimento di atti di disposizione patrimoniale da parte di un soggetto capace di discernere*.⁴²

A conferma di ciò, è sufficiente ricordare che l'art. 428 c.c. prevede l'annullabilità degli atti a contenuto patrimoniale posti in essere dal soggetto che per qualsiasi causa, anche transitoria, fosse incapace di intendere e di volere al momento in cui li ha compiuti. Questa norma mostra chiaramente come la capacità di agire sia subordinata alla ricorrenza, in concreto, della capacità di intendere e di volere⁴³, la quale non è altro che l'aspetto rilevante, sul piano patrimoniale, della capacità di discernimento.⁴⁴

1217 ss.; F. TOMMASEO, *Il processo civile familiare e minorile italiano nel contesto dei principi europei*, *ivi*, p. 1265 ss.

⁴⁰ Cass., 27 gennaio 2012, n. 1251, in *Fam. e dir.*, 2012, p. 888 ss., con nota critica di F. ASTIGGIANO, *Ascolto del minore (infra)dodicesime nel procedimento di adozione in appello*.

⁴¹ Cfr. P. STANZIONE, *Diritti fondamentali dei minori e potestà dei genitori*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 455 ss., nota 21.

⁴² La necessaria connessione tra capacità di discernimento e capacità di agire è ben presente nell'art. 13 del codice civile svizzero: «Toute personne majeure et capable de discernement a l'exercice des droits civils».

⁴³ Cfr. A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, p. 148: «Substrato di fatto della capacità di agire è la naturale attitudine della persona ad intendere ed a volere».

⁴⁴ *Contra*, almeno in apparenza, P. RESCIGNO, *Capacità di agire*, in *Nov.mo Dig. it.*, II, Torino, 1957, p. 864, e *Id.*, *Capacità di agire*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, II, Torino, 1988, p. 214:

L'art. 428 c.c. dimostra che il soggetto maggiore di età, astrattamente capace di agire, può non esserlo in concreto: l'art. 2 c.c., dunque, pone soltanto una presunzione *iuris tantum* di capacità di agire in capo a chi abbia compiuto il diciottesimo anno di età. Si tratta di un'altra soglia di età stabilita dal legislatore, superabile dalla prova contraria raggiunta in sede di accertamento giudiziale della concreta capacità di discernimento.

La presunzione, infatti, è destinata a cadere, in tutto o in parte, tutte le volte in cui la incapacità di intendere e di volere sia accertata:

- a) con sentenza di interdizione;
- b) con sentenza di inabilitazione;
- c) con sentenza di annullamento dell'atto ex art. 428 c.c.;
- d) con decreto di nomina dell'amministratore di sostegno.

La capacità di agire, essendo una capacità derivata da quella di discernimento, è suscettibile, al pari di quest'ultima, di diverse *gradazioni*.⁴⁵

«Quando il soggetto sia legalmente capace di agire è irrilevante l'incapacità naturale. Questa rende invalido l'atto soltanto come elemento di una fattispecie complessa. Deve concorrere col grave pregiudizio dell'autore negli atti unilaterali (art. 428, 1° comma), col pregiudizio dell'autore e la malafede dell'altro contraente nei contratti (art. 428 capov.)». Le osservazioni dell'illustre Autore, pienamente condivisibili, si riferiscono in realtà alla irrilevanza della incapacità naturale *non dichiarata*. Ma tutte le volte in cui la incapacità naturale sia accertata dal giudice ai sensi dell'art. 428 c.c., la fattispecie complessa si è già realizzata, onde può dirsi a buon diritto che, *in questo caso*, la incapacità naturale *dichiarata* comporta necessariamente l'incapacità di agire, anche se quest'ultima non sia accertata giudizialmente, del soggetto maggiorenne. In altri termini, se il soggetto incapace di intendere e di volere fosse capace di agire, non avrebbe alcun senso (o sarebbe una contraddizione in termini) l'annullamento dell'atto da lui compiuto ad opera del giudice ex art. 428 c.c.

⁴⁵ L'etimologia del termine *capacità* (*capax*, che contiene, e *capere*, contenere) rivela una stretta connessione di esso con l'idea di contenenza e, quindi, di misurabilità e di graduabilità del contenuto, come testimoniato dalla relativa voce dell'opera cinquecentesca del famoso giureconsulto francese Barnabé Brisson (1531-1591), consigliere di Stato e presidente del parlamento durante il regno di Enrico III di Valois: cfr. BARNABAE BRESSONII, *Capax*, in *De verborum quae ad ius pertinent significatione libri 19. Per ordinem litterarum dispositi, indicem memorabilium omnium verborum quae in libris iuris civilis repperiuntur, infinitorumque prope locorum explicationem continentes. His accesserunt appendix praetermissarum quarundam vocum. Parergon liber singularis*, Lugduni, 1559, p. 95. Nello stesso senso, v. anche le voci *Capax* e *Capacitas* di Giovanni Calvino (Jehan Cauvin, 1509-1564): JOHANNIS KAHL, *Magnum Lexicon juridicum*, I, Coloniae Allobrogum, 1759, p. 233.

La effettiva capacità di agire deve rapportarsi, infatti, alla condizione personale del soggetto. E così, il giudice può stabilire che l'interdetto possa compiere da solo taluni atti di ordinaria amministrazione, oppure che l'inabilitato possa compiere da solo taluni atti di straordinaria amministrazione (art. 427, primo comma, c.c.); nel decreto di nomina dell'amministrazione di sostegno, il giudice indica gli atti che il beneficiario può compiere solo con l'assistenza dell'amministratore di sostegno (art. 405, comma 5, n. 4, c.c.); il minore emancipato può compiere da solo gli atti di ordinaria amministrazione (art. 394, primo comma, c.c.), mentre, se autorizzato all'esercizio di un'impresa commerciale, può compiere da solo gli atti di straordinaria amministrazione, anche se estranei all'esercizio dell'impresa (art. 397, comma 3, c.c.).

Orbene, se esiste una presunzione legale relativa di capacità di agire dei maggiori di età, viceversa non è ipotizzabile una presunzione relativa né, tanto meno, assoluta, di incapacità di agire del minore.

Sotto questo profilo, dalla lettura dell'art. 2 c.c. alla luce dell'art. 3 Cost. si evidenzia l'esigenza di garantire, in ossequio al principio di eguaglianza, che l'esclusione della capacità di agire del minore sia, al pari di quanto può avvenire per il maggiore di età, funzionale alla migliore tutela della sua personalità.⁴⁶

Queste indicazioni, del resto, sono confermate da un'interpretazione sistematica dell'art. 2 c.c. Ed infatti, l'atto dispositivo posto in essere dal minore è efficace fin quando non sia annullato ex art. 1425 c.c.⁴⁷, mentre la dimostrazione di un elevato grado di discernimento del minore, testimoniato dai raggiri mediante i quali egli ha occultato la sua minore età, impedisce in ogni caso l'annullamento del contratto che ha stipulato (art. 1426 c.c.). Sotto questo aspetto, anzi, può dirsi che la presunzione legale relativa di discernimento del minore che abbia compiuto i dodici anni dovrebbe implicare anche la presunzione che egli goda dell'attitudine al compimento di quegli atti a contenuto patrimoniale necessari – quanto meno – per garantire il pie-

⁴⁶ Cfr. P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, p. 141: «Il principio d'eguaglianza non si esaurisce nella capacità giuridica o nell'attitudine ad essere titolari di una situazione giuridica. Esso – che in tanto ha valore in quanto trova effettiva attuazione – si riferisce anche alla capacità d'agire; sì che la diseguaglianza di quest'ultima dev'essere pur sempre giustificata per una migliore realizzazione della personalità».

⁴⁷ Cfr. F. D. BUSNELLI, *Capacità ed incapacità di agire del minore*, cit., p. 67.

no esercizio dei diritti di libertà e delle situazioni esistenziali di cui è titolare.

Tuttavia, la libera autodeterminazione del minore capace di discernimento nell'ambito dei diritti personali e di libertà incontra sempre il limite derivante non solo dalla necessità di tutelare gli altri suoi interessi fondamentali costituzionalmente garantiti, ma anche dalle esigenze educative connesse all'esercizio della potestà genitoriale. Lo spazio di autonomia del minore, quindi, è sempre frutto di un delicato bilanciamento di interessi di rango costituzionale, cui il giudice perviene soltanto in via sussidiaria ed eventuale. Infatti, la peculiare condizione giuridica del minore, quale persona fisica soggetta alla potestà genitoriale oppure a tutela, lungi dal costituire un ostacolo insormontabile alla sua capacità di diritto privato, è invece il segno tangibile della speciale attenzione che l'ordinamento riserva alla cura dei suoi interessi preminenti per mezzo di coloro ai quali ne attribuisce la rappresentanza. Quest'ultima, infatti, si contraddistingue per essere strettamente connessa alla più ampia funzione educativa del minore che il rappresentante è chiamato a svolgere, specialmente nell'ambito della comunità familiare, allo scopo di promuovere la realizzazione della personalità del minore.⁴⁸

In questa prospettiva, l'eventuale impugnativa degli atti di disposizione patrimoniale compiuti dal minore, ad esempio ad opera del genitore dissenziente (v. art. 322 c.c.), è subordinata ad un procedimento giudiziale autorizzatorio nel corso del quale deve essere vagliata attentamente, in relazione alla concreta capacità di discernimento del minore, da un lato, e alle necessità educative coinvolte dalle dinamiche familiari, dall'altro, la reale conformità dell'atto all'interesse preminente del minore.⁴⁹

Il principio generale dell'ascolto del minore, infatti, è strumento di tutela

⁴⁸ Cfr. M. PARADISO, *I rapporti personali tra coniugi*, in *Comm. cod. civ.* Schlesinger-Busnelli, 2^a ed., Milano, 2012, p. 294 ss., p. 312 ss.

⁴⁹ Cfr. F. RUSCELLO, *La potestà dei genitori. Rapporti patrimoniali*, in *Comm. cod. civ.* Schlesinger-Busnelli, Milano, 2007, p. 202 ss., spec. p. 205, il quale osserva che, agendo i genitori nell'interesse del figlio minore e in virtù di un potere strettamente connesso all'esercizio della potestà, l'azione di annullamento da essi promossa è sottoposta al regime previsto dall'art. 320, comma 3, c.c., in quanto atto di straordinaria amministrazione. Ne consegue che «la valutazione del giudice in sede di autorizzazione all'azione di annullamento potrebbe essere tale da rigettare la richiesta del genitore (o dei genitori) e, senza con ciò convalidare l'atto, sempre annullabile su istanza del figlio stesso una volta raggiunta la maggiore età, far sì che il negozio (in astratto annullabile) produca ugualmente i suoi effetti».

tanto delle situazioni esistenziali quanto di quelle patrimoniali di cui egli è titolare. L'art. 315 *bis*, comma 3, c.c., postula l'audizione del minore da parte del giudice in *tutte* le procedure e le questioni che lo riguardano; la norma, pertanto, è riferibile anche ai giudizi civili riguardanti situazioni patrimoniali del minore.

Del resto, proprio la possibilità del figlio, entro cinque anni dal raggiungimento della maggiore età, di impugnare il contratto ex art. 1442, comma 2, c.c., dimostra la necessità dell'audizione del minore, atteso che il genitore si sostituisce ad un'attività che costui potrebbe compiere (o decidere di non compiere) in futuro.⁵⁰

È opportuno, tuttavia, chiedersi se, con riferimento ai c.d. atti di disposizione patrimoniale della vita quotidiana, o atti «minuti», possa concepirsi una presunzione legale relativa di capacità di agire del minore⁵¹, almeno di colui che abbia compiuto gli anni dodici, applicando analogicamente il capoverso dell'art. 409 c.c., secondo cui il beneficiario dell'amministrazione di sostegno può *in ogni caso* compiere gli atti necessari a soddisfare le esigenze della propria vita quotidiana⁵². La risposta può essere affermativa, a condizione che la nozione di atto della vita quotidiana sia rapportata al contesto familiare ed educativo nel quale il minore vive.

⁵⁰ In tal senso, v. F. GIARDINA, *La condizione giuridica del minore*, Napoli, 1984, p. 102: «Poiché, concedendo l'autorizzazione al genitore si sostituisce un'attività del figlio che sarebbe in futuro rimessa alla sua libera scelta, sembra opportuno limitare tale sostituzione a un'attività che trova concorde la volontà del soggetto direttamente interessato. Potrebbero, comunque, legittimare la concessione dell'autorizzazione in contrasto con le intenzioni del minore ragioni di particolare urgenza».

⁵¹ Cfr. M. GIORGIANNI, *In tema di capacità del minore di età*, in *Rass. dir. civ.*, 1987, p. 109, secondo cui il fondamento giuridico per questa attività dei minori è da rinvenire nell'art. 2 Cost. E già F. FERRARA, *Diritto delle persone e di famiglia*, Napoli, 1941, p. 50, prospettava la tesi di un acquisto anticipato della capacità di agire da parte del minore nel caso di atti negoziali «marginali», cioè di modesto importo economico.

Contra, anche con riferimento alla categoria degli atti di godimento, v. le osservazioni di A. FALZEA, *Capacità (Teoria generale)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 25: «Per queste categorie di atti non è esatto affermare che ai minori è riconosciuta capacità di agire: sono atti, invero, che possono validamente essere compiuti pure da interdetti e sulla validità dei quali non influisce neppure la incapacità naturale».

⁵² Cfr. M. CINQUE, *Il minore contraente. Contesti e limiti della capacità*, Padova, 2007, p. 121 ss.

Più in generale, nell'ambito di un processo di revisione codicistica, potrebbe accogliersi il principio sancito dell'art. 150, primo comma, del progetto di codice europeo dei contratti elaborato dall'Accademia dei giusprivatisti europei sulla falsariga del § 107 BGB⁵³, secondo cui il contratto concluso da un minore non è annullabile quando dal contratto stesso derivino soltanto dei vantaggi per l'incapace⁵⁴; anche in questo caso, tuttavia, la determinazione del vantaggio per il minore è questione di fatto che può formare oggetto di valutazione del giudice e non mette a riparo l'altro contraente dall'esito incerto dell'impugnativa contrattuale.

Rimane il fatto che, sul piano sistematico, dal necessario collegamento tra la capacità di discernimento e la capacità di agire, deriva una sostanziale unitarietà del concetto di capacità di diritto privato, intesa quale idoneità al compimento di atti sia a contenuto personale che patrimoniale. La distinzione tra capacità di discernimento e capacità di agire è destinata pertanto a cadere innanzi alle concrete esigenze di tutela degli interessi della persona, che vanno sempre considerati unitariamente, nonostante le differenti caratteristiche di essi, fondate sulla diversità della loro natura.

⁵³ V. § 107 BGB (Einwilligung des gesetzlichen Vertreters): «Der Minderjährige bedarf zu einer Willenserklärung, durch die er nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt, der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters».

⁵⁴ Nel diritto tedesco è sufficiente che il minore abbia compiuto i sette anni, età alla quale egli acquista una limitata capacità di agire (v. §§ 104, 105 e 106 BGB), affinché il contratto per lui vantaggioso sia valido. Cfr. G. ALPA, *I contratti del minore. Appunti di diritto comparato*, in *Contratti*, 2004, p. 525.

GIANCARLO SAVI*

IL RUOLO PROCESSUALE DEL MINORE

SOMMARIO: 1. Premessa — 2. Dall'audizione all'ascolto — 3. Il contesto normativo e la sua evoluzione — 4. Il canone della responsabilità genitoriale — 5. Il ruolo processuale dei figli nei giudizi familiari — 6. Il figlio minore come parte in senso sostanziale — 7. L'omissione dell'ascolto come ipotesi di violazione del principio del contraddittorio — 8. La nullità della decisione causata dall'omissione dell'ascolto del figlio minore — 9. Diritto all'ascolto quale autonomo e peculiare diritto del figlio in età minore: quesiti.

1. — *Premessa.*

Anche la Legge 10/12/2012 n° 219 pone il giurista del diritto delle persone e della famiglia di fronte ad una commistione di disposizioni sostanziali e processuali, colloca queste ultime, peraltro, soltanto nel codice civile e non in quello di rito; prosegue così questa discutibile tecnica legislativa, riservando all'attuazione giurisdizionale dei diritti in ambito civile l'angolo più angusto, con una superficialità che mette il Foro alla dura prova della ricostruzione del «prodotto difettoso», sul terreno della concreta realtà processuale; infatti, troppe e fondamentali questioni dell'incedere processuale, dovendo comunque dipanarsi, meritavano una sufficiente ed espressa previsione del corretto *iter*, aspettativa invece delusa.

Nell'approccio a questo tema del ruolo che ha assunto il figlio in età minore in tutti i procedimenti che lo coinvolgono, non è certo fuor di luogo rimarcare come, proprio sul versante processuale, il legislatore della riforma sulla filiazione ha perso l'ennesima occasione per superare la marcata ed irragionevole discriminazione¹, segnalata in ogni sede, mantenendo un

* Avvocato del Foro di Macerata, Osservatorio nazionale sul diritto di famiglia.

¹ Sulla quale diffusamente da anni ricorrevano sollecitazioni al legislatore; diffusi infatti, i rilievi della dottrina e dell'avvocatura familiarista; solo a titolo esemplificativo sia consentito rinviare ai cenni occasionati da un caso emblematico, in G. SAVI, *Mantenimento del figlio naturale, procedimento ex art. 148 c.c., competenza funzionale del giudice*, in *Fam. dir.*, 2009, p. 1023.

residuale doppio binario: il processo in cui è coinvolto il figlio «non matrimoniale», salve le eccezioni afferenti in particolare lo *status*, è affidato ancora al rito camerale e non può quindi, tutt'oggi, contare sulle garanzie del rito di ordinaria cognizione, riservato ai soli figli «matrimoniali»; una discriminazione stridente proprio con la positiva affermazione di principio introdotta con il nuovo art. 315 c.c., così perentoria, del quale invero da tempo la coscienza collettiva attendeva un riconoscimento.

2. — *Dall'audizione all'ascolto.*

L'art. 1, co. 8, della L. n° 219/'12, inserisce nel tessuto del codice civile l'art. 315*bis*, riscrivendo l'originario art. 315 c.c.

In realtà, questa norma ridisegna e con il tono di norma primaria, una sorta di «*statuto*» della posizione filiale.

Il comma 3° di tale disposizione, oggetto precipuo di questa esposizione, così testualmente recita: «Il figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici, e anche di età inferiore ove capace di discernimento, ha diritto di essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano».

Colpisce subito la terminologia nuova rispetto al quadro normativo anteriore: siamo passati dall'«audizione» della novella c.d. sull'affidamento condiviso di cui alla L. 8/2/2006 n° 54 (che inserì anche l'art. 155*sexies* c.c.), all'«ascolto»², che evoca profili di vicinanza ed immedesimazione piuttosto che una mera raccolta di dati; ed anche qualche inesattezza di troppo: allo stesso art. 1, co. 2, lett. d), si rinviene ancora, in tema di riconoscimento del figlio non matrimoniale, la necessità di «audizione» del figlio minore che abbia compiuto i dodici anni o parimenti capace di discernimento, mentre il diritto all'«ascolto» vige in tutte le procedure.

² S'impone la precisazione, per quanto possa apparire ovvia, che il diritto all'ascolto in questione sorge nei soli procedimenti in cui è coinvolto lo sviluppo della personalità del figlio minore, nei quali il suo interesse «preminente» è criterio di giudizio sul quale si fonda la giusta decisione, mentre è estraneo a quelli riguardanti i rapporti giuridici di diritto comune (ad es. quale proprietario di un fondo, quale contraente, etc.), nei quali sta in giudizio a mezzo del proprio legale rappresentante (genitori, o tutore, o curatore speciale), secondo le regole ordinarie per il soggetto di diritto incapace.

Indubbio che la norma, confermando l'anteriore principio³, impone come vedremo un salto di qualità: nel riconoscere il diritto soggettivo del figlio minore ad essere preventivamente «ascoltato» in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano, lo stesso non può più essere considerato solo quale individuo oggetto di protezione, ma come soggetto portatore anche di un autonomo diritto soggettivo di natura processuale, conforme alla sua generale posizione giuridica inalienabile, preesistente al processo.

3. — *Il contesto normativo e la sua evoluzione.*

Tale nuova prospettiva, che prefigura un ruolo centrale del figlio minore, si inserisce in un quadro complessivo che appare omogeneo ed univoco.

Anche a volersi limitare soltanto a qualche cenno, è d'uopo ricordare che:

- non si dubita più da alcuno in ordine all'irreversibile passaggio dall'esercizio della «potestà» come diritto/dovere del genitore⁴, in posizione di supremazia, all'assunzione della «responsabilità genitoriale» nell'interesse del figlio;
- del pari, già anteriormente, non si dubitava in ordine all'imprescindibile considerazione della posizione e volontà del figlio minore, direttamente e

³ Invero, l'orientamento della Suprema Corte di legittimità, come espresso da ultimo in Cass., 15 maggio 2013, n. 11687 (ma sono conformi, Cass., 17 maggio 2012, n. 7773, in *banca dati Leggi d'Italia*; Cass., 13 aprile 2012, n. 5884, in *Fam. dir.*, 2012, p. 653, con nota di V. CARBONE; Cass., 11 agosto 2011, n. 17201, in *banca dati Platinum Utet*; Cass., 19 maggio 2010, n. 12293, in *Foro it.*, 2011, I, c. 2766; Cass., Sez. un., 21 ottobre 2009, n. 22238, in *Fam. dir.*, 2010, p. 364, con nota di A. GRAZIOSI; Cass., 16 aprile 2007, n. 9094, *ivi*, 2007, p. 883), nel disegnare come un bilancio sul tema dell'audizione del minore in applicazione del previgente dato normativo, ha assunto toni perentori persino inusuali, giungendo all'affermazione di «imprescindibilità dell'audizione», a pena di nullità della sentenza, mentre le modalità devono risultare tali da garantire l'esercizio effettivo del diritto del minore di esprimere liberamente la propria volontà.

⁴ P. STANZIONE, *Minori (condizione giuridica dei)*, in *Enc. dir.* (annali IV), Milano, 2011, p. 725; F. RUSCELLO, *Potestà dei genitori e rapporti con i figli*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, Trattato diretto da Ferrando, Bologna-Roma, 2007, p. 3; M. DOGLIOTTI, *La potestà dei genitori e l'autonomia del minore*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger*, Milano, 2007, p. 98 ss.; si rinvia inoltre ai richiami più ampi che seguono.

personalmente espressa al raggiungimento di soglie di età ribassate (seppur la novella evidenzia un'irrazionale disomogeneità), anche nei giudizi ove il figlio minore assume la qualità di parte seppur rappresentata (cioè nei giudizi aventi ad oggetto lo *status filiationis*, l'adozione, e le controversie *de potestate* di cui agli artt. 330 ss. c.c.), né si dubitava dell'esigenza di nominare allo stesso figlio un curatore speciale all'affacciarsi di un conflitto di interessi con il proprio genitore;

- la stessa delega legislativa [art. 2, co. 1, lett. i), L. n° 219/'12], conferita in ordine alle modalità di esercizio del diritto all'ascolto del figlio in età minore, fa riferimento a criteri tipicamente processual-civilistici, in termini di tipizzazione che attinge plurimi profili essenziali;
- milita in tal senso anche il nuovo rito disegnato (art. 3 L. n° 219/'12) per i figli non matrimoniali, nei procedimenti *ex* art. 317*bis* c.c., avanti al Tribunale ordinario, con massiccio ridimensionamento delle competenze del Tribunale minorile⁵, ed anche in ordine alle controversie *de potestate* ove già penda un giudizio di separazione e divorzio, oppure quello *ex* art. 316 c.c. (ma non anche quello *ex* art. 317*bis* c.c. paradossalmente dimenticato, almeno stando al tenore letterale e nell'impossibilità di far ricorso all'analogia), nonché la preferenza per l'opzione di un *simultaneus processus*, quale diffusa espressione dei canoni del giusto processo, cui la giurisprudenza era già arrivata, ad esempio, con il figlio maggiorenne⁶;
- risponde invero alla stessa logica processuale anche il chiaro riconoscimento, seppur affidato alla delega legislativa [art. 2, co. 1, lett. p), L. n° 219/'12], di un ruolo processuale anche per i nonni⁷, finalmente legittimati ad agire, diritto che corrisponde a quello più ampio attribuito al minore proprio dal nuovo art. 315*bis* c.c.

A questo punto sono imprescindibili alcune digressioni.

Questo percorso di analisi processuale è tema comunque disagiata e persino intimorisce quanti agiscono nei procedimenti civili che originano

⁵ Sulla quale competenza residuale peraltro già emergevano importanti arresti giurisprudenziali, tra i quali, App. Milano, 21 febbraio 2011, in *Corr. merito*, 2012, p. 32; e Trib. min. Trieste, 18 maggio 2011, in *Fam. min.*, 2011, 8, p. 67.

⁶ Cass., 19 marzo 2012, n. 4296, in *Giur. it.*, 2012, p. 1288.

⁷ Da ultimo ancora esclusa da Cass., 27 dicembre 2011, n. 28902, in *Fam. dir.*, 2012, p. 348, con nota di E. VULLO, e da Cass., 16 ottobre 2009, n. 22081, in *Fam. min.*, 2009, 11, p. 42.

dalla crisi delle relazioni coniugali/genitoriali; l'inquietudine è poi evidente se solo si considera come la novella enuclea una «famiglia genitoriale», cioè in mera correlazione al fatto di filiazione, comunque generata; in questo nuovo contesto normativo il figlio assume una posizione centrale marcata (tanto da far persino intravedere un qualche disorientamento della figura genitoriale, gravata di nuove responsabilità a dir poco imponenti, come il decalogo dettato dal nuovo art. 315^{bis} c.c. evidenzia, mentre nuove e temibili sanzioni vengono ridisegnate); peraltro, ciò impone alla legislazione prossima ventura di attuare finalmente quell'esigenza di appropriata sensibilità e di specializzazione sia per gli organi giudicanti che, ancor prima, per l'avvocatura titolata alla garanzia di tutela di tali situazioni giuridiche soggettive (percorso invero già innescato dal nuovo Ordinamento Forense di cui alla L. 31/12/2012 n° 247, art. 9), il che impone l'esigenza di intensificare l'interdipendenza tra le Accademie universitarie ed il Foro.

Le difficoltà concrete sono fatte palesi dal dover coniugare il legame di sangue più sacro con le regole processuali: dal biblico monito «onora il padre e la madre», ai «diritti fondamentali della persona», approdando all'odierna «responsabilità genitoriale» con l'interesse del minore in posizione di preminenza.

Inevitabile allora ripercorrere la «cornice» di riferimento del tema.

Indubbio che ci troviamo nuovamente di fronte ad uno dei principali interrogativi del processualista: chi può fare cosa, come e con quali effetti?

I procedimenti che riguardano relazioni familiari, più di altri pongono questo quesito, senza sfuggire al principio universalmente condiviso per cui funzione di qualsivoglia procedimento giurisdizionale è attuare il diritto dei singoli, che sono ammessi a parteciparvi per far valere tale propria posizione, al fine di veder conseguito un corretto giudicato⁸.

⁸ Secondo le note garanzie costituzionali di cui agli artt. 2, 3, 24 e 111 Cost., in quanto un processo è giusto nella misura in cui sia strutturato in modo da indirizzarsi, nel rispetto delle garanzie, a produrre risultati accurati, ossia provvedimenti cognitivi corretti, sia quanto alla soluzione delle questioni di fatto che a quelle di diritto; A. CARRATTA, *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 26; L.P. COMOGLIO, *Etica e tecnica del "giusto processo"*, Torino, 2004, p. 276; R. BRACCIALINI, *Spunti tardivi sul giusto processo*, in *Questione giustizia*, 2005, p. 1208; M. TARUFFO, *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 276; G. BERTOLINO, *Contributo allo studio della relazione tra garanzie processuali e accertamento dei fatti nel processo civile*, Torino, 2010.

Nella specie, l'ascolto del minore⁹ prescinde dall'eventuale suo ruolo processuale di parte del giudizio ed è strumento reputato indispensabile, dal lato del giudice, per «comprendere» e, dal lato filiale, per farsi «capire», senza che un tale confronto assuma la tipica valenza d'un mezzo di prova¹⁰: sul punto appare ben consolidato l'indirizzo della giurisprudenza di legittimità¹¹; d'al-

⁹ Sul tema la bibliografia è davvero ampia, fra i contributi recenti, vedi F. TOMMASEO, *Per una giustizia "a misura del minore": la cassazione ancora sull'ascolto del minore*, in *Fam. dir.*, 2012, p. 39; G. CASABURI, *L'ascolto del minore tra criticità processuali ed effettività della tutela*, in *Corr. merito*, 2012, p. 32; F. PARENTE, *L'ascolto del minore: i principi, le assologie e le fonti*, in *Rass. dir. civ.*, 2012, p. 459; E. VULLO, *Procedimenti in materia di famiglia e di stato delle persone*, in *Comm. del c.p.c.* a cura di Chiarloni, Bologna, 2011, I, p. 152; P. DI MARZIO, *L'audizione del minore nei procedimenti civili*, in *Dir. fam. pers.*, 2011, p. 366; G. CAMPESE, *L'ascolto del minore nei giudizi di separazione e divorzio, tra interesse del minore e principi del giusto processo*, in *Fam. dir.*, 2011, p. 958; L. QUERZOLA, *Il processo minorile in dimensione europea*, Bologna, 2010, sub cap. 3; F. DANOVÌ, *L'audizione del minore nei processi di separazione e divorzio tra obbligatorietà e prudente apprezzamento giudiziale*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 1424; A. GRAZIOSI, *Ebbene sì, il minore ha diritto di essere ascoltato nel processo*, in *Fam. dir.*, 2010, p. 365; A. CARRATTA, in *Le recenti riforme del processo civile*, a cura di Chiarloni, Bologna, 2007, p. 1469. Giova rimarcare come l'istituto dell'audizione è risultato probabilmente il più disapplicato della novella c.d. sull'affidamento condiviso per le forti resistenze delle Corti, tendenza che prevale anche nella posizione processuale assunta dai contendenti coniugi/genitori, che di norma non gradiscono (se non temono, ma questa constatazione la dice lunga) vedere i propri figli condotti in Tribunale; evidentemente il sentire massivo delle nostre tradizioni familiari non è pienamente in linea con un tale strumento o la norma ha fatto un salto in avanti di taglio pedagogico rivolto al futuro, e quel «dispone» è fin troppo significativo; peraltro, l'esperienza insegna come i genitori, posti di fronte ai risultati dell'audizione del proprio figlio, assumono spesso un nuovo atteggiamento volto all'assunzione di esatta consapevolezza delle responsabilità, con attenuazione del loro anteriore antagonismo.

¹⁰ Sull'argomento, da ultimo, R. RUSSO, *I mezzi di prova e l'audizione del minore*, in *L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia*, a cura di Sesta e Arceri, Torino, 2012, p. 814. Sul tema, si impone comunque il richiamo di: G. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli-Camerino, 1974; S. CHIARLONI, *Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, p. 819; B. CAVALLONE, *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991; ID., *Critica alla teoria delle prove atipiche*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, p. 679; F. CARNELUTTI, *La prova civile*, Milano, ristampa 1992; M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992; ID., *Prove atipiche e convincimento del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1973, 389; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino, 2010.

¹¹ Rinvenibile in particolare anche nell'arresto di questi giorni, Cass., 15 maggio 2013, n. 11687, nonché negli anteriori precedenti di Cass., 10 giugno 2011, n. 12739, in *Fam. dir.*, 2012, p. 37; Cass., 26 marzo 2010, n. 7282, *ivi*, 2011, p. 268, con nota di L. QUERZOLA; Cass., Sez. un., 21 ottobre 2009, n. 22238, cit.

tro canto, risulta agevole il rilievo per cui l'ascolto non è imposto al giudice in funzione del diritto del figlio minore di «difendersi provando» - il che peraltro si sostanzierebbe soltanto nella sua voce personale¹² -, ovvero in funzione dell'accertamento della verità dei fatti controversi; è invece garantito a pena di validità del procedimento e del suo «risultato», siccome del suo esito il giudice deve tener conto.

L'oggetto di queste riflessioni è quello di ricercare quale eventuale nuovo ruolo processuale possa delinearsi per il figlio minore avente diritto all'ascolto, nei procedimenti in cui è comunque coinvolto, siccome soggetto in età evolutiva; va da sé che l'analisi è perciò strettamente correlata alla sua condizione giuridica sostanziale.

4. — *Il canone della responsabilità genitoriale.*

Dottrina e giurisprudenza hanno rivolto viva attenzione alla condizione giuridica dei figli minori, modificando nel tempo le proprie espressioni su questo tema invero cruciale; lo sviluppo delle loro analisi ha visto il passaggio da un approccio centrato sui contenuti ed i limiti della potestà genitoriale, in rapporto alla quale il minore ne era l'oggetto, ad una concezione che privilegia la centralità del minore quale soggetto: questo essenziale riequili-

¹² Pur risultando arduo collocare lo strumento dell'ascolto, secondo tipiche categorie processual-civilistiche, sembra preferibile diversificarlo tenendo conto dell'evidente specificità e peculiarità di tale atto processuale, rispetto ad ogni altro. Ciò non di meno, gli esiti dell'ascolto del figlio hanno di fatto una portata allegativa/cognitiva, che onera il giudice della correlata valutazione, da riversarsi nella parte motiva delle statuizioni dettate. Si segnala in punto l'opinione che propende per una qualche assimilazione all'interrogatorio libero ex art. 117 c.p.c. od alla cosiddetta consulenza percipiente (in tal senso, presupposta l'obbligatorietà dell'ascolto, R. DONZELLI, *I soggetti nei procedimenti di separazione e divorzio*, in *Trattato della separazione e divorzio* a cura di Lupoi e Berti, in corso di pubblicazione per Maggioli, II, cap. 4), ovvero, l'altra che intravedeva una qualche affinità strutturale e funzionale tra l'audizione e l'ispezione (F. CARNELUTTI, *Diritto e processo - Tratt. proc. civile*, Napoli, 1958, p. 195); in generale, relativamente all'inquadramento dell'audizione come strumento «difensivo» in contesti processuali camerali, L.P. COMOGGIO, *Difesa e contraddittorio nei procedimenti in camera di consiglio*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, p. 753; v. anche G. SANTARCANGELO, *La volontaria giurisdizione*, Milano, 2004, I, p. 115.

brio dei ruoli ha trasformato il soggetto giuridico in minore età da destinatario delle decisioni genitoriali e comunque altrui, a protagonista della propria sfera soggettiva e titolare di un «interesse preminente» che reclama tutela.

Questa evoluzione - che s'inserisce nel più ampio contesto di una nuova sensibilità a favore dei «soggetti deboli» - segue la stessa affermazione storica dei principi giuridici che permeano l'ordinamento positivo per quanto riguarda il riconoscimento dell'inviolabilità, dell'autonomia e della libertà dei singoli, quali diritti inviolabili dell'uomo (artt. 2 e 3 Cost.), al fine d'assicurare il pieno sviluppo dell'individuo anche nelle formazioni sociali di cui fa parte ed in primo luogo nella famiglia. In quest'ottica, il contenuto dei poteri in cui si sostanzia la responsabilità genitoriale, via via che si accresce l'autonomia del figlio nel suo percorso volto ad acquisire progressivamente l'educazione e, quindi, l'attitudine alla vita adulta, subisce una sorta di graduazione: dalla massima esplicazione nei primi anni di vita, passa per un'attenuazione del potere di direttiva e controllo, sino a dissolversi elasticamente in prossimità del traguardo della maggiore età, o a meglio dire, della sua maturazione soggettiva, presunta in coincidenza con il compimento dell'età in cui consegue il riconoscimento della capacità di agire (art. 2 c.c.).

Ma ciò che in ogni caso più rileva è l'obbligo in quanti esercitano la responsabilità genitoriale, di contemperare l'esercizio dei poteri a essa connotati con il rispetto della personalità e delle libertà costituzionali del figlio, imponendosi anche ad essi l'equazione minore – persona; pertanto, il rispetto della dignità della persona e dello sviluppo della sua personalità finisce per coincidere con quel criterio guida definito «interesse del minore»¹³, ma

¹³ A. PALAZZO, *La Filiazione*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger*, Milano, 2013, p. 532 ss.; P. VERCELLONE, *Il controllo giudiziario nell'esercizio della potestà*, in *Tratt. di diritto di famiglia* diretto da Zatti, Milano, 2012, II, p. 1231 ss.; G. MASTRANGELO, *La posizione giuridica del minore nelle dinamiche familiari*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 1521; M. DOGLIOTTI, *Affidamento condiviso e diritto dei minori*, Torino, 2008, p. 25; C.M. BIANCA, *Diritto Civile, 2. La famiglia. Le successioni*, Milano 2005, p. 319; G. FERRANDO, *Il matrimonio*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo-Mengoni*, Milano, 2002, p. 64; P. PERLINGIERI e P. PISACANE, *Commento alla Costituzione italiana*, Napoli, 2001, p. 191; M. SESTA, *Genitori e figli tra potestà e responsabilità*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 219; M. GIORGIANNI, in *Comm. al diritto italiano della famiglia*, a cura di Cian-Oppo-Trabucchi, IV, Padova, 1992, sub artt. 315-318; P. RESCIGNO, *L'individuo e la comunità familiare*, in *Persona e Comunità. Saggi di diritto privato*, Padova, 1988, II, p. 231 ss.; A. TRABUCCHI, *Il "vero interesse" del minore e i diritti di chi ha l'obbligo di educare*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, p. 717.

occorre anche considerare che la comprensione di questo valore, pur significando che l'esercizio della responsabilità genitoriale deve attuarsi nel concreto in connessione armonica con la personalità del figlio, non è momento agevole, implicando valutazioni invero ardue.

Già nel codice civile si rinvenivano tracce significative di un tale principio, pur frammisto al distinto concetto dell'«interesse della famiglia»: infatti, l'art. 316, co. 2, c.c., nel prevedere che la potestà è esercitata di «comune accordo» da entrambi i genitori, finisce per mettere in correlazione una tale autonomia con tutti i valori costituzionali inalienabili¹⁴, mentre l'art. 333 c.c., pur prefigurando l'ipotesi della condotta genitoriale pregiudizievole al figlio, presuppone proprio la nozione della salvaguardia dell'interesse del minore, nel senso di tenerlo indenne da pregiudizi, sia di natura fisica che psichica; ed una simile deduzione può discendere anche dall'art. 334 c.c., pur risultando le sfere patrimoniali subalterne rispetto a quelle esistenziali, per effetto della graduazione disegnata dalla carta costituzionale.

Ben più pregnante l'espressione rinvenibile nell'art. 317**bis** c.c., introdotto con la riforma del diritto di famiglia del 1975, ove compare l'espressione «il giudice, nell'esclusivo interesse del figlio...»; ma la traccia più significativa si rinviene nel combinato disposto *ex* artt. 143, 144, 147 e 261 c.c., anch'essi novellati nel 1975, dal quale può derivarsi non solo il contenuto di cura e protezione, materiale e morale, ma l'esigenza di tutela proprio dell'adeguata formazione della personalità ancora *in fieri* del figlio.

La difficoltà di individuare il contenuto obiettivo ed astratto dell'interesse del minore al fine di guidare validamente l'interprete, ha indotto ad una metodologia casistica, per cui a seconda delle circostanze concrete, viene individuato, di volta in volta, il profilo prevalente, con incisivo controllo giudiziale

¹⁴ I rapporti tra famiglia ed istituzioni risultano d'altronde profondamente mutati: il venire in primo piano dei diritti delle persone che la compongono ha prodotto una sorta di «privatizzazione», con conseguente «scolorire» degli interessi pubblici in campo familiare, in quanto, lo Stato deve rispettare la vita privata e familiare, ed intervenire soltanto (per quanto qui rileva) ove risulti pregiudicato il futuro adulto del minore; cfr. in tema, F. RUSCELLO, *Accordi sulla crisi della famiglia e autonomia coniugale*, Padova, 2006; L. BALESTRA, *La famiglia di fatto tra autonomia ed etero regolamentazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, II, p. 196. Sui limiti dell'autonomia negoziale mi sia consentito rinviare a G. SAVI, *Quali possibili obbligazioni contrattuali tra ex amanti divenuti genitori?*, in *Dir. fam. pers.*, 2012, p. 236.

dell'esercizio della responsabilità genitoriale; così, tra i tanti possibili esempi di un tale operare, in giurisprudenza è emerso il diritto del minore ad essere se stesso¹⁵ e quello alla propria identità genetica¹⁶, ma ha indotto anche a classificazioni in negativo, escludendo ad esempio il capriccio, l'arbitrio o la prevaricazione.

Il minore d'altronde vede il proprio interesse nella molteplicità delle condizioni connesse ontologicamente alla sua crescita, con tutte quelle variabili esistenziali diverse da individuo a individuo. La capacità di rendersi attore delle scelte che concernono la promozione della propria sfera giuridica, non può che essere il frutto della capacità di discernimento, cioè di quella sufficiente maturità di giudizio, presupposto che può giustificare l'autonomia della persona: un'autonomia che non solo limita le determinazioni dei genitori assunte o durante il fisiologico rapporto relazionale o col controllo del giudice durante le eventuali fasi patologiche, ma modulata secondo le singole età e le sviluppate capacità del minore nel suo percorso educativo. Tale conclusione investe il tema della capacità di agire, un ambito affatto nuovo poiché l'ordinamento ben conosce ipotesi di capacità d'agire speciale correlate all'età, sia pure in modo disorganico¹⁷.

¹⁵ Così ad esempio, Cass., 5 febbraio 2008, n. 2751, in *Guida dir.*, 2008, 9, p. 36, con nota di C. PADALINO; Cass., 26 maggio 2006, n. 12641, in *Dir. fam. pers.*, 2006, p. 1649, con nota di F. GAZZONI.

¹⁶ Tra altre cfr., Cass., 11 gennaio 2006, n. 395, in *Foro it.*, 2006, I, c. 2356; Cass., 16 novembre 2005, n. 23074, in *Giust. civ.*, 2006, I, p. 1212.

¹⁷ Un sommario elenco porta a menzionare, quanto al codice di rito, il combinato disposto di cui agli artt. 75 e 79; quanto al codice civile esistono numerose disposizioni, tra le quali spiccano, l'art. 2, co. 2 (cui inerisce anche il D. L.vo n. 262/2000), nonché gli artt. 84, 90, 165 e 390; 394 e 395; 244, 250, 252, 264, 273 e 284; l'antecedente art. 315; gli artt. 145, 316 e 317**bis**, al cui procedimento è stata peraltro estesa anche l'applicazione dell'art. 155**sexies**; gli artt. 320, 321 e 324; 371, n. 1; 397 e 425; peculiare valenza assume infine l'art. 1442 in punto al «destino» degli atti negoziali compiuti da persona incapace, che non sono nulli di diritto ma soltanto annullabili e nel breve termine di prescrizione ivi fissato. Nel c. nav. l'art. 324. Nel c. pen. spiccano gli artt. 120 e 153. Nelle leggi speciali, emerge l'art. 108 L. dir. autore; l'art. 4 St. lav.; gli artt. 7, 25, 44 e 45 L. adozione; l'art. 12 L. n. 194 del 1978 sull'interruzione di gravidanza della minorenne; l'art. 4 D.P.R. n. 156 del 1999 sulla libertà d'associazione studentesca; l'art. 1 L. n. 281 del 1986 sulla facoltà dello studente di scuola media superiore di optare l'insegnamento religioso; l'art. 120 del D.P.R. n. 309 del 1990 sull'autonomo accesso del minore alle strutture terapeutiche per la cura delle tossico-

Pur in un ambito, quello delle relazioni familiari/genitoriali, ove tutte le libertà individuali e le personalità dei singoli componenti debbono trovare tutela e realizzazione, la posizione del figlio in età minore ha assunto una precipua distinzione, oltre che per effetto del richiamato dettato costituzionale, in esito alla Dichiarazione dei diritti del fanciullo, proclamata a New York nel 1989 e ratificata con L. 27/5/1991 n° 176, ove il suo interesse assume una considerazione primaria¹⁸; dopo le timide aperture di cui all'art. 4, co. 8, L. Div., seguirono la L. 20/3/2003 n° 77 di ratifica della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli¹⁹, il Regolamento CE 27/11/2003 n° 2001, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea²⁰, ed infine la menzionata disposizione contenuta nell'art. 155^{sexies} c.c., introdotto dalla L. 8/2/2006 n° 54.

È bene però sottolineare come una tale considerazione primaria non significhi certo esercizio di diritti o prerogative in conformità ai *desiderata* del minore stesso, il che equivarrebbe simmetricamente a quel diritto anche alla prevaricazione del genitore verso il figlio, intrinsecamente connesso con l'istituto della potestà secondo le originarie previsioni codicistiche, oggi certamente tramontato.

dipendenze; l'art. 4 del D. L.vo n. 211 del 2003 sul trattamento sperimentale di medicinali; la L. n. 38 del 2010 sull'accesso del minore alle cure palliative ed alle terapie del dolore. Da sottolineare come la giurisprudenza ha riconosciuto al minore il diritto di stare in giudizio personalmente (cioè senza il filtro dei propri genitori o di altro rappresentante legale), allorché la sua libertà personale risultava «compressa» dalla decisione genitoriale di sottoporlo a cure mediche in sede psichiatrica, contro il suo volere; cfr. Trib. min. Milano, 15 febbraio 2010, in *Fam. dir.*, 2011, p. 401, con nota di F. RUSCELLO.

¹⁸ T. LONGOBARDO, *La convenzione internazionale sui diritti del fanciullo*, in *Dir. fam. pers.*, 1991, p. 386; D. FOTTELL, *Revisiting children's rights: ten years of the un convention on the rights of the child*, Bruxelles, 2000.

¹⁹ G. MAGNO, *Il minore come soggetto processuale*, Milano, 2001; A. LIUZZI, *La Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli: prime osservazioni*, in *Fam. dir.*, 2003, p. 287; J. LONG, *Il diritto italiano della famiglia alla prova delle fonti internazionali*, Milano, 2006.

²⁰ La Carta, pubblicata il 14 dicembre 2007 (G.U.U.E. serie C/303), è entrata in vigore, unitamente al Trattato di Lisbona, il 1° dicembre 2009.

5. — *Il ruolo processuale dei figli nei giudizi familiari.*

A questo punto, evidente risultando la conclusione secondo cui il novello art. 315*bis* c.c., costituisce il punto di approdo di un lungo percorso, il quadro appare sufficiente per tornare all'oggetto specifico di queste riflessioni.

Il ruolo assunto dai figli nei giudizi che traggono origine dalla crisi del rapporto familiare, impegna da tempo la aule giudiziarie e di recente si è profilata importante casistica inerente la legittimazione del figlio maggiorenni che versa nelle condizioni prefigurate nell'art. 155*quinquies* c.c., ad intervenire nei giudizi di separazione e divorzio tra i propri genitori, a tutela del diritto al mantenimento di cui è titolare, soluzione che ha visto l'avallo dell'organo di legittimità²¹.

Fino ad ora, i figli minori, che per espressa previsione non rivestono la qualità di parte nei giudizi di separazione, divorzio (comprese modificazioni, revisioni ed altre sedi quale quella di cui all'art. 709*ter* c.p.c.), ex art. 316 e del «ridisegnato» art. 317*bis* c.c.²², veicolano la loro tutela in tali procedimenti attraverso le domande e le deduzioni dei genitori, unici legittimati ad agire²³, ma anche con le domande e le deduzioni dell'interveniente pubblico ministero ed i poteri officiosi del giudice. In altri procedimenti, la legge attribuisce loro espressamente o per effetto di attività ermeneutica costituzionalmente orientata, la qualità di parte, come avviene nei giudizi aventi ad oggetto lo *status filiationis*²⁴, l'adozione²⁵ e le controversie *de potestate* di cui agli artt. 330 ss. c.c.; il discrimine è stato lucidamente disegnato dalla Corte delle leggi²⁶.

²¹ Mi sia consentito così rinviare a G. SAVI, *Legittimazione del figlio maggiorenni ad intervenire nel giudizio di separazione coniugale dei genitori*, in *Giur. it.*, 2012, p. 1290, in nota a Cass., 19 marzo 2012, n. 4296, ed all'antecedente ID., *Intervento del figlio maggiorenni nei giudizi coniugali/genitoriali aventi ad oggetto il proprio mantenimento*, *ivi*, 2011, p. 82.

²² Cioè il giudizio tra genitori dei figli «non matrimoniali», ai primi assimilato, quale procedimento in genere coincidente con la crisi della famiglia di fatto, secondo la fondamentale Cass., Sez. un., 3 aprile 2007, n. 8362, in *Fam. dir.*, 2007, p. 446, con nota di F. TOMMASEO.

²³ Cfr. in particolare l'espresso tenore degli artt. 150 c.c. e 3, co. 1, L. Div.; v. per tutti, F. SCARDULLA, *La separazione personale dei coniugi ed il divorzio*, Milano, 2003, p. 629.

²⁴ Artt. 235, 244 (247, 248, 249), 250, 251, 263, 264, 269, 273, 280 c.c.

²⁵ L. 4 maggio 1983, n. 184, come integrata dalla L. n. 149/2001 (art. 8, 4° comma).

²⁶ Corte cost., 30 gennaio 2002, n. 1, in *Foro it.*, 2002, I, 3302, con nota di A. PROTO

Questo articolato sistema lasciava aperto il problema di individuare con quali modi prendere in adeguata considerazione la posizione soggettiva del figlio minore, in particolare nei procedimenti ove non assume la qualità di parte. Infatti, il figlio è portatore di interessi soggettivi propri che non coincidono necessariamente con quelli fatti valere dai genitori²⁷, sicché risulta insufficiente la tutela dei suoi diritti ed interessi in un contraddittorio dal quale egli è assente²⁸, nonostante i poteri officiosi esercitati in tali sedi dal giudice, che ben può, nell'interesse del minore, prescindere non solo dagli *alligata* delle parti, ma anche dai loro *petita*²⁹.

Sotto la determinante influenza delle ricordate fonti di diritto convenzionale, tra le quali il Regolamento CE n. 2201/2003 che con il suo art. 23 impedisce il riconoscimento delle decisioni giurisdizionali di uno Stato membro, se sono state rese senza che il minore abbia avuto la possibilità di essere ascoltato, è emerso quel vero e proprio diritto della personalità del figlio a non rimanere estraneo alla vicenda relazionale in cui è coinvolto e, quindi, ai provvedimenti necessariamente assunti anche nei suoi riguardi.

Così, adeguandosi a tali indicazioni, la soluzione data dal nostro legislatore con l'art. 155 *sexies* c.c., ad individuazione di uno strumento di presenza, anche nel procedimento, consona al diritto della personalità sotteso, è stata quella dell'audizione personale, imponendo tale momento essenziale del

PISANI, *Battute d'arresto nel dibattito sulla riforma del processo minorile* (cfr. dello stesso A., *Ancora sul processo e sul giudice minorile*, in *Foro it.*, 2003, V, c. 213, e ID., *Garanzia del giusto processo e tutela degli interessi dei minori*, in *Questione giustizia*, 2000, p. 467), e di S. SERGIO, *La tutela civile del minore e le cosiddette prassi distorsive della giustizia minorile*, ed in *Fam. dir.*, 2002, p. 229, con nota di F. TOMMASEO, *Giudizi camerali de potestate e giusto processo*; cfr. inoltre, Corte cost., 9 dicembre 2011, n. 83, *ivi*, 2011, p. 545, con nota di F. TOMMASEO; Corte Cost. 12 giugno 2009, n. 179, in *Fam. dir.*, 2009, p. 869, con nota di A. ARCERI; Corte cost., 14 luglio 1986, n. 185, in *Giur. it.*, 1988, I, 1, c. 1112.

²⁷ Diffuso il rilievo secondo cui l'apprezzamento del volere e del bene dei figli, da parte del genitore, può risultare offuscato da interpretazioni soggettive.

²⁸ Ma l'esigenza di reale ed effettiva tutela emerge anche in quelli ove è parte in giudizio, attraverso i noti meccanismi di rappresentanza del soggetto di diritto incapace, aldilà dei poteri e delle facoltà processuali in tale veste astrattamente esercitabili.

²⁹ Esemplari in tal senso, Trib. Genova, 6 febbraio 2007, in *Foro it.*, 2007, I, c. 946; Cass., 3 agosto 2007, n. 17043, in *banca dati Il Foro Italiano*.

processo che lo coinvolge, a pena di nullità³⁰, anche nei giudizi in cui non è prevista la sua partecipazione in qualità di parte; senza riconoscere con ciò poteri processuali formali da esercitarsi dal minore in posizione di parità rispetto alle parti «adulte»; in tale forma si è individuato non soltanto un atto del processo ineludibile³¹ ma un «metodo processuale», fatto evidente dall'essere di puntuale ed adeguata motivazione anche sui risultati dell'audizione.

Ciò riassunto, con il passaggio dall'art. 155~~sexies~~ all'art. 315~~bis~~ c.c., appare subito evidente come la nuova disposizione vada oltre, in quanto non ci si trova più soltanto a fronte di un momento formale del processo imposto al giudice («dispone»), ma ad un vero e proprio diritto soggettivo ad essere ascoltato, di diretta e personale pertinenza del figlio.

Questo diritto comporta l'ammissione del minore nel processo per esporre personalmente la propria volontà, direttamente al giudice che dovrà regolare le condizioni del rapporto sostanziale (filiazione) in cui si trova necessariamente coinvolto.

In questo modo sembra finalmente giunto a conclusione il lungo cammino che è stato necessario ripercorrere; deve così registrarsi che anche il nostro ordinamento riconosce al minore questo diritto di natura processuale, quale esplicitazione della sua propria posizione di diritto di persona umana in età evolutiva, di rango inviolabile.

Questo diritto, ridisegnato dal nuovo «statuto della posizione filiale», apre perciò nuovi scenari e sembra segnare in qualche modo anche il superamento della dicotomia capacità giuridica/capacità di agire, confermando una diversa capacità che ne condiziona la titolarità, quella di discernimento.

³⁰ Secondo Cass., 17 maggio 2012, n. 7773, cit.; Cass., 26 marzo 2010, n. 7282, cit.; Cass., Sez. un., 21 ottobre 2009, n. 22238, cit., anche per violazione del principio del contraddittorio, come si trattasse di una sorta di minimale «surrogato» partecipativo del figlio minore al giudizio. Di contrario avviso Cass., 10 giugno 2011, n. 12739, cit., che esclude espressamente una tale conclusione ermeneutica.

³¹ Solo la manifesta contrarietà allo stesso interesse del minore può infatti giustificare l'esclusione dell'ascolto, ma del ricorrere di una tale eccezione (grave danno in capo al minore prodotto direttamente dall'atto processuale in questione, che peraltro deve emergere come inevitabile anche con l'adozione di modalità di ascolto capaci di elidere il pregiudizio), il giudice è onerato di una puntuale motivazione; ed il principio emerge dagli stessi precedenti giurisprudenziali sopra citati; cfr. peraltro anche Cass., 27 luglio 2007, n. 16753, in *Dir. fam. pers.*, 2008, p. 60.

Se può farsi un confronto, il collegamento corre istintivamente al rimedio di recente introdotto, a tutela degli adulti attinti da negative evenienze personali di ordine psico-fisico, che consente la nomina di un amministratore di sostegno, tutela che mantiene il patrimonio esistenziale del soggetto assistito, il quale non perde *tout court* la generale capacità di agire: la *mens legis* sembra proprio assimilabile.

Un tale approdo d'altronde già risultava nitido nelle sedi in cui il minore è parte in giudizio, poiché ivi si agitano in via principale i propri diritti o lo *status*, ovvero in quelle in cui gli deve essere nominato un curatore speciale³², al profilarsi d'un conflitto di interessi³³ con i propri genitori, ove quell'esigenza di essenziale protezione è ricondotta al più ampio tema della tutela della persona, costituzionalmente garantita; e trovava peraltro conforto, nell'ambito del quadro normativo enumerato, nella peculiare valenza dell'art. 24, co. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea³⁴, ed in norme quali l'art. 709ter, co. 2, n° 2, c.p.c., nel momento in cui consente di individuare a carico del genitore il risarcimento del danno a ristoro del figlio. D'altro canto, nei giudizi ove il figlio minore non assume le vesti della parte, il percorso della giurisprudenza della Suprema Corte³⁵, conforme a qualche arresto del-

³² Rappresentanza cui si accomuna il tema della difesa secondo l'antico rilievo per cui «de cause non parlano da sole»; cfr., G. DOSI, *L'avvocato del minore nei procedimenti civili e penali*, Torino, 2010; F. TOMMASEO, *Rappresentanza e difesa del minore nel processo civile*, in *Fam. dir.*, 2007, p. 409; M.G. RUO, *La volontà del minore: sua rappresentanza e difesa nel processo civile*, in *Dir. fam. pers.*, 2006, p. 1359; e la garanzia di difesa, secondo la regola generale ex art. 82 c.p.c., è direttamente correlata ai diritti attinti dal singolo procedimento e non alle forme dell'incedere processuale, come insegna la recente, Cass., 7 dicembre 2011, n. 26365, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 1686, con mia notazione. Si cfr. anche Cass., 25 settembre 2009, n. 20625, in *Fam. dir.*, 2010, p. 1120.

³³ Cfr. Cass., 16 settembre 2002, n. 13507, in *banca dati Platinum Utet*; Cass., 6 agosto 2001, n. 10822, in *banca dati Il Foro Italiano*; Cass., Sez. lav., 30 gennaio 1990, n. 618, *ivi*.

³⁴ (Diritti del bambino) 1. I bambini hanno diritto alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere. Essi possono esprimere liberamente la propria opinione; questa viene presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e della loro maturità. 2. In tutti gli atti relativi ai bambini, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente. 3. Ogni bambino ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse.

³⁵ Cass., Sez. un., 21 ottobre 2009, n. 22238, cit.; Cass., 26 marzo 2010, n. 7282, cit.;

la Corte delle leggi³⁶, aveva finito per qualificarlo addirittura come una «parte in senso sostanziale».

6. — *Il figlio minore come parte in senso sostanziale*

Questa singolare tesi che individua per il figlio in età minore il ruolo di «parte in senso sostanziale», alla luce della disposizione processuale in parola, ci induce a ripercorrere i passi di quell'attività ermeneutica, con rinnovata attenzione ed intanto per registrare che il legislatore vuole garantire il diritto all'ascolto come diritto inviolabile della persona in età minore, che preesiste al processo e deve ricevere tutela anche in tale frangente ove è comunque coinvolto.

Attraverso la definizione della capacità di stare in giudizio da sé, compiendo validamente gli atti processuali, l'art. 75, co. 1, c.p.c., enuclea il concetto di parte in giudizio, cioè di quel soggetto che propone la domanda in nome proprio - od eccezionalmente in nome altrui - ed esercita i poteri processuali connessi, o nei cui confronti è proposta; pur noto e risalente il rilievo delle concrete difficoltà interpretative di questa lacunosa ma basilare disposizione, pacifico il criterio secondo cui è parte in giudizio il soggetto che può porre in essere una tale attività; con diverse sfumature, la dottrina³⁷ individua anche il generico concetto di «parte in senso sostanziale», intendendo per tale il soggetto che, pur non partecipe della dinamica degli atti processuali in quanto non rientrante nel novero dei soggetti che «fanno» il processo³⁸, risulta tra i destinatari del provvedimento che lo conclude, a cui

Cass., 17 maggio 2012, n. 7773, cit., ed ora la pronuncia di questi giorni, Cass., 15 maggio 2013, n. 11687 (le quali ultime due risultano motivate dallo stesso estensore).

³⁶ In particolare Corte cost., 9 dicembre 2011, n. 83, cit., seppur da tener ben in conto i rilievi che seguono. In questo precedente, per inciso, si sottolinea l'onere di motivazione relativamente agli esiti dell'audizione del figlio.

³⁷ Vedi G. RUFFINI, *Il processo civile di famiglia e le parti: la posizione del minore*, in *Dir. fam. pers.*, 2006, p. 1257; L.P. COMOGGIO, C. FERRI, M. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile. Il processo ordinario di cognizione*, Bologna, 2005, I, p. 284.

³⁸ Cfr. C. MANDRIOLI e A. CARRAITA, *Diritto processuale civile*, Torino, 2012, I, p. 369 ss.; S. SATTA e C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, Padova, 2000, p. 995; F. CIPRIANI, *I processi di separa-*

è riservata una tutela soltanto indiretta o mediata, per realizzare comunque una posizione di diritto, nella specie a tutela della persona e, quindi, in modo del tutto insoddisfacente.

È interessante notare che questo riferimento al minore come «parte in senso sostanziale» era frutto di quell'esigenza, sopra evidenziata, di fare del minore un punto di riferimento dell'attività giurisdizionale che comunque incideva i suoi fondamentali interessi.

Un tale sforzo risulta però illusorio, nel momento in cui la nozione di parte in senso sostanziale di un processo non riceve positivo avallo e non si enuclea con sicuro fondamento; certo, permanendo l'esercizio della responsabilità genitoriale e comunque il vincolo di filiazione, è corretto qualificare il figlio come parte di un tale rapporto di diritto sostanziale, ma ai nostri fini è risolutivo il rilievo per cui, anche a voler qualificare il figlio come una «quasi parte», ulteriore rispetto alle «parti processuali» del giudizio, è pur sempre pacifico che è un soggetto di diritto obiettivamente privato dei poteri e dei diritti procedurali³⁹, prefigurati per quel determinato incedere degli atti che conducono alla tutela delle posizioni soggettive.

D'altronde, il tentativo di avvicinare l'audizione al ruolo della parte in giudizio, pur così mutilata, è anche illogico, dato che l'ascolto del figlio rientra ampiamente nel novero di quanto il genitore è chiamato ineludibilmente ad apprestare nell'assolvimento quotidiano di quella cura e crescita del figlio, cosicché non può che ricadere anche sull'organo statuale chiamato a proteggerne l'interesse, all'insorgere della crisi del rapporto familiare o parentale in cui è coinvolto, senza fargli assumere le vesti della parte in lite. Se è indubbio che l'interesse del minore prende forma e sostanza anche nel corso del procedimento, ciò non di meno, il salto di qualità che deriva dal suo inserimento tra i soggetti cui riservare uno spazio rispondente alla logica della parte in giudizio od a quella della garanzia del rispetto dell'integrità del contraddittorio, non è neppure auspicabile, se solo si considera che, da un lato, l'ascolto

zione e divorzio, in *Riv. dir. civ.*, 1987, II, p. 503; V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Napoli, I, 1979, p. 371; E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, Milano, 1942, p. 245.

³⁹ Mutuando la «sgraziata» espressione di cui all'art. 1, co. 2, Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, ratificata in Italia nel 2003, che pur così disomogenea rispetto alle nostre categorie interne ha finito per influenzare i tratti salienti del nostro tema.

è imprescindibile e quindi non è subordinato all'iniziativa delle parti⁴⁰ (il che peraltro espone ai pericoli di potenziale ritorsione incompatibile con la sua funzione) e, dall'altro lato, appena si affacciano all'orizzonte «conflitti d'interesse» tra il minore ed i propri genitori, il giudice deve procedere, anche d'ufficio e secondo i principi generali, alla nomina di un curatore speciale⁴¹; inoltre, la legittimazione della parte in giudizio, non insorge in correlazione con la capacità di discernimento del soggetto.

Omesso necessariamente l'approfondimento di tali problematiche di teoria generale del processo, comunque, più che calare l'attenzione sulle perplessità ed i confini incerti che un tale sforzo di «catalogazione» fa emergere, appare preferibile porre in risalto l'elemento dirimente ai fini della nostra analisi: tale appare la circostanza secondo cui l'ordinamento positivo impone l'ascolto del minore coinvolto nei giudizi promossi in esito a crisi familiari o conflitti genitoriali, indistintamente, in tutte le questioni ed in tutti i procedimenti giurisdizionali che in qualche modo attingono il suo interesse; e cioè, l'ascolto è atto ineludibile sia nei procedimenti in cui il medesimo figlio è parte «processuale» (*status*, adozione, *de potestate*, etc.), come in quelli in cui pacificamente non lo è (separazione, divorzio, 316 e 317**bis** c.c., etc.).

Con il proprio ascolto, il minore non coglie, neppure parzialmente, le facoltà spettanti alla parte che sta in giudizio (non formula domande, eccezioni ed argomentazioni difensive di parte, né si difende provandole), ma in tal modo è personalmente presente senza eccezioni, mentre, al contrario, pur essendo parte, v'è ugualmente questa ulteriore garanzia per il corretto apprezzamento della sua volontà, manifestata direttamente al giudice.

In sintesi, un peculiare ruolo processuale che il legislatore ha calibrato per il soggetto di diritto minore, contemperando le molteplici e contrapposte esigenze in vista del conseguimento di una corretta esplicazione del dovere decisorio demandato al giudice nel singolo caso concreto; esplicazione di

⁴⁰ I genitori non sono titolati a disporre dell'ascolto del figlio minore nei procedimenti in parola, pur rientrando nel novero delle sollecitazioni che legittimamente la parte (coniu-ge/genitore od il pubblico ministero anche su istanza del ceto parentale) è ammesso ad esporre, eccepire e domandare.

⁴¹ Peraltro, deve considerarsi che il genitore non può neppure confessare fatti sfavorevoli al figlio minore rappresentato in giudizio, senza l'autorizzazione del giudice tutelare: cfr., tra le tante, Cass., 14 febbraio 2006, n. 3188, in *Fam. dir.*, 2007, p. 49.

funzione statuale cui è affidata la tutela dell'interesse del minore⁴², non a caso preminente.

7. — *L'omissione dell'ascolto come ipotesi di violazione del principio del contraddittorio.*

L'originalità di questo percorso non si ferma alla descritta qualificazione di parte in senso sostanziale, in quanto secondo la stessa giurisprudenza, l'audizione si risolve anche in uno strumento per attuare il principio del contraddittorio; in tale ottica, il contraddittorio non si garantisce soltanto, come avviene di regola, attraverso il riconoscimento di tutti i poteri e le facoltà processuali della parte costituita in giudizio, magari secondo lo schema paradigmatico della cognizione ordinaria: la norma consente, sia pure con riguardo al figlio minore, di graduare la partecipazione alle dinamiche procedurali anche con lo strumento dell'audizione, che diventa un mezzo per attuare anche nei confronti di chi non assume la qualità di parte, i canoni del giusto processo⁴³.

⁴² L'apprezzamento giudiziale non è comunque connotato in senso intrusivo o di ingerenza pubblica: lo stesso dovere di ascolto di cui è onerato il genitore, a corretta esplicazione della sua responsabilità educativa, insorto il conflitto, è affidato anche al giudice, ma unicamente in funzione della promozione dei diritti individuali del figlio minore e primo fra tutti proprio il rispetto della sua personalità. Esemplificando, nei giudizi di separazione e divorzio, il controllo giudiziale insito nella scelta delle soluzioni di miglior cura dell'interesse protetto in questione, non recide l'esercizio della responsabilità genitoriale, siccome a tenore dell'art. 155 ss. c.c., permane, rendendo con ciò ragione della soluzione per cui al minore non è stata attribuita la qualità di parte; peraltro, vi si coglie anche il profilo per cui la crisi del rapporto affettivo dei coniugi/genitori non deve intaccare, per quanto possibile, la funzione genitoriale (efficaci in tema le considerazioni di G. FERRANDO, *I diritti dei minori nella famiglia in difficoltà*, in *Fam. dir.*, 2010, p. 1174). Allargando l'orizzonte ad altro limite, risultano di grande interesse gli arresti della Corte E.D.U., in ipotesi di concreta inefficienza nella tutela dell'interesse superiore del figlio minore, tra i quali si segnalano le Sentenze 13 luglio 2000, in *Fam. dir.*, 2001, p. 5; e 29 gennaio 2013, in *Guida dir.*, 2013, 8, p. 102.

⁴³ Si profilano riletture che riconoscono al minore un ruolo corrispondente ad uno «spazio partecipativo attenuato», o di indispensabile «arricchimento del contraddittorio»; così R. DONZELLI, *I soggetti nei procedimenti di separazione e divorzio*, cit.; di vivo interesse il confronto tra tale approccio e l'anteriore segnalazione in ordine al disagiata e confuso quadro

Pur fondato su argomenti astrattamente pregevoli, anche questo percorso si profila incongruo; resta infatti dirimente il rilievo per cui il diritto inviolabile della persona in età minore di essere ascoltato personalmente in tutti i procedimenti e le questioni che lo riguardano, non è previsione diretta a costituire una garanzia del suo diritto al contraddittorio nei medesimi procedimenti: netta la distinzione che corre tra l'ipotesi in cui il minore assume il ruolo processuale della parte in contraddittorio (che cioè si fronteggia in reciproca contraddizione antagonista con altra/e parte/i in esplicazione del potere d'azione) e le altre ipotesi in cui è soltanto ascoltato, esprime il proprio parere, il proprio consenso o la propria volontà.

Evocare il principio del contraddittorio⁴⁴ per l'atto processuale dell'ascolto risulta proponibile solo in senso lato ed indiretto; il riferimento è talmente generico che non si individuano i tratti tipici e neppure la misura od il confine di un'equivalenza tra l'ascolto ed il canone di cui agli artt. 111, co. 2, Cost e 101 c.p.c.; coerentemente, l'ipotizzata violazione del canone in parola, che si concreta allora nell'omissione dell'ascolto, non ha le stesse conseguenze che comporta nei confronti di parti del giudizio; già per il fatto che, da un lato, ci troviamo di fronte ad un singolo atto processuale piuttosto che ad una giusta presenza nell'arco di celebrazione del processo e, dall'altro lato, l'omissione dell'ascolto può essere «giustificato», con adeguata motivazione del giudice, ci pone lontani da tale basilare principio del nostro processo civile.

processuale; per tutti, cfr. F. TOMMASEO, *Il diritto processuale speciale della famiglia*, in *Fam. dir.*, 2004, p. 305.

⁴⁴ Oltre le citazioni di note 8 e 26, cfr., L. MONTESANO, *La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di "terza via"*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, p. 929; N.G. TROCKER, *Il nuovo art. 111 Cost. e il "giusto processo" in materia civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 381; A. PROTO PISANI, *Giusto processo e valore della cognizione piena*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 265; S. CHIARLONI, *Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 129; A. CARRATTA, *Processo camerale (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir. (annali III)*, Milano, 2010, p. 928; A. TRAVI, *Gli artt. 24 e 111 Cost., come principi unitari di garanzia*, in *Foro it.*, 2011, V, c. 165; G. SCARSELLI, *Il processo civile tra tutela di interessi pubblici e diritti delle parti*, *ivi*, 2012, V, c. 230.

8. — *La nullità della decisione causata dall'omissione dell'ascolto del figlio minore.*

Su tali basi, torniamo ora alla menzionata nullità, già individuata da Cass., Sez. Un., 21/10/2009 n° 22238⁴⁵, secondo la quale, la mancata audizione del figlio minore ultradodicescenne od altrimenti capace di discernimento, *ex art. 155sexies c.c.*, viola anche il principio del contraddittorio, piuttosto che costituire soltanto violazione dell'attività processuale prefigurata dalla legge (con quel «dispone» rivolto proprio al giudice).

Anche in altra sede si ebbe occasione di sottoporre a critica⁴⁶ questa ricostruzione che intende enumerare rispetto alle parti in giudizio, altra parte in senso sostanziale (il figlio), e nel momento in cui finiva per invocare in tal senso peculiare il canone dell'integrità del contraddittorio, gettando ulteriori incertezze nell'interprete.

La questione sembrava rimasta come sopita e trascurata, quando intervenne la decisione di Corte cost. 11 marzo 2011 n. 83⁴⁷; occupandosi della presenza processuale di un minore infrasedicescenne, in fattispecie di autorizzazione al riconoscimento tardivo del minore ai fini dell'emanazione della sentenza che tenga luogo del consenso dell'altro genitore mancante, *ex art. 250, co. 4, c.c.*, la Corte delle leggi, sollecitata dalla Corte d'Appello di Brescia, qualificò infondato il dubbio di legittimità costituzionale sollevato sull'assunto che il minore non era assistito da adeguate forme di «tutela», strutturando la propria decisione sull'affermazione secondo cui il minore deve ritenersi parte processuale anche di tale giudizio, sulla base del complesso ed univoco dato normativo vigente costituito, oltre che dalle disposizioni codicistiche (244, 247, 273, 279, 284, 320, 321, 360 c.c.), dagli artt. 1, 4 e 12 della L. 27 maggio 1991 n. 176 di ratifica della Convenzione di New York del 20 novembre 1989, dagli artt. 1, 4 e 9 della L. 20 marzo 2003 n. 77 di ratifica della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli del 25 gennaio 1996, ed in particolare dall'art. 155 *sexies c.c.*; ma arrivati a que-

⁴⁵ Cit. in nota 3, cfr. peraltro le indicazioni esposte in nota 30.

⁴⁶ Riportata nel mio scritto *Intervento del figlio maggiorenne nei giudizi coniugali/genitoriali aventi ad oggetto il proprio mantenimento*, cit., pp. 93-94.

⁴⁷ Cit. in nota 26.

sto punto, la sorpresa; infatti, la Corte Costituzionale invoca a sostegno del proprio convincimento il seguente testuale argomento: «Al riguardo la Corte di Cassazione a Sezioni unite, con sentenza n. 22238 del 2009, ha affermato che costituisce violazione del principio del contraddittorio quale connotato del giusto processo, il mancato ascolto del minore non sorretto da espressa motivazione sull'assenza di discernimento che può giustificare l'omissione. Ciò in quanto il minore è portatore d'interessi contrapposti e diversi da quelli del genitore in sede di affidamento e diritto di visita, e, per tale profilo, è qualificabile come parte in senso sostanziale».

Aggiunge la Corte delle leggi che questo insegnamento era già contenuto nelle precedenti sue sentenze n. 179 del 2009 e n. 1 del 2002⁴⁸.

Quindi, nel 2011, tale questione processuale risultava senz'altro aperta; con lo spessore della corretta interpretazione costituzionalmente orientata, scorreva infatti nuova linfa a supporto della tesi per cui la mancata audizione del minore *ex art. 155sexies c.c.*, viola l'inalienabile esigenza dell'instaurazione del contraddittorio, con tutte le ovvie conseguenze di nullità assoluta ed insanabile del provvedimento che definisce quel giudizio (come pure di quelli anticipatori *ex artt. 708 c.p.c. e 4 L. Div.*, ovvero del decreto provvisorio *ex art. 317bis c.c.*, oramai ammessi anch'essi al reclamo immediato⁴⁹).

Quel che però destava stupore era la circostanza secondo cui, scorrendo parola per parola i precedenti della stessa Corte Cost. n° 1 del 2002 e n° 179 del 2009 mai ci si imbatte nell'espressione definitoria «parte in senso sostanziale», come invece ivi si rimarcava, invero mutuando acriticamente l'erroneo *obiter* della sola Corte di Cassazione.

L'incongruità di tale enucleazione emerge dalle salde considerazioni secondo cui, la viva voce personale del figlio minore percepita direttamente dal giudice nel processo, non si impone come un surrogato del mancato riconoscimento della qualità di parte, in quanto l'espressione di volontà garantita attraverso l'ascolto è atto del processo peculiare in tutti i procedimenti, non cogliendo alcuna delle prerogative della parte costituita in giudizio; e che difetti obiettivamente un' «equipollenza» (in ambito processuale del resto l'analogia non è positivamente invocabile) tra l'assunzione della qualità di

⁴⁸ Entrambe cit. in nota 26.

⁴⁹ App. Ancona, 29 aprile 2010, e App. Brescia 4 febbraio 2011, inedite.

parte e l'ascolto in parola, è fatto evidente dall'individuazione dell'esigenza centrale sottesa: il bene protetto si individua nella ricerca ed il riguardo personale per il sentire del figlio a tutela del suo interesse preminente, non per fargli assumere le vesti della parte antagonista che in contraddittorio coltiva una lite, ed è su questo che deve cadere l'apprezzamento per l'equilibrio trovato dal legislatore con tale strumento.

Appare poi altrettanto dirimente la considerazione secondo cui la catalogazione della nullità in parola, come riferibile alla violazione del principio del contraddittorio siccome il figlio minore deve intendersi parte sostanziale, non ha neppure motivo di essere così connotata, atteso che il procedimento ed il provvedimento che lo conclude, è comunque inficiato di nullità per effetto stesso della violazione dell'attività processuale prefigurata dalla legge: l'atto dell'ascolto.

In verità, con l'arresto ultimo della Suprema Corte⁵⁰, la qualificazione della nullità non sembra correlata anche alla violazione del canone che garantisce l'integrità del contraddittorio, in quanto vi si legge testualmente che: «la nullità della sentenza per la violazione dell'obbligo di audizione può essere fatta valere nei limiti e secondo le regole fissate dall'art. 161 c.p.c.»⁵¹; ne deriva che la sentenza resa, comunque non incappa nella somma sanzione secondo il noto brocardo... *inutiliter data*.

Se la Corte ha affrontato *ex professo* la questione evidenziata (la fugacità del cenno motivo induce qualche perplessità), è plausibile che la questione, ove per l'appunto la si consideri scissa dal canone di garanzia dell'integrità del contraddittorio⁵², sembra rientrata.

Tirando le somme, ascrivere genericamente l'atto dell' «ascolto» al capitolo della «partecipazione attenuata» al giudizio come quasi parte (in senso sostanziale), ovvero a quello dell' «arricchimento del contraddittorio», nel

⁵⁰ Cass., 15 maggio 2013, n. 11687, cit.; cfr. anche Cass., 27 gennaio 2012, n. 1251, in *Fam. dir.*, 2012, p. 888.

⁵¹ C. MANDRIOLI e A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, cit., I, p. 569 ss.; prima ancora, C. MANDRIOLI, *L'assorbimento dell'azione civile di nullità e l'art. 111 della Costituzione*, Milano, 1967.

⁵² Anche per tale via si evidenzia come l'imprescindibilità dell'ascolto non significa certo necessario contraddittorio; cfr. Cass., 5 ottobre 2012, n. 17035; Cass., 14 aprile 2011, n. 8519; Cass., Sez. un., 16 febbraio 2009, n. 3678; Cass., Sez. lav., 27 giugno 2007, n. 14820; Cass., 9 marzo 2004, n. 4714, tutte in *banca dati Platinum Utet*.

mentre dilata i confini strutturali delle disposizioni generali che nel nostro processo civile regolano le parti e l'esercizio dell'azione, non apporta utile contributo al fine che qui ci occupa: la ragione essenziale è che ci troviamo di fronte ad un singolo atto del processo, peculiare ed atipico, che conduce il minore sempre e soltanto ad esporre di persona le proprie volontà, e la cui illegittima omissione è già ben presidiata da specifica sanzione di nullità.

Se di ciò non si può dubitare, l'interrogativo odierno ci riporta all'interrogativo originario: esistono ragioni anche solo di opportunità per superare la demarcazione netta tra i giudizi in cui lo stesso *status* od i diritti del minore è l'oggetto essenziale del decidere (filiazione, adozione, titolarità della responsabilità genitoriale), e quelli in cui emergono soltanto questioni mediate (affidamento, collocazione abitativa, mantenimento, etc.), lucidamente individuata già da Corte Cost. 30/1/2002 n° 1?

A tale quesito però non può darsi una risposta difforme da quella già delineata.

In realtà, in un contesto normativo in cui la «potestà» non è più quella posizione giuridica di potere, di romanistica memoria, ma è una responsabilità condivisa dai genitori, il giudice, all'insorgere del conflitto, è il naturale «protettore» dell'interesse del minore: ma non possiede verità precostituite, in quanto l'interesse del minore non può essere predefinito in termini oggettivi; necessariamente va apprezzato in relazione concreta al vissuto relazionale di ogni singolo figlio. Ne discende che l'interesse del minore non è limitato soltanto a quello che veniva definito «profilo sostanziale» ma immediatamente trascende al profilo processuale; è così che il giudice è divenuto il garante del personale accesso del figlio in età minore alla dinamica decisoria, tanto che deve procedere al suo ascolto direttamente e personalmente. Sino a quel momento infatti, egli non conosce il minore ed «ascoltarne» la viva voce non equivale a recepire le deduzioni delle parti od al racconto fatto ad esempio da ausiliari.

Divenuta centrale l'esigenza di garantire processualmente tutti tali diritti ed interessi individuali, sia dei genitori che del minore, il punto di equilibrio fissato, per il corretto ed equo apprezzamento del preminente interesse del minore, appare ragionevole, evitando, nei processi di separazione, divorzio e quegli altri nei quali non assume la qualità di parte, il salto di qualità che deriverebbe dall'inserimento del figlio nel novero dei soggetti «contraddittori».

9. — *Diritto all'ascolto quale autonomo e peculiare diritto del figlio in età minore: quesiti.*

Se questo è il complesso quadro, è indubitabile che la nuova disposizione, nel confermare l'obbligo dell'atto processuale dell'ascolto, ha obiettivamente apportato un *quid pluris*, che però non appare sufficiente per far assumere al figlio in età minore le vesti del contraddittore necessario, anche nei processi ove non ha, per espressa previsione, la qualità di parte; sembra ancora appropriato ritenere che l'«ascolto» rimane quella modalità «imprescindibile»⁵³ di ingresso tipizzato del figlio nel processo, che lo conduce ad esser sempre e soltanto chiamato ad esporre, di persona, la propria volontà, siccome corrispondente alla sua generale posizione di diritto inalienabile.

Infatti, come visto, certo è che il figlio in età minore, con il proprio ascolto, non formula domande, eccezioni ed argomentazioni difensive di parte, essendogli garantito soltanto di esprimere così le proprie volontà, opinioni ed aspirazioni.

D'altronde, se di violazione dell'integrità del contraddittorio si trattasse, tutto si semplifica: nullità insanabile ed assoluta, sempre!

La complessità e la delicatezza di tale questione processuale invero, si comprende a fondo soltanto attraverso l'analisi dei problemi concreti che tale scenario innesca, senza peraltro dimenticare che essi saranno attinti dall'imminente legislazione delegata.

Il quesito principe è rappresentato dal se, per effetto del disposto *ex art. 315bis*, co. 3, c.c., e violato questo diritto, insorga allora anche la legittimazione del figlio minore ad assumere il ruolo di parte processuale (secondo le forme prefigurate dall'ordinamento di rito) in tutti le procedure che lo riguardano, ove sino ad oggi un tale ruolo era pacificamente escluso (in buona sostanza, separazione, divorzio, comprese modifiche/revisioni ed altre sedi, procedimento *ex art. 317bis* c.c. ed *ex art. 316* c.c.), ma ad esso è bene rispondere con cautela, nel solco di quanto appena sopra indicato.

Ma procediamo per gradi.

Quesito: qual'è la corretta individuazione del presupposto ontologico del

⁵³ Gergo testuale della recente Cass., 15 maggio 2013, n. 11687, cit., che peraltro detta una sorta di decalogo oltre a basilari indicazioni sulle modalità dell'ascolto.

diritto all'ascolto e quindi del diritto ad essere presente personalmente nel processo ?

Come abbiamo visto, si presume ricorrere nel figlio in età minore la «capacità di discernimento» una volta che abbia raggiunto l'età di anni dodici; prima di tale soglia anagrafica, l'insorgere del diritto soggettivo all'ascolto in parola è invece condizionato dal concreto riscontro di quella stessa capacità.

L'art. 315^{bis} c.c. si pone in evidente «disarmonia», quanto al lato sostanziale, con gli artt. 147 e 261 c.c., che evidentemente dovranno essere abrogati o riscritti, ma il profilo processuale appare persino irrazionale, nel momento in cui, nella stessa novella, si indicano soglie di età diverse, mentre identica è l'esigenza di tutela soggettiva del figlio minore.

Come sopra rilevato, a ben riflettere, il vero presupposto è costituito dalla ricorrenza o meno della capacità di discernimento, in capo a quel certo figlio; insegnano le scienze mediche e psicologiche, coerentemente, che la capacità di discernimento può ricorrere già intorno all'età di anni 6/8, ma non v'è alcuna certezza⁵⁴, neppure dopo i dodici anni, né può farsi appagante ricorso ad altri criteri.

Se di ciò non si dubita, il reale presupposto è allora costituito dalla ricorrenza o meno nel figlio minore, della capacità di discernimento ed era a questo che la norma doveva avere espresso riguardo; in tal senso deve soccorrere l'opera positiva dell'interprete.

Ciò non di meno, il criterio dell'età raggiunta è utile ai fini dell'individuazione di un criterio legale di giudizio, espressamente prefigurato dal legislatore, con valenza presuntiva generale, corrispondente ad una capacità di discernimento generalmente raggiunta da tempo; al giudice in realtà si impone una preliminare e congrua valutazione soggettiva, come pure un'adeguata motivazione anche su tale aspetto.

Altro quesito: quale il rapporto tra l'art. 315^{bis}, co. 3, c.c. e l'anteriore previsione di cui all'art. 155^{sexies}, co. 1, cpv. 2, c.c. ?

Appare sin troppo evidente che quest'ultima disposizione sia stata implicitamente abrogata dal co. 3, dell'art. 315^{bis} c.c.

⁵⁴ Interessanti riflessioni anche in punto, si rinvencono in J. LONG, *Ascolto dei figli contesi e individuazione della giurisdizione nel caso di trasferimento all'estero dei figli da parte del genitore affidatario*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 313.

Infatti, quest'ultima è norma di portata generale che estende l'ascolto del minore ad ogni procedimento che riguarda, in un verso o nell'altro, la prole minorenni, a prescindere dall'oggetto e quindi, che si impone anche nel giudizio di separazione coniugale (ove insorge la necessità di disporre in ordine all'affidamento ed al mantenimento dei figli), nell'ambito del quale procedimento è inserita l'antecedente disposizione, estesa però la sua applicazione a tutti gli altri, secondo l'espressa previsione dell'art. 4, co. 2, L. 8/2/2006 n° 54.

Ma non basta; non solo il diritto all'ascolto è prefigurato in ogni procedimento, ma anche in ordine ad ogni «questione».

In buona sostanza la portata della nuova norma rende persino superflua quella anteriore, cosicché l'abrogazione tacita è una conclusione comunque tranquillizzante.

Altro quesito: il diritto all'ascolto del figlio minore è disponibile e se sì, da chi?

Già nell'antecedente quadro normativo si escludeva pacificamente che l'audizione del minore potesse farsi rientrare nel novero delle acquisizioni probatorie; pacifico altresì, che la mancata audizione del figlio minore, salve ipotesi eccezionali quali il ricorrere peculiare di un pregiudizio intrinseco, da motivare congruamente, integrava comunque una causa di nullità del processo e della decisione cui dava luogo; ed abbiamo parimenti visto che le parti non potevano disporre dell'audizione del minore; e non risultava liberamente disponibile neppure dal figlio, in quanto quell'atto processuale imposto da norma imperativa, tanto che una soluzione plausibile era apparsa quella dell'eventuale sua rinuncia, ma con l'adeguato supporto di un curatore speciale⁵⁵.

Invero, pur a voler confermare tali risultati e quindi qualificare il diritto all'ascolto indisponibile allo stesso soggetto minore che ne è titolare, si palesa legittimo il rifiuto del medesimo figlio a sottoporsi all'«ascolto», espresso al giudice liberamente e consapevolmente, risultando questo eventuale esito, in realtà, uno degli esiti possibili del diritto in concreto assicurato al minore, del quale lo stesso giudice deve sempre tenere adeguato conto; d'altronde, ancora nel quadro anteriore si reputava potersi prescindere dall'audizione, pur sempre con adeguata motivazione, nell'ipotesi in cui il minore avesse

⁵⁵ Trib. min. Trieste, 14 dicembre 2011, in *Corr. merito*, 2012, p. 657.

manifestato stragiudizialmente il desiderio di non essere coinvolto nella controversia che parimenti lo riguardava⁵⁶.

Un tale quadro sembra proprio poter valere anche ed a maggior ragione con la nuova disposizione, siccome questa esalta il diritto soggettivo del minore.

Ulteriore quesito: *Quid iuris* invece nell'ipotesi in cui quel diritto del figlio risulti «calpestato»? Illegittimamente s'intende (cioè, ove non ricorra l'ipotesi eccezionale del pregiudizio intrinseco, che ne giustifica l'omissione) ed in senso lato, il che significa anche non prontamente riconosciuto nel corso del procedimento di primo grado che lo coinvolge e non soltanto, quindi, per far valere la nullità della decisione resa a sua conclusione; ed il quesito invero contiene in sé la soluzione del problema «principe», sopra enunciato.

Sembra in realtà plausibile che il minore in forza della titolarità del peculiare diritto soggettivo di natura processuale, al proprio ascolto personale, possa per ciò stesso insorgere, promuovendo ogni relativa azione diretta al suo positivo riconoscimento.

Una tale logica risponde esattamente al canone generale sull'esercizio dei diritti soggettivi; se questa premessa è corretta, non appare allora azzardato ritenere che il figlio minore possa intervenire⁵⁷ nelle sedi ove non è già parte in giudizio, sia in forma principale che litisconsortile, per far valere tale proprio diritto; la violazione di questo diritto della personalità appare ragione plausibile per dedurne la legittimazione a partecipare al processo, in condizioni di parità, non risultando sufficiente la sanzione della nullità affidata all'iniziativa, anche in sede di esperimento dei gravami, delle sole parti «adulte»; certo, essendo questo diritto meramente strumentale, si presuppone anche la ricorrenza nel concreto di una posizione ed una volontà in qualche modo divergente dalle domande ed eccezioni già proposte, ma non v'è difficoltà ad ammettere anche l'«ancillare» presenza *ad adiuvandum*.

Ma si badi, il dispiegamento dell'intervento in lite non sembra possa essere effettuato di persona, anche dopo la soglia dei dodici anni, per la semplice

⁵⁶ App. Milano, 21 febbraio 2011, in *Corr. merito*, 2012, p. 32.

⁵⁷ Invero, il dubbio era già ben presente alla nostra giurisprudenza, persino anteriormente all'introduzione dell'art. 155 *sexies* c.c.: cfr. l'emblematico precedente di Cass., 10 ottobre 2003, n. 15145, in *Foro it.*, 2004, I, c. 2167.

ragione che un conto è l'ascolto ed altro conto è l'assunzione della qualità di parte in giudizio, che formula domande ed eccezioni verso le altre parti e sulle quali deve scendere il dovere decisorio, prima fra tutte l'accertamento della violazione del diritto all'ascolto; lo può esercitare quindi attraverso un curatore speciale, secondo il generale disposto di cui all'art. 79 c.p.c. - la cui nomina può domandarsi invece anche dallo stesso figlio minore personalmente -, oltre che ad essere onerato del patrocinio difensivo secondo la regola generale *ex* art. 82 c.p.c.; come si può constatare, per un tale agire, valgono le forme di rappresentanza prefigurate per i procedimenti ove il minore è parte necessaria.

Giova aggiungere che durante la pendenza del giudizio di primo grado, si rinviene nell'ordinamento anche il rimedio della cosiddetta *actio nullitatis*; come noto, questa può proporsi soltanto contro i provvedimenti non idonei al giudicato e, quindi, il figlio minore potrebbe esperirla contro i cosiddetti provvedimenti anticipatori, che peraltro non siano soggetti ad un qualche giudizio di convalida, riesame o controllo⁵⁸; in pratica, allora, il figlio minore potrebbe esperirla e con successo, proprio contro il provvedimento del giudice (ordinanza) che illegittimamente esclude il suo ascolto personale; e questa iniziativa appare appropriata e confacente proprio alla tutela sottesa.

Quid iuris invece nelle ipotesi che non voglia o non possa intervenire tempestivamente in primo grado od esperire tempestivamente l'*actio nullitatis*? E cioè, se la sentenza resa collide con gli interessi o la volontà del figlio minore, arrecandogli un pregiudizio, può questi proporre appello?

A prima vista, sembra agevole escluderne l'esperibilità, in quanto per proporre appello (o parimenti il reclamo) bisogna esser stati parte del giudizio di primo grado, od essere succeduti nel diritto controverso⁵⁹; tuttavia, giova rammentare come il minore che in primo grado sia stato rappresentato dal genitore esercente la responsabilità parentale è legittimato a proporre l'appello se medio tempore abbia raggiunto la maggiore età⁶⁰; sicché, il quesito si sposta subito sul se il genitore o l'organo requirente, in primo grado,

⁵⁸ C. MANDRIOLI e A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, cit., I, p. 569.

⁵⁹ Cass., 18 febbraio 2000, n. 6480, in *Foro it.*, 2001, I, c. 890, con nota di A. CAPONI, *In tema di interruzione del processo civile*.

⁶⁰ Cass., 26 giugno 1981, n. 4161, in *banca dati Jus & Lex*.

abbia o meno esercitato un diritto proprio del figlio minore, ed in tale ipotesi allora appellante potrebbe essere anche un curatore speciale nominato alla parte, proprio per proporre l'appello; in ogni caso, nel giudizio di appello è eccezionalmente ammesso l'intervento del terzo che sarebbe legittimato all'opposizione *ex art. 404 c.p.c.*, siccome titolare di un diritto incompatibile che potrebbe essere pregiudicato dall'emananda sentenza⁶¹.

Verrebbe quindi spontaneo proseguire con il rimedio dell'opposizione di terzo, se non fosse che l'ipotesi appare francamente persino incredibile in fatto, presupponendo che qualcuno voglia far valere «contro» il minore un giudicato di tal fatta; ad ogni modo, ragionando per astrazione, intanto, se il mancato ascolto del minore violasse anche il principio dell'integrità del contraddittorio, il giudicato stesso dovrebbe considerarsi semplicemente inopponibile; ipotizzando però che il giudicato copra anche tale vizio, il figlio minore deve allora considerarsi terzo, e poi far valere un proprio diritto che egli affermi pregiudicato dalla sentenza impugnata⁶²; questo presupposto può evidentemente rinvenirsi nella norma in discussione - violata -; invece, non è con sicurezza individuabile un diritto sostanziale autonomo ed incompatibile con la situazione giuridica che risulta dalla sentenza impugnata⁶³, ragione per cui si deve trattare di diritti che il terzo (figlio minore) avrebbe potuto tutelare mediante intervento principale o litisconsortile; vaste allora le incertezze nel concreto, in quanto è certamente anomalo ed eccezionale imbattersi in decisioni che ad esempio trascurino l'affidamento od il mantenimento della prole minorenni, questioni che l'organo giudicante è comunque onerato di regolare officiosamente.

Anche solo da queste poche battute, così disagiati, si coglie a piene mani il rilievo degli scenari aperti in esito alla riforma sulla filiazione, e v'è ancora da approfondire in ordine alle modalità di assunzione dell'«ascolto», il che coinvolge anche il tema della motivazione incombente sull'organo giudicante.

⁶¹ Cass., 18 maggio 2009, n. 11420; Cass., Sez. un., 23 dicembre 2010, n. 25999; Cass., 29 dicembre 2011, n. 29766, tutte in *banca dati Platinum Utet*.

⁶² Cass., Sez. un., 27 agosto 1998, n. 8500, in *banca dati Il Foro Italiano*.

⁶³ Cass., Sez. un., 11 febbraio 2003, n. 1997, in *Arch. civ.*, 2003, p. 1360; Cass., 23 aprile 2007, n. 9647, in *banca dati Platinum Utet*; Cass., 13 marzo 2009, n. 6179, *ivi*.

La delega legislativa conferita all'esecutivo dovrà dipanare tale capitolo, altrettanto rilevante per rendere effettivo il diritto in questione.

La scarna norma con cui è stata conferita la delega, indica che l'ascolto debba acquisirsi dal presidente del tribunale (da intendersi evidentemente come presidente del collegio giudicante) o comunque da altro giudice componente il medesimo collegio, delegato all'uopo, rendendo, a dir poco, residuale il ricorso a figure ausiliarie, mentre la presenza di un esperto nominato ai sensi dell'art. 68 c.p.c., perché assista il giudice durante l'ascolto del minore, sembra l'unica residua possibilità.

Razionale prevederne una documentazione integrale (magari audio/video) o comunque adeguata (descrittiva del contegno complessivo), tanto più ove si opti per l'esclusione della presenza personale dei genitori in funzione della garanzia di genuinità del risultato dell'ascolto del minore; ardua invece l'esclusione dei difensori, per effetto dei vincolanti parametri costituzionali che legittimano il giusto processo - quali il diritto di difesa delle parti costituite, il rispetto del principio del contraddittorio, l'esigenza di una effettiva terzietà ed imparzialità del giudice -, potendosi al più inibirsi al difensore di interloquire con modalità dirette; anche in punto assume valore dirimente l'esatta individuazione della qualità processuale che si deve attribuire al figlio minore.

Ma per questo occorreranno altre giornate di comune riflessione e studio, una volta completata la normativa con l'emanazione delle ulteriori disposizioni delegate, con il quale auspicio concludo ringraziandovi per l'occasione e l'attenzione che mi avete riservata.

DANIELE CORVI*

LA TUTELA DEL MINORE NELLO SPETTACOLO

SOMMARIO: 1. Il dovere dei genitori di assecondare la vis creativa dei loro figli. — 2. Il lavoro minorile nello spettacolo. — 3. Riferimenti comparatistici al lavoro minorile nello spettacolo. — 4. Le tappe legislative della tutela minorile nello spettacolo. — 5. Il diritto all'immagine del minore. — 6. Limiti all'utilizzo della prestazione artistica nei talent show. — 7. Minori e spettacoli osceni. — 8. Responsabilità dei genitori ed emancipazione nello spettacolo. — 9. Il pericolo della prospettiva paidocentrica.

1. — *Il dovere dei genitori di assecondare la vis creativa dei loro figli.*

Sono sempre più frequenti spettacoli con minorenni. Il problema che si pone però è se la partecipazione di questi possa essere lesiva nel loro percorso formativo e se i genitori debbano attenersi alle loro inclinazioni, in caso stimolandoli e/o incentivandoli o se debbano fare come una sorta di schermo protettivo con precisi obblighi di gestione del loro patrimonio. Lo show business con i suoi ritmi, orari e talvolta anche nei contenuti non sembra proprio il luogo più adatto per un minorenne, probabilmente fortemente da sconsigliare al minore di 14 anni. L'articolo 147 c.c. stabilisce che l'obbligo «per i genitori istruire, educare la prole tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione, delle aspirazioni dei figli». La disposizione del 147 c.c. del 1942 si deve leggere in armonia con l'articolo 30 comma 1 della Costituzione che stabilisce che «è dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli anche se nati fuori dal matrimonio». In sostanza già la Costituzione del 1948 aveva dato un primo riconoscimento alla famiglia di fatto per i doveri verso il minore, che è il fulcro della relazione uomo-donna che hanno concepito un figlio. Come, infatti, ha poi ribadito recente giurisprudenza¹ l'obbligo di mantenere la prole sussiste per il solo fatto di averli generati. Quindi, nel momento in cui il mino-

* Università LUISS, Roma.

¹ Cass. 11 settembre 2012 n.15162, in *www.altalex.com*.

re nasce, sorgono in capo ai genitori i doveri di educarlo e seguirlo, tenendo in considerazione le sue attitudini. Con la legge 219 a seguito dell'abolizione della distinzione figli legittimi, figli naturali e con una sorta di primo riconoscimento formale², nonostante i diversi vuoti della legge, si sta profilando un'impostazione paidocentrica, che rafforza ulteriormente la posizione dei minori³. Lo spettacolo è una manifestazione del pensiero creativo, in cui confluiscono narrazioni di fatti e professioni di opinioni, quindi partecipe della libertà di opinione, di creazione e di cronaca⁴ e proprio per questo è libertà di ognuno manifestare la propria *vis creativa*. Pure il minore, in quanto potenziale individuo, e con una sua personalità ha il diritto di manifestare la sua arte nel rispetto degli articoli 2, 3, 21 della Costituzione ma anche dell'articolo 30, perché sorge in capo ai genitori il dovere di assecondare questa sua inclinazione. Infatti, la stessa enunciazione del contenuto degli obblighi dei genitori rivela che non si tratta di vere e proprie obbligazioni civili, perché, almeno in taluni aspetti, di tali doveri manca il contenuto patrimoniale. Ciò è evidente soprattutto per quanto riguarda l'obbligo di educare che non si esaurisce nell'assunzione dell'onere di pagare le spese necessarie all'istruzione⁵. Ben più alto è il significato di tale obbligo e se ne vede un'applicazione nelle norme che stabiliscono la continuità del rapporto genitore-figlio anche quando, ad esempio in seguito a separazione personale o a divorzio, il figlio è affidato alle cure dell'altro genitore, indipendentemente dall'incidenza dei relativi oneri economici⁶.

2. — *Il lavoro minorile nello spettacolo.*

Partecipare a uno spettacolo spesso non ha solo un valore artistico e come espressione della propria *vis creativa*, ma un rilievo patrimoniale-economico, che costituisce un vero e proprio lavoro. A tal proposito, si ricol-

² A. PALAZZO, *La filiazione*, in *Tratt. Cich-Messineo*, Milano, 2013, p. 251.

³ Crf. A. PALAZZO, *La riforma dello status di filiazione*, in *Riv. dir. civ.*, n. 2/2013, p. 245.

⁴ D. CORVI, *Causa e tipo del contratto di lavoro artistico*, Padova, 2009, p. 1.

⁵ G. CAMPANATO, G. ROSSI, V. ROSSI, *La tutela giuridica del minore*, Padova, 2005, p. 400.

⁶ A. TRABUCCHI, in *Commentario al diritto della famiglia* a cura di G. CIAN, G. OPPO, A. TRABUCCHI, Torino, 1992, p. 564.

lega l'ultimo comma dell'articolo 37 che «la Repubblica tutela il lavoro dei minori con speciali norme e garantisce parità di lavoro, il diritto alla parità di retribuzione» e pure l'articolo 2 comma 2 c.c. che stabilisce che «sono salve le leggi speciali che stabiliscono un'età inferiore in materia di capacità a prestare il proprio lavoro». I minori però non si possono racchiudere in un'unica categoria e soprattutto nell'ambito lavorativo c'è una differenza tra quelli che hanno meno di 15 anni. Il comma 2 dell'articolo 37 della Costituzione detta che la legge stabilisce l'età minima per il lavoro salariato, pertanto questa disposizione di principio rinvia alle varie leggi speciali sul lavoro. Questa generalmente coincide con il momento di ultimazione del periodo di istruzione obbligatoria e comunque con il quindicesimo anno di età⁷. Ciò farebbe presupporre che i minori di quindici anni siano privi della capacità di instaurare un rapporto di lavoro con conseguente nullità del contratto, fermo il diritto alle retribuzioni ex articolo 2126 comma 2 se la prestazione è già stata eseguita. Il mondo dello spettacolo che si può diramare in attività artistiche, culturali, pubblicitarie, sportive consente però al minore di svolgere la sua prestazione a contenuto «artistico» anche prima del compimento dei 15 anni dietro presentazione scritta alla Direzione provinciale del lavoro con il consenso dei titolari della potestà parentale. In questo caso la capacità giuridica coincide con quella naturale. Da ciò ne consegue la particolarità e l'anomalia del mondo dello spettacolo che può impiegare persino neonati come lavoratori, pensiamo alle pubblicità dei pannolini o a molti film. Quindi, il consenso dei genitori permette al minore di svolgere la sua attività nello spettacolo; in un certo qual modo si può richiamare anche l'articolo 113 del BGB per cui «se il rappresentante legale abilita il minore per una prestazione di servizio o lavoro, il minore è pienamente capace di esercitare i diritti per tutti gli atti giuridici relativi alla formazione o alla cessazione del rapporto di prestazione di servizi o di lavoro cui si riferisce l'abilitazione o per l'esecuzione delle obbligazioni sorte da un rapporto di tale natura». L'attività artistica-lavorativa non deve però incidere negativamente sulla formazione e sullo sviluppo del minore. La legge 977 del 1967 pone, infatti, il divieto di adibizione gli adolescenti alle lavorazioni e ai lavori potenzialmente pregiudizievoli per il pieno sviluppo fisico del minore. Inoltre è stabilito che la

⁷ R. PESSI, *Lezioni di diritto del lavoro*, Torino, 2012, p. 233.

generale valutazione dei rischi per la salute e la sicurezza dei lavoratori cui è obbligato il datore di lavoro in base alla normativa vigente in materia, deve essere effettuata considerando gli specifici rischi per i lavoratori minori, ove essi siano presenti. L'idoneità all'attività lavorativa dei minori già verificata prima dell'ammissione al lavoro deve permanere per tutta la durata del rapporto per cui essi devono essere sottoposti a cura e a spese del datore di lavoro a visite periodiche non superiori a un anno.

3. — *Riferimenti comparatistici al lavoro minorile nello spettacolo.*

La particolare attenzione che la nostra Costituzione riserva al divieto del lavoro minorile trova corrispondenza anche a livello sovranazionale nell'articolo 32 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Essa oltre a sottolineare la protezione dei giovani nei confronti dello sfruttamento economico dovuto alla loro età, sancisce che il lavoro a cui questi sono ammessi non deve minare la sicurezza, lo sviluppo fisico, mentale, morale o sociale o mettere a rischio la loro istruzione. Facendo un excursus comparatistico vediamo che il quadro normativo francese è costituito sia dalla legge 30 settembre 1986 n. 1066, sia da una serie di direttive adottate dal *Conseil Supérieur de l'Audiovisuel* (CSA). La legge ha indicato i principi generali in materia di regolamentazione delle trasmissioni audiovisive statuendo, all'art. 1, che «la comunicazione audiovisiva è libera e può essere limitata soltanto da misure richieste per la tutela della dignità della persona». In tali misure rientrano senz'altro quelle prese a tutela dei minori e di cui si è parlato con riferimento all'attuazione della direttiva «Televisione senza frontiere». La Costituzione belga riconosce invece da un lato il diritto dei minori alla propria integrità è morale, fisica, psichica e sessuale (art. 25), dall'altro la libertà di espressione (art. 29). L'articolo 40 della Costituzione irlandese sancisce la libertà di espressione prevedendo, altresì, che lo Stato faccia in modo che la stampa, la radio e il cinema non siano usati per minare l'ordine pubblico o la moralità, considerando offensivo pubblicare o diffondere materiale blasfemo, sedizioso o indecente. L'art. 5, comma 2, della stessa legge riconosce il diritto dei minori ad essere protetti dai programmi che potrebbero nuocere alla loro crescita sociale ed etica e ciò si può riferire anche alla partecipazione

diretta a programmi. In Gran Bretagna la normativa di riferimento generale per le trasmissioni radio e televisive è il *Broadcasting Act* del 1990, come successivamente integrato e modificato. Esso prevede e stabilisce i consumer *protection standards* in tema di buon gusto e decenza, violenza, imparzialità, a cui tutti i servizi devono conformarsi. Pertanto a livello europeo, devono anzi risultare acuiti la responsabilità e l'impegno degli esercenti la potestà sui minori e degli operatori artistici e commerciali, affinché la partecipazione allo spettacolo, in qualunque forma lecita avvenga, garantisca il rispetto e la valorizzazione della persona minorennе.

4. — *Le tappe legislative della tutela minorile nello spettacolo.*

In Italia storicamente il primo atto giuridicamente rilevante è la Convenzione sull'età minima dei lavoratori nell'industria del 1919. Successivamente, si segnala la legge del 26 aprile 1934 n. 653 che stabilisce il divieto di adibire i minori di anni 18 al lavoro notturno, considerando il termine «notte» un periodo di almeno 11 ore consecutive comprensivo di intervallo tra le 22:00 e le 5:00. La L. 1960 n. 223 stabilisce diverse limitazioni alla pubblicità televisiva in particolare per non recare pregiudizio morale o fisico ai minori. La legge del 17 ottobre 1967 n. 977 ripercorre sostanzialmente le medesime norme della legislazione precedente. In particolare Tale principio trova pieno riconoscimento nell'ordinamento ed in particolare nell'art. 4 della legge 17 ottobre 1967 numero 977 («Tutela del lavoro dei fanciulli e degli adolescenti»), laddove viene disciplinata la partecipazione dei minori nella «preparazione o rappresentazione di spettacoli o a riprese cinematografiche»⁸. La tutela psico-fisica del minore presenta problemi interpretativi e di coordinamento che non possono essere ignorati anche ai fini operativi. Riguardo all'individuazione dello stesso oggetto della disposizione. Infatti, sebbene la legge n. 977 nel suo complesso abbia come oggetto normativo «il lavoro dei fanciulli e degli adolescenti alle dipendenze di datori di lavoro» (art. 1, I comma), la particolare disciplina in esame (articolo 4, ultimo comma) non presuppone necessariamente che le prestazioni del minore si inseriscano in un rapporto di lavoro subordinato. Né può parlarsi sempre di lavoro autonomo nella spe-

⁸ D. CORVI, *op. cit.*, p. 20.

cie di professione artistica, difettandone spesso i presupposti e i requisiti. In realtà, la legge non si preoccupa affatto di tale aspetto che resta neutro agli specifici effetti, ma ha di mira unicamente la tutela psico-fisica del minore che si trovi a partecipare a qualunque titolo alla preparazione o rappresentazione di spettacoli o a riprese cinematografiche. Quindi in materia di spettacolo, per quanto riguarda i minori, dobbiamo tenere in considerazione tutte le disposizioni relative al lavoro minorile. Da inserire a proposito della tutela del minore, in quanto spettatore, è la legge 6 agosto 1990 n. 223 stabilisce il divieto di trasmettere messaggi cifrati o di carattere subliminale e quello di trasmettere programmi che possano nuocere allo sviluppo psichico o morale dei minori. Così pure la legge del 30 maggio 1995 n. 203 che stabilisce il divieto di trasmettere, durante la fascia oraria 7:00-23:30, opere a soggetto che contengano immagini di sesso o di violenza tali da poter incidere negativamente sulla sensibilità dei minori e consentendo solo film od opere per cui sia stato concesso l'apposito "nulla osta". L'autorità preposta alla vigilanza è il Garante per la radiodiffusione e per l'editoria. Il Garante non ha un proprio osservatorio per cui è limitato ad avviare un procedimento solo sulla base di segnalazioni o denunce che provengano da privati il che rende assai evanescente la funzione di reale controllo. Si discute ancora se la responsabilità di esporre il minore debba ricadere sui genitori o sull'emittente. Poiché l'obbligo grava direttamente sull'emittente, è questa che deve rispondere civilmente dei danni cagionati. All'uopo quasi tutte le emittenti radio-televisive si sono dotate di codici di autoregolamentazione che, tuttavia, non chiariscono il nostro quadro normativo di riferimento.

Il Decreto Legislativo del 4 agosto 1999 n. 345, «Attuazione della direttiva 94/33/CE relativa alla protezione dei giovani sul lavoro», pur eliminando le distinzioni per fasce d'età ha esteso la deroga al divieto fino alle ore 24:00 per il lavoro nello spettacolo, esteso anche alle attività a carattere culturale, artistico e sportivo. La legge 144/99 stabilisce, però, che la direzione provinciale del lavoro può autorizzare l'impiego dei minori, anche dopo i termini consentiti, solo in attività lavorative di carattere culturale, artistico, ricreativo, sportivo e nello spettacolo. In precedenza tale valutazione era affidata al Prefetto. Il D.lgs, inoltre, pone severe limitazioni anche alla pubblicità ingannevole, la cui valutazione, però, è da effettuarsi ad opera del Garante della concorrenza e del mercato e non più da parte del garante per la radiodiffusione,

in quanto si ritiene, in armonia con le disposizioni del codice civile, che debba essere prima di tutto rispettato l'interesse produttivo comune. Importante è poi ricordare la proposta di legge Carlucci sullo spettacolo dal vivo, approvata dalla Commissione cultura della Camera in sede redigente, ma bloccata dalla Ragioneria dello Stato per non aver ottenuto entro la fine della scorsa legislatura la copertura finanziaria, che all'articolo 15 comma 1 stabiliva che «la Repubblica riconosce l'alto valore educativo e formativo delle arti dello spettacolo quali elementi fondamentali di crescita culturale dell'individuo e della collettività, di integrazione e di contrasto del disagio sociale nelle sue manifestazioni». Ciò affermava una maggiore dignità allo spettacolo il quale non solo viene tutelato all'articolo 9 della Costituzione, ma con questa norma gli veniva riconosciuto un valore di formazione cui anche i genitori e/o gli esercenti la potestà avrebbero dovuto considerare. Infatti, sempre la stessa legge al comma 3 dell'articolo 15 e al comma 1 dell'articolo 16 riconosceva rispettivamente «al fine di favorire la formazione culturale e la pratica artistica, amatoriale e professionale, delle nuove generazioni, sono attivate forme di collaborazione tra istituzioni scolastiche e universitarie e soggetti professionali operanti nei settori dello spettacolo dal vivo» e che «lo Stato sostiene l'alta formazione nelle discipline dello spettacolo dal vivo, con particolare riferimento ai conservatori di musica, alle accademie di belle arti, agli istituti». Stato, istituti culturali e produzioni di spettacolo pertanto venivano con il progetto di legge ad essere un supporto alla crescita e allo sviluppo dei minori con propensioni artistiche, contribuendo ad aiutare i genitori nel loro ruolo di educatori. In un certo qual modo si veniva anche ad armonizzare con l'articolo 4 della legge 977 del 1967 che prevede il rispetto dell'obbligo scolastico, tuttavia con lo sviluppo di istituti formativi a carattere artistico si viene in un certo qual modo a convergere l'obbligo all'istruzione con il desiderio del minore di seguire le proprie inclinazioni.

Bisogna ricordare, sempre in un'ottica di tutela dello sviluppo psico-fisico, che per le prestazioni artistiche vi è anche l'obbligo del riposo di 14 ore consecutive dopo la prestazione, fissato dalla legge, che testualmente si riferisce all'«intervallo minimo tra una prestazione artistica e l'altra, e non già tra la prestazione e l'inizio del successivo impegno scolastico. Tuttavia, nella visione globale della persona del minore si impone, comunque, la concessione di un congruo lasso di tempo per consentirgli il pieno recupero

psico-fisico in vista della scuola, tenendo conto dell'entità e dell'intensità della prestazione resa; anche perché l'osservanza dell'obbligo scolastico, pure espressamente richiesta dall'art. 4, non consiste nella mera frequenza, ma nella garanzia che la partecipazione del minore allo spettacolo non ne pregiudichi le opportunità di profitto⁹.

5. — *Il diritto all'immagine del minore.*

Il nostro ordinamento tutela il diritto delle persone all'uso del proprio nome e della propria immagine agli articoli 7, 10, 96 e 97 della legge sul diritto d'autore¹⁰. Quanto a riconoscere al minore il potere di disporre i diritti relativi alla propria immagine non è un argomento pacifico in dottrina¹¹. Autorevole pensiero¹² nega che tale capacità sussista in generale, non emergendo dall'ordinamento elementi certi per far ritenere che il minore possa liberamente decidere l'esercizio di un diritto tanto rilevante per la tutela della personalità: le norme infatti che intestano la possibilità di intrattenere rapporti di lavoro subordinato, non consentirebbero di ravvisare una piena capacità d'agire del minore estesa sino al punto di poter disporre del proprio ritratto e consentirne la divulgazione ove questa non sia elemento essenziale della prestazione di lavoro. Altra dottrina¹³, pur affermando in linea di principio come inderogabile la regola generale che fissa il limite di maggiore età, ritengono che il minore possa validamente disporre della propria immagine per l'utilizzazione altrui quando questa, pur se non essenziale, sia un'implicazione anche solo naturale del rapporto posto in essere dal minore, come appunto nelle prestazioni artistiche. Nel contratto di scrittura cinematografica o televisiva vi è la possibilità che qualunque terzo ha di diffondere l'immagine del minore senza il suo consenso¹⁴, ma per il solo fatto di

⁹ D. CORVI, *op. cit.*, p. 24.

¹⁰ I. MAGNI, *Merchandising e sponsorizzazione*, Padova, 2002, p. 15.

¹¹ A. SAVINI, *L'immagine e la fotografia nella disciplina giuridica*, Padova, 1989, p. 78.

¹² P. VERCELLONE, *Il diritto sul proprio ritratto*, Torino, 1959, p. 152.

¹³ G. BAVETTA, *Immagine*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1970, p. 147.

¹⁴ P. VERCELLONE, *op. cit.*, p. 195.

essersi esibito, salvo l'equo compenso, di diffondere con qualunque mezzo (tv, web, social network ecc.) in base all' articolo 80 comma 2 lettera c della legge 633 del 1941. In sostanza chi acquisisce diritti economici sul prodotto cine-televisivo ottiene anche il diritto a diffondere per scopi pubblicitari o di propaganda anche la possibilità di utilizzare le immagini del minore attore. Quindi nel momento in cui il minore presta la sua prestazione, il suo consenso e quello dei genitori si oggettiva nell'opera, nella misura in cui non venga lesa la personalità del minore. Una consolidata dottrina¹⁵ distingueva dal fatto che mentre è possibile utilizzare immagini del film, diverso è il caso per fotogrammi, presi e adattati in altri contesti. Non pare convincerci del tutto questa elaborazione, in quanto la prestazione, e quindi l'immagine, fa parte del film e l'attore ha assunto quella determinata posa ed espressione perché eseguiva la prestazione all'interno del film e si identifica in quello. Quindi il fotogramma non è altro che un fermo immagine che può essere acquisito dal titolare dei diritti economici, salvo appunto equo compenso all'interprete.

A differenza che in Italia, in Usa il diritto all'immagine, *right of publicity*, è inteso come diritto di sfruttamento commerciale del proprio nome e della propria immagine. Negli Stati Uniti, dunque, si tutela l'aspetto patrimoniale, più che della lesione la propria immagine e la *ratio* è quella di garantire il ritorno economico che la persona nota si aspetta dall'uso del suo nome e della sua immagine. Infatti, secondo la giurisprudenza italiana il diritto all'uso esclusivo del proprio nome e della propria immagine si è affermato come diritto della personalità, cioè inerente alla persona stessa e solo in un secondo momento se ne sono conosciuti i risvolti patrimoniali. Una nota pronuncia¹⁶ prende proprio spunto dal *right of publicity*, ma la dottrina ha accolto criticamente la pronuncia poiché una tutela generalizzata può non tenere conto del fatto che in certi casi il risultato si realizza indipendentemente e in assenza di un investimento; in altri casi il soggetto che percepisce il compenso è diverso da quello che ha sopportato il costo dell'investimento. In altri paesi come la Francia l'inquadramento del diritto all'immagine come *droit de la personnalité*, non ha reso meno efficace la repressione di ogni viola-

¹⁵ P. VERCELLONE, *op. cit.*, p. 185.

¹⁶ Cass. 2 maggio 1991 n. 4785, in *Giur.it*, 1991, I, 1, p. 975.

zione del *droit à l'image*, anche quando la riproduzione avveniva per motivi di lucro. Probabilmente la soluzione migliore sta nel rintracciare strumenti di tutela alternativi soprattutto per il diritto alla notorietà, come l'azione di concorrenza sleale o l'azione di arricchimento senza cause¹⁷.

6. — *Limiti all'utilizzo della prestazione artistica nei talent show.*

Oggi un modo per valorizzare le capacità artistiche dei minori e che ha dietro però un solido impianto di show business remunerativo è quello dei *talent show*, cioè format televisivi volti alla competizione di giovani in discipline artistiche che però hanno anche la finalità di far crescere l'artista. Nonostante la scelta di genitori, minori e produzione di fare in modo che i giovani artisti esplodano, è stata introdotta una norma che pone nell'ambito televisivo ci sono limiti d'orario che impediscono che la prestazione artistica di un minore venga utilizzata nella fascia notturna. Vediamo, a tal proposito, come si sono regolati tre noti *talent show* aventi ad oggetto esibizione canore di minori. Nella decima puntata di X Factor, il 6 novembre 2010, al ballottaggio finale con i brani «7.000 caffè» e «Isn't she lovely» non si è potuto esibire in diretta il concorrente diciassettenne Ruggero Pasquarelli e le esibizioni sono state pertanto trasmesse in differita. Durante la trasmissione del festival di San Remo 2010, invece, la concorrente Jessica Brando non si è potuta esibire con il brano «Dove non ci sono ore», tuttavia, data la peculiarità della competizione, non le è stato concesso neanche il diritto di esprimersi in differita. A differenza di X factor, infatti, dove i minori in oggetto sono esecutori di composizioni cd. cover cioè non sono di propria proprietà, il festival di San Remo trasmette solo brani originali. Nella 13ª puntata di «Io canto» condotta in diretta da Gerry Scotti l'11 dicembre 2012 su canale 5 la vincitrice Benedetta Caretta ha cantato il brano «Insieme» alle 01:15, cioè molto tempo dopo la mezzanotte¹⁸. I primi due casi assumono particolare importanza in quanto si tratta di programmi trasmessi da emittenti pubbli-

¹⁷ I. MAGNI, *op. cit.*, p. 22.

¹⁸ L. BADOLATI, *La partecipazione dei minorenni negli spettacoli televisivi: l'esibizione dal vivo nei reality e nei festival*, in www.filodirito.it, 2011.

che, il cui finanziamento è in parte garantito dal versamento di un canone da parte degli abbonati, in parte dal tele-voto e in parte dagli introiti pubblicitari. La sopravvivenza degli spettacoli dal vivo rimane, comunque, garantita per la maggior parte da finanziamenti pubblici tramite il Fondo Unico dello Spettacolo di cui il settore musicale occupa circa il 14% degli investimenti complessivi¹⁹. Ci si è chiesti se i testi dei cantanti fossero tali da ledere il pudore non solo dei minori spettatori, ma anche dei minori cantanti. Se non c'erano problemi per «*Insieme*» e per «*7000 caffè*» di Britti, dove l'unico elemento che presenta un contenuto erotico è il «bacio», qualche perplessità, invece, può derivare dall'ascolto del brano «*Isn't she lovely*» che accenna nel finale a un concepimento di una certa Londie con il coinvolgimento di Aisha, nome musulmano della moglie cristiana del profeta Maometto che fu costretta a rinnegare la sua fede originale per convertirsi all'Islam, ma né il pudore né il sentimento religioso vengono lesi in quanto emerge solamente il tema dell'amore romantico che non ha nulla a che vedere con la pornografia.

Per quanto riguarda queste esibizione canore c'è un problema giuslavoristico che sorge dal momento che a differenza che in un normale rapporto di lavoro il datore non è vincolato a precisi e inderogabili obblighi quali l'immatricolazione, presso la SIAE, dell'impresa e dei lavoratori, la richiesta del certificato di agibilità e la liquidazione dei contributi previdenziali. Il lavoratore, infatti, è obbligato al compimento dell'esibizione, alla soggezione dalla direzione del lavoro e, nel caso di premi e rassegne, alla dichiarazione di mancata cessione a terzi dei diritti sull'utilizzo dell'opera inedita che però resta di esclusiva proprietà degli autori. Rimane da chiedersi, dunque, se debba configurarsi piuttosto come attività economica senza rapporto di lavoro (es. stages, lavori socialmente utili, borse-lavoro, etc.) i cui titolari dell'obbligazione non godono di un trattamento previdenziale pur percependo una retribuzione vincolata all'adempimento della prestazione. Un'ipotesi interessante, che però non convince del tutto anche perché, specialmente durante la programmazione di premi e rassegne, i concorrenti assumono la configurazione di «esecutori a titolo gratuito», sebbene in base alle note in avvertenza del DPCM 16 settembre 1999 n. 504 siano previsti compensi, qualora

¹⁹ R. DE LELLIS, *Le regole dello spettacolo: manuale per conoscere la storia, le leggi, gli enti e le imprese di spettacolo in Italia e in Francia*, Roma, 2009, p. 65.

sussistano accordi tra la SIAE e le associazioni di categoria. In sostanza limitazioni alla trasmissione di esibizioni dal vivo e quindi alla prestazione artistica sono consentite qualora siano violate le prescrizioni sulla dignità personale, dell'immagine, dell'integrità psicofisica e della privacy del minore, senza il suo consenso o di chi ne fa le veci, nonché di carattere sanitario ai fini di verificare l'idoneità psico-fisica del soggetto. Pensiamo anche per le attività sportive a carattere dilettantistico organizzate dalla scuola, da società sportive è prescritto che i minori debbano sottoporsi previamente a visita medica e sono esclusi dal controllo obbligatorio coloro che praticano attività in forma privata.

7. — *Minori e spettacoli osceni.*

Ovviamente i minori non devono partecipare a spettacoli con scene erotiche od osceni. Tuttavia a volte il confine è molto labile. Quanto a spettacoli, cioè film in particolare, con scene erotiche non dobbiamo dimenticare che molti film o fiction hanno a oggetto vicende di adolescenti, i quali spesso compiono o hanno relazioni sessuali. Un conto è vedere una scena di sesso e un altro è metterla di scena con espedienti di cui la cinematografia si è sempre avvalsa. È logico ritenere che queste devono essere girate in modo tale che i minori non siano turbati nella loro sfera sessuale o emotiva e con il consenso sia del minore stesso che dei titolari della potestà genitoriale. Da escludere invece categoricamente la partecipazione dei minori a film porno in quanto lesivi della loro formazione e sviluppo psico-fisico; a tal proposito merita di essere segnalata l'ultima novità presentata dalla Convenzione Lanzarote, che risponde alla necessità riscontrata dal Consiglio d'Europa di elaborare nuovi strumenti vincolanti per gli Stati parte del Coe per il contrasto allo sfruttamento e all'abuso sessuale dei minori. La Convenzione è stata adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 12 luglio 2007 e aperta alla firma il 25 ottobre 2007 a Lanzarote. Ratificata dall'Italia ad ottobre 2012 ed entrata in vigore dal maggio 2013. A tal proposito proprio all'articolo 21 si occupa di reati relativi alla partecipazione a uno spettacolo pornografico, affinché un minore non venga reclutato o addirittura a partecipare a tali spettacoli. Per quanto riguarda gli spettacoli osceni dobbiamo

attenerci all'articolo 529 c.p. Chiariamo preliminarmente che osceni sono quei spettacoli in grado di cagionare un'immediata reazione, emotiva, turbamento, repulsione in grado da turbare nell'attuale momento storico²⁰. Il secondo comma dell'articolo 529 c.p. esclude la punibilità per l'opera d'arte. In buona sostanza, come ha rilevato consolidata giurisprudenza²¹, la norma opera una *fiction iuris* che rende inoperante la sanzione penale in contemplazione dei valori artistici ritenuti prevalenti dal legislatore. Il valore artistico dell'opera va riferito al suo complesso. Pertanto l'osceno si pone necessariamente in conflitto con l'arte a condizione che sussista un equilibrio tra il contenuto e la forma, tra il messaggio che l'autore propone ed i mezzi di cui egli si sia avvalso²². A tal proposito si può ricordare il caso del film «*Caligola*» che data l'interpretazione degli attori, la scelta delle inquadrature, il colore e gli ambienti non potevano determinare alcun risultato estetico neppure sul piano formale; oltre a ciò il film violava sia il minimo etico, che il comune senso del pudore capace ancor oggi di turbare per la brutalità e bestialità descrittiva delle immagini. In film del genere riteniamo che i minori non debbano partecipare e nel caso in cui le aspettative *ab origine* erano diverse, non possano essere proiettati proprio perché non solo capace di turbare la sensibilità degli adulti, ma anche la stessa immagine dei minori coinvolti nel cast verrebbe lesa.

8. — *Responsabilità dei genitori ed emancipazione nello spettacolo.*

Quanto ad altri aspetti che possono riguardare i minori come i danni cagionati a terzi, magari durante l'allestimento di spettacolo si ritiene si debba applicare la disposizione del 2048 c.c., potremmo aggiungere, richiamando il celebre caso inglese *Donoghue v. Stevenson*, che il dovere di diligenza è giuridicamente operante nei confronti di chi è considerato prossimo²³ e quindi fortemente stringente per i genitori ancor più vincolati al *duty of care*, cioè al do-

²⁰ Cass. 23 settembre 2004, n. 37395, in *Cass. pen.*, 2005, p. 117.

²¹ Cass. 23 aprile 1973, n. 3257, in *CPMA*, 75, p. 805.

²² Cass. 7 giugno 1984, n. 5308, in *CED*, 164640.

²³ M. SERIO, *La responsabilità complessa. Verso uno statuto unitario della civil liability*, Palermo, 1988, p. 102.

vere di attenzione, non soltanto per gli obblighi risarcitori, ma anche perché gli stessi hanno il dovere giuridico e morale di educare i figli evitando che i loro comportamenti possano sfociare in atti illeciti o lesivi in qualsiasi modo per i terzi. Anche per l'emancipazione si ritiene debba applicarsi la disciplina del codice civile, nello spettacolo sorgerebbe l'esigenza qualora la notorietà del minore e i suoi guadagni siano talmente elevati che l'amministrazione dei genitori possa diventare pregiudizievole per l'interesse del minore si applicheranno le disposizioni del codice civile. In Italia non ha preso mai piede l'idea del divo-minore, che è invece storicamente presente negli Usa e nello star system di Hollywood²⁴. Non dimentichiamo poi quanti bambini prodigi crea la Disney per i suoi telefilm. Ricordiamo gli inizi delle starlette Hilary Duff e Miley Cyrus per le loro serie Lizzie Maguire e Hannah Montana. Proprio queste due ragazze si sono scontrate con le famiglie arrivando pure a chiedere l'emancipazione dal regime familiare²⁵. Il procedimento americano di emancipazione è però molto più snello e rapido che in Italia, ma forse per una volta i lenti procedimenti italiani in questo caso danno maggior garanzie di tutele a differenza che negli Usa, dove un semplice modulo firmato dai genitori può emancipare il minore, spesso però non in grado di gestire una dilagante notorietà e un patrimonio immenso.

9. — *Il pericolo della prospettiva paidocentrica.*

L'ottica in cui il legislatore deve muoversi, non solo nell'ambito dello spettacolo, dove la disciplina è assolutamente carente, frammentaria e inadeguata al modello di show business odierno, deve essere quella dell'interesse minore. Non dobbiamo dimenticarci che questo deve crescere e formarsi e assecondare tutti i suoi interessi e inclinazioni. La società è cambiata moltissimo e si è passati da un regime forse dispotico che hanno vissuto i genitori

²⁴ Pensiamo a Shirley Temple o ai più recenti milionari come Macaulay Culking, alias il Bambino di *Alone home* (*Mamma ho perso l'aereo*), che sul finire degli anni 80' era tra le persone più ricche al mondo o a famoso nella metà degli anni 90' Haley Joel Osment per interpretazioni quali *Il sesto senso*, *Un sogno per domani*, *A.I.*

²⁵ Ultimo caso è la disputa per l'emancipazione di figlio di Will Smith, Jadel, che esordì proprio con il padre in «*La ricerca della felicità*» di Gabriele Muccino.

di oggi, con un'educazione troppo lassista, supportata ora anche dalla legge 219 con un'ottica favorevole ai minori, che potrebbe spostare il suo focus da una prospettiva paidocentrica a «bamboccione centrica». I genitori oggi come negli anni 50' sono sempre vincolati ai doveri ex articolo 147 c.c. e 30 della Costituzione, sebbene siano intercorse l'importante riforma di famiglia del 1974, la legge sull'adozione, quella sulla procreazione medicalmente assistita e infine quella sulla filiazione e ciò ha fatto sì che i genitori, anche vittima del «senso di colpa», dovute a separazioni e divorzi e impegni, abbiano lasciato sempre più spazio ai minori. Non c'è più l'unitarietà della famiglia, salvo che in alcune parti del Sud-Italia, e purtroppo i minori si trovano sempre più smarriti con moltissime garanzie e spesso non in grado di gestirsi, la società si è trasformata e si sta ancor più trasformando, ma il legislatore deve tenere in considerazione che certi principi non devono mutare mai in ottica di formazione e nel rispetto di tutte le inclinazioni e cioè che i genitori devono fare i genitori e i figli devono rimanere tali e rispettosi dei genitori, altrimenti ci saranno sempre più ragazzi perduti e bamboccioni.

FRANCESCA TIZI*

IL RIPARTO DI COMPETENZE DOPO LA RIFORMA

SOMMARIO: 1. La legge n. 219/2012 ed i suoi obiettivi. — 2. Ridefinizione della competenza in materia minorile. — 3. Ampliamento della competenza esclusiva del giudice ordinario in ordine ai provvedimenti di cui all'art. 317 *bis* c.c. — 4. Competenza concorrente del Tribunale ordinario in ordine ai procedimenti di cui all'art. 333 c.c. — 5. Segue. Generale competenza per connessione del giudice ordinario? — 6. Alcune considerazioni.

1. — *La legge n. 219/2012 ed i suoi obiettivi.*

La necessità di colmare le lacune della disciplina della filiazione naturale, nell'ottica dell'unificazione dello *status filiationis*, è stata recentemente avvertita anche a livello legislativo. È infatti dello scorso 27 novembre l'approvazione alla Camera dei Deputati della legge 10 dicembre 2012 n. 219, grazie a cui si è ottenuto il superamento di una normativa ormai vecchia che, in contrasto con i principi espressi dalle Convenzioni internazionali sui diritti dell'infanzia nonché dagli artt. 3 e 30 Cost., ingiustificatamente continuava a differenziare il trattamento giuridico - sostanziale come processuale - dei figli nati fuori dal matrimonio rispetto a quelli nati all'interno dell'unione matrimoniale¹.

Se con l'entrata in vigore della legge dell'8 febbraio 2006 n. 54 sull'affida-

* Università degli Studi di Perugia.

¹ La l. n. 219/2012, pubblicata in G.U. del 17 dicembre 2012 n. 293, si pone il generale obiettivo di unificare lo *status* di figlio legittimo e naturale. In particolare all'art. 2, comma 1, lett. a) è stabilita la «sostituzione, in tutta la legislazione vigente, dei riferimenti ai “figli legittimi” e ai “figli naturali” con riferimenti ai “figli”, salvo l'utilizzo delle denominazioni di “figli nati nel matrimonio” o di “figli nati fuori del matrimonio” quando si tratta di disposizioni ad essi specificamente relative». In quest'ottica la citata legge ha novellato l'art. 315 c.c., intitolato «Stato giuridico della filiazione», che parifica lo stato giuridico dei figli. Il venire meno della distinzione tra figli legittimi e naturali ha portato inoltre anche all'abrogazione dell'intera Sezione II, intitolata «Della legittimazione dei figli naturali», del Libro I, Titolo VII, Capo II. Altre modifiche sono infine state rinviate con la tecnica della legislazione delegata al Governo.

mento condiviso si è infatti mosso un primo passo verso l'equiparazione tra figli naturali e legittimi, ciò è avvenuto prendendo in considerazione il solo piano sostanziale. Conseguentemente una tale riforma, priva delle adeguate riflessioni circa la necessità che una revisione della materia, pur limitata ai profili sostanziali, provoca sempre anche solo implicitamente sul processo, ha di fatto, come di seguito meglio evidenziato, avuto conseguenze rilevanti anche sul piano processuale.

È dunque partendo da tale consapevolezza che l'odierno legislatore, nel modellare il nuovo *status* di figlio, non ha mancato questa volta di operare una profonda incisione anche sul processo.

Tuttavia, mentre la disciplina di alcuni profili è stata al momento rinviata con la tecnica della legislazione delegata al Governo², altri aspetti sono

² In particolare grazie all'art. 2 della l. n. 219/2012 «*il Governo è delegato ad adottare (...) uno o più decreti legislativi di modifica delle disposizioni vigenti in materia di filiazione e di dichiarazione dello stato di adottabilità per eliminare ogni discriminazione tra i figli, anche adottivi, nel rispetto dell'articolo 30 della Costituzione*» nonché dei novellati artt. 315 e 315-bis c.c. È in particolare di rilevanza processuale la lett. b) del citato articolo grazie a cui si delega il Governo alla trasposizione dei contenuti: della sezione II del capo I in un nuovo capo II, avente la seguente rubrica: «*Delle prove della filiazione*» (attuale art. 236 c.c.) (al n. 4); della sezione III del capo I in un nuovo capo III, rubricato «*Delbazione di disconoscimento e delle azioni di contestazione e di reclamo dello stato di figlio*» (attuali artt. 244 ss. c.c.) (al n. 5); del par. 1 della sezione I del capo II in un nuovo capo IV, rubricato «*Del riconoscimento dei figli nati fuori del matrimonio*» (art. 250 ss. c.c.) (n. 6); del par. 2 della sezione I del capo II in un nuovo capo V, avente come rubrica: «*Della dichiarazione giudiziale della paternità e della maternità*» (artt. 269 ss. c.c.) (n. 7). Inoltre anche la lett. c) dell'art. 2 della nuova legge ha rilevanza sul piano processuale. Con questa disposizione si delega il Governo alla «*ridefinizione della disciplina del possesso di stato e della prova della filiazione prevedendo che la filiazione fuori del matrimonio può essere giudizialmente accertata con ogni mezzo idoneo*» (art. 269, comma 2, c.c.). Alla lett. d) si delega, poi, il Governo ad estendere la «*presunzione di paternità del marito rispetto ai figli comunque nati o concepiti durante il matrimonio*» nonché a ridefinire la disciplina «*del disconoscimento di paternità, con riferimento in particolare all'articolo 235, primo comma, numeri 1), 2) e 3), del codice civile, nel rispetto dei principi costituzionali*». La lett. e) prevede invece la delega governativa alla «*modifica della disciplina del riconoscimento dei figli nati fuori del matrimonio con la previsione che: 1) la disciplina attinente all'inserimento del figlio riconosciuto nella famiglia dell'uno o dell'altro genitore sia adeguata al principio dell'unificazione dello stato di figlio, demandando esclusivamente al giudice la valutazione di compatibilità di cui all'articolo 30, terzo comma, della Costituzione; 2) il principio dell'inammissibilità del riconoscimento di cui all'articolo 253 del codice civile sia esteso a tutte le ipotesi in cui il riconoscimento medesimo è in contrasto con lo stato di figlio riconosciuto o giudizialmente dichiarato*». La lett. i) delega infine il Governo ad una «*disciplina delle*

stati immediatamente regolamentati³ grazie alla disposizione di cui all'art. 3 della legge in parola⁴. Quest'ultima si è in particolare interessata di tre principali distinti profili: la rideterminazione del riparto delle competenze tra giudice minorile e giudice ordinario, l'estensione del rito camerale a tutte le controversie che coinvolgono i minori figli di genitori non sposati attribuite alla competenza del Tribunale ordinario, nonché la previsione di misure a garanzia dei provvedimenti patrimoniali in materia di mantenimento dei figli nati fuori dal matrimonio analoghe a quelle previste per i figli di genitori coniugati nel caso di crisi della coppia genitoriale (artt. 156 c.c. e 8 l. divorzio)⁵.

L'oggetto della presente trattazione è però limitato ad uno soltanto degli aspetti da ultimo indicati ovvero all'analisi del nuovo riparto di competenze

modalità di esercizio del diritto all'ascolto del minore che abbia adeguata capacità di discernimento, precisando che, ove ascolto sia previsto nell'ambito di procedimenti giurisdizionali, ad esso provvede il presidente del Tribunale o il giudice delegato».

³ L'art. 4, l. n. 219/2012, contenente disposizioni transitorie, prevede espressamente che il precedente art. 3 si applichi «*ai giudizi instaurati a decorrere dalla data di entrata in vigore*» della legge.

⁴ Inoltre anche l'art. 1 della citata legge, rielaborando una serie di disposizioni in tema di *status* di figlio, produce indubbi riflessi sul piano processuale. Si pensi in particolare al nuovo art. 250, comma 4, c.c., che, in maniera molto dettagliata, disciplina il procedimento di opposizione al riconoscimento del figlio nel caso di opposizione del genitore che lo ha già riconosciuto ovvero l'art. 250, u.c., c.c., che introduce invece un nuovo intervento giudiziale in materia di riconoscimento del figlio da parte del genitore infra-sedicenne. In quest'ambito deve inoltre essere annoverato anche l'art. 251 c.c. che, per il riconoscimento del figlio incestuoso, prevede l'autorizzazione giudiziale. Ma soprattutto il nuovo art. 315-bis c.c. che, regolamentando i diritti e doveri del figlio, oltre quelli di rango sostanziale, ne individua al comma 3, nel riconoscere al «*figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici, e anche di età inferiore ove capace di discernimento*» il «*diritto di essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano*», anche uno di carattere processuale.

⁵ Sebbene non sia oggetto della presente analisi, l'innovazione apportata dal legislatore all'art. 3, comma 2, della legge in commento, che pone disposizioni a garanzia dei provvedimenti patrimoniali in materia di mantenimento della prole, è molto importante perché finalizzata ad ottenere una perfetta eguaglianza della tutela giurisdizionale tra figli di genitori coniugati e figli nati fuori dall'unione matrimoniale. Tale norma, grazie alla disposizione transitoria di cui all'art. 4 della l. n. 219/2012, è applicabile non solo in relazione ai giudizi instaurati nella vigenza della legge in parola, ma anche ai «*processi relativi all'affidamento e al mantenimento dei figli di genitori non coniugati pendenti davanti al Tribunale per i minorenni alla data di entrata in vigore della presente legge*».

tra giudice ordinario e minorile. Di seguito, dopo aver individuato il nuovo assetto delle competenze, si cercherà di valutarne la conformità al principale obiettivo perseguito dalla riforma e cioè all'eliminazione di ogni disparità di trattamento, anche processuale, tra figli nati all'interno dell'unione matrimoniale e figli di genitori non coniugati.

2. — *Ridefinizione della competenza in materia minorile.*

Il nuovo riparto delle competenze tra giudice ordinario e speciale rappresenta un'importante innovazione, destinata ad acquistare un'altrettanto importante eco sul piano pratico.

Se con l'art. 3 della l. n. 219/2012 sono state introdotte modifiche all'art. 38 disp. att. c.c. tali da ridisegnare la competenza dei Tribunali interessati alle tematiche minorili, la tecnica utilizzata nel ripartire le competenze è però rimasta quella solita: il Tribunale per i minorenni è dotato di competenza individuata in maniera analitica dall'art. 38 disp. att. c.c., che, mentre al comma 1 continua ad elencare i singoli provvedimenti riservati alla giurisdizione civile minorile, al comma 2 demanda invece, in via residuale, tutti gli ulteriori procedimenti alla competenza del giudice ordinario⁶.

Più in particolare, mentre la competenza del Tribunale per i minorenni viene limitata ai procedimenti relativi ai provvedimenti contemplati agli artt. 84, 90, 330, 332, 333, 334, 335 e 371, ul. co., c.c., al Tribunale ordinario è attribuita competenza esclusiva in relazione a materie, nel vigore della previgente normativa, di competenza del giudice minorile quali in particolare tutti i procedimenti in materia di *status* del minore, di amministrazione, in presenza di minori, del fondo patrimoniale (art. 171 c.c.), di costituzione di usufrutto in caso di divisione dei beni della comunione legale (art. 194, com-

⁶ In particolare l'art. 38, comma 1, disp. att. c.c. continua a prevedere che «sono emessi dal Tribunale ordinario i provvedimenti relativi ai minori per i quali non è espressamente stabilita la competenza di una diversa autorità giudiziaria». Sulla ripartizione della competenza minorile prima della l. 219/2012, v.: F.P. LUISO, *La ripartizione delle competenze tra Tribunale ordinario e Tribunale per i minorenni: attualità e prospettive*, in AA.VV., *Quale processo per la famiglia e i minori*, a cura di Fanni, Milano, 1999, p. 45 ss.; F. DANOVI, *Il riparto delle competenze tra giudice minorile e giudice onorario: il Tribunale unico della famiglia*, in *Dir. fam. pers.*, 2011, p. 257 e ss.

ma 2, c.c.) nonché ai sensi degli artt. 316 e 317-*bis* c.c. Inoltre, in pendenza, tra le parti, di giudizio di separazione, divorzio o giudizio ai sensi dell'art. 316 c.c., il novellato art. 38, comma 1, secondo capoverso, disp. att. c.c. riconosce per la prima volta al giudice ordinario competenza concorrente con il giudice minorile in riferimento a materie normalmente attribuite alla potestà decisoria di quest'ultimo⁷.

Già da quanto sin qui brevemente illustrato appare dunque possibile rilevare come la descritta riduzione, nonché in alcuni casi eliminazione di esclusività, dell'ambito della competenza del Tribunale per i minorenni sembri essere il frutto semplicistico della necessità di risolvere una serie di discrasie create dalla frantumazione delle competenze, soprattutto in seguito alla l. n. 54/2006, non anche l'occasione per una profonda revisione della tutela processuale civile in materia minorile. Ciò, anticipando considerazioni che saranno oggetto di specifica dimostrazione nel seguito del presente scritto, si crede però non possa che avere come contropartita l'impossibilità di raggiungere una perfetta equiparazione, almeno dal punto di visto processuale, tra figli di genitori uniti dal vincolo matrimoniale e figli nati da genitori non sposati.

3. — *Ampliamento della competenza esclusiva del giudice ordinario in ordine ai provvedimenti di cui all'art. 317 bis c.c.*

Che il legislatore del 2012 avesse come principale obbiettivo non tanto l'equiparazione della posizione processuale dei minori, quanto piuttosto il superamento di una serie di discrasie create, in seguito alla l. n. 54/2006, dal previgente riparto di competenze tra giurisdizione ordinaria e minorile, è in

⁷ Il citato articolo, dopo aver elencato i provvedimenti di competenza del giudice specializzato, nel prevedere che «per i procedimenti di cui all'articolo 333 resta esclusa la competenza del Tribunale per i minorenni nell'ipotesi in cui sia in corso, tra le stesse parti, giudizio di separazione o divorzio o giudizio ai sensi dell'articolo 316 del codice civile», nonché che «in tale ipotesi per tutta la durata del processo la competenza, anche per i provvedimenti» normalmente attribuiti al Tribunale per i minorenni, spetta al giudice ordinario, riconosce a quest'ultimo competenza concorrente con il giudice speciale in materia minorile. Tuttavia per l'interpretazione della disposizione in parola si rinvia *infra* ai §§ 4 e 5.

particolare messo in evidenza dalla recente attribuzione al giudice ordinario della competenza a decidere, in via esclusiva, le controversie in materia di affidamento e mantenimento dei figli nati fuori dall'unione matrimoniale di cui all'art. 317-*bis* c.c.

Il riparto di competenza in vigore prima del 2012 destava infatti non pochi problemi applicativi posto che, accanto alla competenza del Tribunale per i minorenni in materia di affidamento, nel caso di crisi della coppia non sposata, si assisteva, per il contenzioso di natura economica, alla competenza del Tribunale ordinario⁸. Tale frantumazione delle competenze era da sempre stata oggetto di critica non solo a causa dell'inopportunità della scissione e della conseguente diseconomia in termini di tempi ed oneri processuali, ma anche e soprattutto a causa della diversità di trattamento dei figli nati fuori dal matrimonio rispetto ai figli di genitori coniugati, posto che le sole decisioni relative all'affidamento e mantenimento di questi ultimi erano prese unitamente dal Tribunale ordinario nel giudizio di separazione dei coniugi di cui agli artt. 155 ss. c.c. secondo il modello processuale degli artt. 706 ss. c.p.c. che, dopo una preventiva fase presidenziale, seguiva lo schema della cognizione piena ed esauriente.

Se con l'entrata in vigore della legge sull'affidamento condiviso, i commentatori, al fine di dare piena attuazione alla normativa mirante all'equiparazione tra figli naturali e legittimi, si premuravano di rimuovere anche quelle discriminazioni che avevano portato ad una scissione di competenze in materia di affidamento e mantenimento dei figli nati fuori dal matrimonio, proponendone la concentrazione in capo ad un unico organo⁹, la necessità

⁸ Il vecchio art. 38, comma 1, disp. att. c.c. riservava infatti alla competenza del giudice minorile le sole controversie relative all'esercizio della potestà genitoriale dei figli nati fuori dal matrimonio, mantenendo una competenza generale per le controversie di natura economica in capo al giudice ordinario.

⁹ Infatti, accanto a chi (A. ZAMAGNI e L. VILLA, *Affido condiviso: quale competenza per i figli naturali*, in www.minoriefamiglia.it e in www.unicost.it; L. SALVANESCHI, *I procedimenti di separazione e divorzio*, in *Fam. dir.*, 2006, p. 373 ss.; ID., *Alcuni profili processuali della l. sull'affido condiviso*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 1287; A. GRAZIOSI, *Profili processuali della l. n. 54 del 2006 sul c.d. affidamento condiviso dei figli*, in *Dir. fam. pers.*, 2006, p. 1886 ss.; M.A. LUPOI, *Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 1067; A. BUCCI, *Affidamento e potestà genitoriale: tra Tribunale per i minori e Tribunale ordinario, alla luce della l. n. 54 del 2006*, in www.csm.it; in giurisprudenza v. Trib. min. Milano (decr.), 12 maggio 2006, in *Diritto & Giustizia*, 2006,

di equiparare la posizione giuridica dei figli nati nel matrimonio a quelli nati al di fuori di questo non sembra a chi scrive invece alla base delle pronunce della giurisprudenza.

Non tanto l'esigenza di evitare che minori, nati da genitori coniugati, e minori, figli di genitori non sposati, ricevessero dall'ordinamento un trattamento diseguale in relazione ai provvedimenti relativi alla potestà genitoriale, quanto soprattutto quella di escludere soluzioni interpretative che comportassero un sacrificio del principio di concentrazione delle tutele, sembra infatti aver determinato la giurisprudenza ad attrarre in capo al giudice specializzato il potere di provvedere, in sede di affidamento, anche sulla misura e modalità di contribuzione dei genitori naturali al mantenimento dei figli.

Volendo entrare nel vivo della questione, occorre evidenziare come, secondo un consolidato orientamento della Cassazione¹⁰, la l. n. 54/2006

23, p. 43), sostenendo l'abrogazione dell'art. 317-*bis* c.c. in favore dell'art. 155 c.c., considerato l'unica norma regolatrice dell'affidamento dei figli nati tanto all'interno del matrimonio che fuori di esso, riteneva che sarebbe venuto meno anche il richiamo a tale norma contenuto nell'art. 38 disp. att. c.c. con conseguente trasferimento di tutti i procedimenti relativi ai figli naturali in capo al giudice ordinario, si poneva chi invece riteneva di dovere estendere al Tribunale per i minorenni la competenza anche in ordine alle decisioni sui profili economici legati all'affidamento dei figli naturali. V. in tale ultimo senso: F. TOMMASEO, *Le disposizioni processuali della l. sull'affidamento condiviso (l. 8 febbraio 2006, n. 54)*, in www.csm.it; ID., *La disciplina processuale della separazione e del divorzio dopo le riforme del 2005 (e del 2006)*, in *Fam. dir.*, 2006, p. 7; G. DOSI, *L'affidamento condiviso*, in www.minoriefamiglia.it; G. SERVETTI, *Affido condiviso. Prime osservazioni e nodi problematici*, in www.unicostmilano.it; G. CASABURI, *La nuova l. sull'affidamento condiviso (ovvero, forse: tanto rumore per nulla)*, in *Corr. merito*, 2006, p. 566; C. PADALINO, *L'affidamento condiviso dei figli naturali*, in www.minoriefamiglia.it e in www.unicost.it; E. CECCARELLI, *La competenza del Tribunale dei minori per i provvedimenti patrimoniali e personali nei procedimenti relativi a figli naturali di genitori non coniugati (art. 4 l. n. 54/2006)*, in www.famigliaeminori.it; G. FACCHINI, *Quale competenza e quale rito per i figli naturali?*, in www.minoriefamiglia.it; in giurisprudenza: Trib. min. Trento (decr.), 11 aprile 2006 e Trib. min. Bologna (decr.), 26 aprile 2006, entrambe in *Il civilista*, 2008, p. 6, con nota di M. CAMPAGNOLI; Trib. Monza, 29 giugno 2006, in *Dir. fam. pers.*, 2007, p. 757.

¹⁰ Cfr. Cass. (ord.), 3 aprile 2007, n. 8362 (conformi v. Cass., 5 agosto 2008, n. 21126, in *Foro it.*, 2008, I, c. 3110; Cass., 8 giugno 2009, n. 13183, in *Il civilista*, 2010, p. 17). La pronuncia n. 8362/2007 è stata oggetto di numerosi commenti, v. *ex multis*: F. TOMMASEO, *Filiazione naturale ed esercizio della potestà: la Cassazione conferma (ed amplia) la competenza del Tribunale minorile*, in *Fam. dir.*, 2007, p. 453 ss.; G. CASABURI, *La Cassazione sulla competenza a provvedere su affidamento e mantenimento dei figli naturali*, in *Foro it.*, 2007, I, cc. 2050-2051; M.G. CIVININI, *Filiazione naturale, competenza e rito*, in *Foro it.*, 2007, I, cc. 2051-2052; G. DE MARZO,

sull'esercizio della potestà genitoriale in caso di crisi della coppia e sull'affidamento condiviso doveva essere applicata anche ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati, con la conseguente necessità di offrire una nuova interpretazione dell'art. 317-*bis* c.c., il quale, innovato nel suo contenuto precettivo, avrebbe continuato tuttavia a rappresentare lo statuto normativo della potestà del genitore naturale e dell'affidamento del figlio nella crisi dell'unione di fatto, sicché la competenza ad adottare i provvedimenti nell'interesse del figlio naturale sarebbe spettata al Tribunale per i minorenni in forza della previgente versione dell'art. 38, comma 1, disp. att. c.c., *in parte qua* non abrogata, neppure tacitamente, dalla novella. La contestuale richiesta di misure relative all'esercizio della potestà¹¹ e all'affidamento del figlio, da un lato, e di quelle economiche inerenti al suo mantenimento, dall'altro lato, secondo la Cassazione, avrebbe dunque determinato un'attrazione in capo al Tribunale per i minorenni della competenza a provvedere anche in ordine alla misura ed alle modalità con cui ciascuno dei genitori naturali avrebbe dovuto contribuire al mantenimento del figlio.

Il riferito principio peraltro era completato, sempre ad opera della giurisprudenza di legittimità, dall'idea secondo cui la competenza in tema di mantenimento di figli minori nati da genitori non coniugati, in assenza di una contestuale domanda di affidamento, vertendosi esclusivamente su diritti patrimoniali, spettasse al Tribunale ordinario e non a quello per i mino-

Mantenimento dei figli naturali e rito applicabile dinanzi al Tribunale per i minorenni, in *Foro it.*, 2007, I, c. 2053 ss.; L. SALVANESCHI, *Ancora un giudice diverso per i figli naturali*, in *Corr. giur.*, 2007, p. 951 ss.; F. DANOVÌ, *Affidamento e mantenimento dei figli naturali: la Cassazione sceglie il giudice minorile*, in *Fam. pers. e succ.*, 2007, p. 508 ss.; A. GRAZIOSI, *Ancora rallentamenti sulla via della piena equiparazione tra figli legittimi e figli naturali: la Cassazione mantiene inalterata la competenza del Tribunale per i minorenni*, in *Dir. fam. pers.*, 2007, p. 1629 ss.; E. MERLIN, *La Suprema Corte pone la parola fine al dibattito sulla «competenza» in tema di procedimenti di «separazione» della coppia di fatto ed affido dei figli naturali*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 535 ss.; S. LOMBARDO, *Effetti ed implicazioni della l. n. 54 del 2006 secondo Cass. Ord. 3 aprile 2007, n. 8362*, in *Dir. fam. pers.*, 2007, p. 1637.

¹¹ Sebbene più volte della questione sia stata investita anche la Corte costituzionale, questa si è sempre astenuta dal prendere posizione circa l'interpretazione delle norme censurate, univocamente affermata dalla Cassazione. Cfr.: Corte cost., 18 febbraio 2009, n. 47, in *Giur. cost.*, 2009, p. 359; Corte cost., 6 novembre 2009, n. 286, in *Fam. dir.*, 2010, con nota di F. TOMMASEO, *Giustizia minorile un'elusiva pronuncia della Consulta sulla disciplina della competenza in materia di filiazione naturale*, nonché Corte cost., 5 marzo 2010, n. 82, in *Foro it.*, 2010, I, c. 1064.

renni, pur nella vigenza della l. n. 54/2006. In altri termini, la competenza del giudice minorile in tema di mantenimento dei figli di genitori non coniugati veniva limitata all'ipotesi in cui una tale domanda fosse proposta contestualmente a quella di affidamento, ferma restando, nel caso di proposizione disgiunta, la competenza del Tribunale ordinario¹².

Da quanto esposto appare dunque chiaro come l'effettivo intento della giurisprudenza non fosse evitare per i minori un trattamento diseguale a seconda che nati da genitori coniugati ovvero da genitori non coniugati, quanto piuttosto escludere soluzioni interpretative tali da comportare un sacrificio del principio di concentrazione delle tutele, aspetto centrale della ragionevole durata del processo. La soluzione raggiunta non impediva infatti il persistere di una differenziazione della tutela giurisdizionale, dal momento che, mentre per i figli di genitori sposati competente era il giudice ordinario, che peraltro procedeva nelle forme di cui agli artt. 706 ss. c.c., per quelli di genitori non uniti dal vincolo matrimoniale continuava ad essere il Tribunale speciale, chiamato a pronunciarsi invece nelle forme del processo camerale.

La stessa situazione, seppur nella mutata disciplina del riparto delle competenze, si ripropone oggi anche in seguito alla nuova legge. Segnatamente il legislatore del 2012, con il sottrarre il contenzioso in materia di potestà genitoriale nel caso di crisi della coppia non legata da vincoli matrimoniali, al giudice minorile, per attribuirlo al giudice ordinario, se, da un lato, sebbene nell'opposta direzione della giurisprudenza, ha infatti continuato a potenziare la concentrazione delle tutele, risolvendo definitivamente la possibilità di scindere il procedimento di affidamento da quello di mantenimento, dall'altro lato, non sembra però aver completamente risolto il problema della differenziazione della tutela giurisdizionale dei minori. Ed infatti, sebbene la competenza sia stata attribuita ad un unico organo e quindi non si pongano più problemi in presenza di proposizione disgiunta delle domande di affidamento e mantenimento, i minori coinvolti nel conflitto della coppia genitoriale non coniugata non potranno contare su di un rito processuale appositamente disciplinato. Il frettoloso rinvio agli artt. 737 e ss. c.p.c. appare infatti

¹² Così Cass. 25 agosto 2008, n. 21754, in *Foro it.*, 2008, I, c. 3110. Conforme, tra i giudici di merito, Trib. Pescara, 16 novembre 2008, in *Giur. merito*, 2009, p. 2116, con nota di P. GIUNTI, *La competenza in materia di provvedimenti sui figli naturali prima e dopo la l. sull'affidamento condiviso*.

non solo meno garantista, ma anche del tutto insufficiente, generico e, in ogni caso, inidoneo ad eliminare, sotto il profilo del trattamento processuale, ogni discriminazione tra figli di genitori coniugati e figli di genitori non coniugati, continuando i primi, ancora oggi, stante la regolamentazione di cui agli artt. 706 e ss. c.p.c., ad essere maggiormente garantiti sul piano processuale.

4. — *Competenza concorrente del Tribunale ordinario in ordine ai procedimenti di cui all'art. 333 c.c.*

Anche la previsione di cui al nuovo comma 1 secondo capoverso dell'art. 38 disp. att. c.c., diretta ad eliminare in favore del Tribunale ordinario la competenza esclusiva del giudice minorile in materia di procedimenti di cui all'art. 333 c.c., quando, tra le parti, sia pendente di fronte al giudice ordinario giudizio di separazione, divorzio o nullità del matrimonio ovvero giudizio *ex art.* 316 c.c., costituisce una conferma di come la riforma miri essenzialmente alla risoluzione delle problematiche relative alla scissione di competenze in materia minorile.

Più in particolare l'attribuzione al Tribunale ordinario di competenza concorrente con il giudice minorile in ordine ai provvedimenti di cui all'art. 333 c.c. sembra nascere con il preciso scopo di mettere fine ad un lungo ed acceso dibattito in ordine al previgente riparto di competenze in materia di provvedimenti *de potestate*, dibattito anch'esso frutto della legge sull'affidamento condiviso.

Prima del 2006 non si ponevano infatti dubbi in ordine alla competenza giurisdizionale minorile in materia di provvedimenti ablativi o limitativi della potestà parentale, dal momento che il previgente art. 38 disp. att. c.c. ne sanciva la competenza esclusiva del Tribunale per i minorenni anche ove la revisione dell'affidamento del minore, a seguito di un giudizio di separazione, divorzio o di nullità matrimoniale¹³, si fondasse su di un intervento

¹³ Mentre Cass., Sez. un., 3 marzo 1983, n. 1551, in *Dir. eccl.*, 1983, II, p. 68, aveva affermato la competenza del Tribunale per i minorenni anche in ordine ai provvedimenti di revisione delle condizioni di affidamento dei figli di coniugi separati o il cui matrimonio era stato annullato o sciolto, quando la revisione dell'affidamento si fosse fondata su di un intervento ablativo o limitativo della potestà genitoriale di cui agli artt. 330 e 333 c.c., Cass.,

ablativo o limitativo della potestà genitoriale di cui agli artt. 330 e 333 c.c. Un tale sistema, grazie all'introduzione con la legge sull'affidamento condiviso di un primo tentativo di equiparazione dello *status* di figli legittimi e naturali, iniziava però ad incrinarsi.

Sebbene la l. n. 54/2006, come indicato, almeno formalmente non avesse infatti operato alcuna modifica in tal senso, il suo stesso operare aveva provocato in dottrina profonde riflessioni in ordine all'incisione apportata al sistema della competenza in materia di provvedimenti *de potestate*¹⁴. Segnatamente la stessa struttura dell'affidamento condiviso, mirante ad attribuire ad entrambi i genitori analoghi poteri, aveva causato il nascere di dubbi in ordine alla posizione del genitore non affidatario, dato che lo stesso diniego dell'affido condiviso poteva essere visto come una sorta d'implicita limitazione della potestà genitoriale.

Nonostante infatti la giurisprudenza di merito avesse continuato a riconoscere ogni limitazione della potestà genitoriale di competenza esclusiva del Tribunale per i minorenni¹⁵ e dunque tale da costituire per il giudice ordinario un qualcosa da recepire senza esercitare alcuna diretta cognizione¹⁶,

Sez. un., 2 marzo 1983 n. 1552, in *Foro it.*, 1983, I, c. 996, con nota di M.G. CIVININI, aveva invece sancito l' incompetenza del Tribunale ordinario in caso di provvedimenti di affidamento dei minori alla stregua dell'art. 155, u.c., c.c. allora vigente. In dottrina v.: P. VERCELLONE, *L'intervento giudiziario per l'affidamento dei figli minorenni in occasione di separazione o divorzio dei genitori*, in *Giur. it.*, 1983, c. 1416 ss.; L. DALL'ONGARO, *La competenza del Tribunale ordinario in tema di modifica dei provvedimenti relativi alla prole assunti in sede di separazione, annullamento o divorzio, al vaglio delle Sezioni unite*, *Dir. fam. pers.*, 1983, p. 38 ss.

¹⁴ Cfr. A. COSTANZO, *La regolamentazione dei rapporti familiari*, in *I processi di separazione e di divorzio*, Torino, 2008, p. 190 ss.; M. SESTA, *Le nuove norme sull'affidamento condiviso*, in *Fam. dir.*, 2006, p. 380 ss.

¹⁵ V.: Trib. min. Trento, 11 aprile 2006, in *Il civilista*, 2008, 3, p. 6, con nota di M. CAMPAGNOLI; App. Napoli, 22 marzo 2006, in *Il civilista*, 2010, 3, p. 17, con nota di G. PIANEZZE.

¹⁶ Cass., 28 marzo 1997, n. 2797, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, p. 495, secondo cui: «in pendenza del giudizio di separazione dei coniugi dinanzi al Tribunale ordinario, nel corso del quale siano stati adottati, ex art. 155 c.c., provvedimenti relativi all'affidamento dei figli, il Tribunale dei minorenni può essere sempre adito per l'adozione dei provvedimenti, anche cautelari, di cui agli art. 330 e 333 c.c., attribuiti alla competenza esclusiva di tale ufficio giudiziario, senza che l'eventuale adozione dei provvedimenti richiesti determini un conflitto di competenza con il Tribunale ordinario, posto che questo potrà tener conto della decisione del giudice specializzato, quale fatto sopravvenuto, ove essa risulti rilevante».

occorre tuttavia sottolineare come le previsioni di cui agli artt. 155 e 155-*bis* c.c. introdotte dalla l. n. 54/2006 potessero legittimamente far sorgere dubbi in ordine ad una modifica del previgente riparto di competenze tra giurisdizione ordinaria e minorile.

Ma cerchiamo di spiegare meglio.

Il fatto che gli artt. 155 e 155-*bis* c.c. riconoscano in capo ad entrambi i genitori paritaria potestà e conseguentemente ammettano la pronuncia di provvedimenti di affidamento esclusivo solo in ipotesi assolutamente eccezionali legate al pregiudizio dell'interesse morale e materiale del minore¹⁷ appariva incrinare l'esclusività della competenza del Tribunale per i minorenni nel campo dei provvedimenti limitativi o ablativi della potestà genitoriale. Ciò induceva la giurisprudenza a chiedersi se, in seguito alla legge sull'affidamento condiviso, anche il Tribunale ordinario fosse competente a pronunciare i provvedimenti di cui all'art. 333 c.c., se modificativi delle condizioni di separazione o divorzio¹⁸.

Il legislatore del 2012 interviene dunque in presenza di un tale panorama e, conscio del mutato assetto sostanziale della materia, cristallizza in una norma le riflessioni di dottrina e giurisprudenza, escludendo la competenza del Tribunale per i minorenni in favore del giudice ordinario in relazione ai procedimenti di cui all'art. 333 c.c., quando, tra le stesse parti, sia stato instaurato di fronte al Tribunale ordinario un giudizio di separazione, divorzio, nullità del matrimonio ovvero un procedimento di cui all'art. 316 c.c.

¹⁷ Cass., 17 dicembre 2009, n. 26587, in *Il civilista*, 2011, p. 61, afferma che «da regola dell'affidamento condiviso dei figli ad entrambi i genitori, prevista dall'art. 155 c.c. con riferimento alla separazione personale dei coniugi, ed applicabile anche nei casi di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio, in virtù del richiamo operato dall'art. 4, comma 2, l. 8 febbraio 2006, n. 54, è derogabile solo ove la sua applicazione risulti "pregiudizievole per l'interesse del minore", come nel caso in cui il genitore non affidatario si sia reso totalmente inadempiente all'obbligo di corrispondere l'assegno di mantenimento in favore dei figli minori ed abbia esercitato in modo discontinuo il suo diritto di visita, in quanto tali comportamenti sono sintomatici della sua inidoneità ad affrontare quelle maggiori responsabilità che l'affido condiviso comporta anche a carico del genitore con il quale il figlio non coabita stabilmente».

¹⁸ Così, ad esempio, Trib. min. Brescia, 4 febbraio 2010, in *Dir. fam. pers.*, 2010, p. 769.

5. — *Segue. Generale competenza per connessione del giudice ordinario?*

Se già da quanto indicato appare chiaro come alla base dell'innovazione legislativa vi siano essenzialmente ragioni legate al simultaneo processo¹⁹, posto che in pendenza di giudizio di separazione o divorzio ecc. si prevede una *vis attractiva* del giudice ordinario in riferimento a provvedimenti di cui all'art. 333 c.c., una conferma ancor più stringente in tal senso è offerta dalla successiva disposizione che prevede, sempre per l'ipotesi in cui sia in corso, tra le stesse parti, giudizio di separazione o divorzio ovvero giudizio ai sensi dell'articolo 316 c.c., che «*per tutta la durata del processo la competenza, anche per i provvedimenti*» attribuiti al giudice speciale, spetti al Tribunale ordinario.

In ordine alla portata di tale norma si ritiene tuttavia di dover sollevare alcuni dubbi interpretativi: un'interpretazione meramente letterale potrebbe portare a pensare che la competenza del Tribunale per i minorenni da esclusiva sia divenuta solamente concorrente con quella del giudice ordinario la cui *potestas* decisoria, per ragioni di connessione, potrebbe invece estendersi ad ogni controversia in materia minorile.

Ciò invero non convince. Infatti ad una più attenta analisi è possibile notare come le materie attribuite alla competenza del giudice minorile appaiano non solo del tutto disomogenee, ma alcune di queste anche difficilmente trattabili in sede di giudizio di separazione o divorzio ovvero giudizio ai sensi dell'art. 316 c.c. Più in particolare il Tribunale per i minorenni ha oggi, come indicato, competenza in ordine alla pronuncia di provvedimenti di autorizzazione del minore ultra sedicenne a contrarre matrimonio (art. 84 c.c.), di provvedimenti di nomina del curatore speciale ad assisterlo nelle convenzioni matrimoniali (art. 90 c.c.), di provvedimenti ablativi o limitativi della potestà genitoriale di cui agli art. 330-335 c.c., nonché di provvedimenti di continuazione dell'esercizio dell'impresa da parte del minore (art. 371, ult. co., c.c.).

Orbene, la profonda eterogeneità delle competenze del giudice minorile

¹⁹ Oltre a queste vi è – come indicato – anche la necessità di adeguare il processo ad una revisione della materia, quale quella attuata dalla l. n. 54/2006 che, pur limitata ai profili sostanziali, ha avuto non indifferenti conseguenze anche sul piano processuale.

potrebbe portare a proporre un'interpretazione logico-sistematica della seconda parte del secondo capoverso del primo comma del riformulato art. 38 disp. att. c.c. secondo cui il Tribunale per i minorenni cederebbe, al giudice ordinario, la propria competenza per ragioni di connessione solo in ordine alla pronuncia di provvedimenti ablativi o limitativi della potestà genitoriale di cui agli artt. 330, 332, 334 e 335 c.c. Diversamente infatti non solo l'esplícita esclusione, in pendenza di giudizio di separazione, divorzio ecc., della competenza del giudice minorile in ordine ai procedimenti di cui all'art. 333 c.c. apparirebbe una superflua petizione del principio espresso nella seconda parte della stessa norma²⁰, ma anche l'attribuzione al giudice ordinario di competenza concorrente nei procedimenti di cui agli artt. 84, 90 e 371, ult. co., c.c. sembrerebbe avere scarso significato, dal momento che è molto difficile prefigurarsi la necessità di una trattazione congiunta di una causa di separazione, divorzio o *ex* art. 316 c.c. ed una delle cause individuate agli artt. 84, 90 o 371, comma 1, c.c.

Sebbene sia dunque opinione di chi scrive che l'ambito della disposizione in commento debba essere ridimensionato nei termini ora indicati, si ritiene in ogni caso di dover specificare come il sottrarre al Tribunale per i minorenni la competenza esclusiva in ordine ai provvedimenti *de potestate*, se, da un lato, indubbiamente favorisce il processo simultaneo con innegabili vantaggi tanto sul piano della concentrazione dell'attività che della ragionevole durata del processo, dall'altro lato, ha tuttavia delle ricadute, quali innanzitutto la compromissione dell'azione del pubblico ministero minorile, quando la competenza per ragioni di connessione si sposta dal giudice speciale a quello ordinario, che, ancorché prevedibili, non sono state prese in considerazione dal legislatore.

Segnatamente infatti, nonostante nulla sia stato previsto neanche nelle disposizioni transitorie di cui all'art. 4 della l. n. 219/2012, la nuova attribuzione della competenza per connessione al giudice ordinario non può che comportare anche lo spostamento di competenza verso la Procura della Repubblica presso il Tribunale ordinario, a discapito di quella presso il Tribu-

²⁰ In quest'ottica la norma in questione assume la funzione di meglio specificare la successiva disposizione di cui alla seconda parte del capoverso del comma 1 del novellato art. 38 disp. att. c.c.

nale per i minorenni, con il conseguente affidamento della valutazione circa la gravità del pregiudizio ad un giudice non specializzato, privo del prezioso apporto della componente onoraria ed avente una competenza territoriale radicata su criteri diversi dalla residenza del minore.

Sembra dunque sfumata l'occasione di ridisegnare in maniera organica gli aspetti processuali relativi alla posizione dei minorenni soprattutto perché si è ignorato l'importante principio, riconosciuto anche a livello europeo, di specializzazione del giudice minorile.

6. — *Alcune considerazioni.*

Da quanto sin ora indicato appare dunque chiaro come la scelta del legislatore del 2012 di intervenire, spostando la competenza in capo al giudice ordinario, non sia idonea a garantire un'uguale tutela processuale dei figli minori.

Ciò era peraltro prevedibile, dal momento che il legislatore non ha affatto tenuto conto dei veri motivi alla base della differenziazione della tutela giurisdizionale dei minori denunciati dalla dottrina nel vigore della precedente disciplina²¹. Il problema della frantumazione delle competenze ovvero della coesistenza accanto al Tribunale per i minorenni della competenza in materia minorile anche del Tribunale ordinario veniva infatti, nel vigore della previgente disciplina, unito all'utilizzo di schemi processuali differenziati: a differenza del Tribunale per i minorenni, sempre chiamato a pronunciarsi in camera di consiglio, il giudice ordinario procedeva normalmente, invece, nelle forme del processo a cognizione piena ed esauriente.

L'indicata anomalia era stata individuata da più parti, ma non in sede di legittimità. Se il pensiero della Corte Costituzionale²², che da sempre ave-

²¹ La l. n. 219/2012 sembra aver attuato la proposta dei progetti di legge n. 1211 e 1412 del senatore Berselli che, mirati ad eliminare la dicotomia giudiziaria sopra evidenziata soprattutto in relazione all'affidamento e mantenimento dei figli naturali, prevedevano l'accorpamento in capo all'autorità giudiziaria ordinaria del contenzioso coinvolgente i figli di genitori non sposati nonché l'estensione a quest'ultimo del modello camerale.

²² Cfr.: Corte cost., 30 luglio 1980, n. 135, in *Foro it.*, 1980, I, c. 2961; in *Giust. cin.*, 1980, I, p. 2046; in *Dir. fam. pers.*, 1981, p. 5; Corte cost., 5 febbraio 1996, n. 23, in *Fam. dir.*, 1996, p. 207, con nota di A. FIGONE, *Sulla competenza a disporre in ordine all'affidamento dei figli naturali*;

va ritenuto la ripartizione di competenze tra giudice ordinario e minorile espressione di discrezionali scelte di politica legislativa non contrastanti con il principio costituzionale di eguaglianza e con la garanzia del diritto d'azione, non era infatti mai stato offuscato, la dottrina²³ aveva invece, soprattutto in seguito all'entrata in vigore della l. n. 54/2006, ritenuto la differenziazione della tutela giurisdizionale poco adeguata a rispondere in maniera esaustiva all'esigenza di certezza del diritto, creando irragionevoli discriminazioni ed altrettanto irragionevoli differenziazioni di trattamento in relazione a fattispecie che, dal punto di vista del minore, soggetto da tutelare, apparivano omogenee o quanto meno analoghe²⁴.

Corte cost., 30 dicembre 1997, n. 451, in *Giur. it.*, 1999, p. 1, con nota di G. MORANI, *Consulta, ultimo atto? Ribadita dal giudice delle leggi l'infondatezza della questione di costituzionalità degli art. 317 bis c.c. e 38 disp. att. c.c.*, e in *Fam. dir.*, 1998, p. 114, con nota di F. TOMMASEO, *Mantenimento e affidamento dei figli naturali: "ragionevole" il riparto di competenze fra Tribunale ordinario e minorile?*

²³ V. F. DANOVÌ, *Il riparto delle competenze tra giudice minorile e giudice onorario: il Tribunale unico della famiglia*, cit., p. 259 ss., che in particolare mette in evidenza come non tanto la diversità di disciplina, quanto piuttosto l'attuazione che di questa veniva offerta a livello giurisprudenziale avrebbe portato a trattare in maniera differente situazioni analoghe. Diversamente da quanto sostenuto nel testo il citato Autore sottolinea come ciò non avrebbe avuto nulla a che vedere con il fatto che il Tribunale per i minorenni fosse chiamato a procedere secondo il rito camerale, mentre il giudice ordinario nelle forme del processo a cognizione piena ed esauriente.

²⁴ Se infatti la differenziazione della tutela giurisdizionale deve trovare fonte nel diverso modo di atteggiarsi delle situazioni sostanziali, in presenza di situazioni analoghe spetterà al legislatore prevedere un'unica forma di tutela giurisdizionale dei diritti. Cfr. E. FAZZALARI, *L'imparzialità del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, p. 193 ss., spec. p. 199 s., il quale mette in evidenza come sia compito del legislatore, che deve attuare il principio di uguaglianza sostanziale, offrire dei modelli differenziati e confacenti alla diversità delle situazioni giuridiche soggettive. In altri termini nel nostro sistema l'attuazione del principio di uguaglianza delle parti processuali non spetta al giudice che ha il solo compito di far rispettare e rispettare egli stesso, nel processo, il principio del contraddittorio, posto che, quando si parla di uguaglianza o meglio di parità delle parti processuali, ci si intende riferire sempre e solo all'attribuzione ai contendenti di uguali poteri, facoltà o doveri o meglio di uguali possibilità di agire e contraddire in giudizio, in altre parole di un uguale diritto al contraddittorio. Ciò non porta ad un'uguaglianza effettiva e concreta dei contendenti sul piano sostanziale, nel senso che al giudice, per ristabilire la mancata uguaglianza sostanziale delle parti, spetta il solo compito di attuare il contraddittorio, non anche di sostenere il litigante più debole. Questo è compito, prima e fuori del processo, del solo legislatore.

Il legislatore del 2012, sebbene, anche grazie all'applicazione successiva all'entrata in vigore della legge sull'affidamento condiviso, avesse dunque ben presente la necessità d'intervenire rimodulando il rito ed istituendo un Tribunale unico della famiglia, ha invece deciso - peraltro in contrasto con l'idea di fondo delle riforme del diritto di famiglia del 1975 e 1983, nonché della dottrina maggioritaria orientata alla valorizzazione dell'irrinunciabile criterio della specializzazione²⁵ - di dirigersi nell'opposta direzione non solo risolvendo la questione del diverso trattamento processuale dei minori attraverso l'estensione della competenza in capo al giudice ordinario, ma anche continuando a prevedere una differenziazione di riti a seconda che le decisioni abbiano ad oggetto situazioni giuridiche sostanziali afferenti a minori, figli di genitori sposati ovvero a minori, figli di genitori non uniti dal vincolo matrimoniale.

È infatti solo in riferimento alle azioni di stato che la riforma appare capace non solo di offrire una piena attuazione delle situazioni giuridiche tutelate, ma anche di eliminare ogni ingiustificata differenziazione della tutela giurisdizionale tra minori: tale innovazione²⁶ – ancorché anch'essa estranea al principio di specializzazione del giudice – deve dunque più di ogni altra modifica apportata all'art. 38 disp. att. c.c. dalla recente novella essere salutata con favore, dal momento che prevede, per tutte le azioni di stato, un'unica competenza in capo al Tribunale ordinario sempre chiamato a decidere secondo le forme della cognizione piena ed esauriente²⁷.

²⁵ Tale criterio è stato privilegiato, inoltre, anche a livello europeo. V. in tal senso le Linee guida sulla Giustizia che gli Stati membri dovranno recepire negli ordinamenti interni secondo gli obiettivi indicati dalla Commissione Europea nell'Agenda dei diritti del minore 15 febbraio 2011.

²⁶ Il nuovo art. 38, u.c., disp. att. c.c. sembra invero espressamente escludere il rito camerale in relazione alle azioni di stato quando statuisce *«fermo restando quanto previsto per le azioni di stato, il Tribunale competente provvede in ogni caso in camera di consiglio, sentito il pubblico ministero, e i provvedimenti emessi sono immediatamente esecutivi, salvo che il giudice disponga diversamente. Quando il provvedimento è emesso dal Tribunale per i minorenni, il reclamo si propone davanti alla sezione di corte di appello per i minorenni»*.

²⁷ Non è più possibile dunque al momento intravedere una differenziazione della tutela dei minori in ordine, ad esempio, alla domanda di disconoscimento della paternità che, già prima del 2012, doveva essere sempre proposta avanti al giudice ordinario e alla domanda, per alcuni profili speculare, di dichiarazione giudiziale di paternità o maternità naturale di

Concludendo, sembra dunque che il legislatore del 2012 abbia individuato la ragione di discriminazione dei figli nati al di fuori dell'unione matrimoniale non già legata alla diversità dei riti utilizzati per la risoluzione processuale delle controversie che li coinvolgono, quanto piuttosto nell'assenza, in seguito all'equiparazione sul piano sostanziale dello²⁸ *status filiationis*, di una ridefinizione delle competenze.

competenza, prima della novella, del giudice minorile, posto che in entrambe le ipotesi la competenza giurisdizionale appartiene al giudice ordinario che decide seguendo lo schema del processo a cognizione piena ed esauriente. Secondo F. DANOVÌ, *Il riparto di competenze tra giudice minorile e giudice ordinario: il Tribunale unico della famiglia*, cit., p. 273, le ragioni che, in passato, avevano indotto il legislatore ad operare una scissione della competenza sarebbero da rinvenire nella considerazione secondo cui, mentre le decisioni relative al disconoscimento della paternità avrebbero inciso sullo *status* di tutti i componenti la famiglia legittima, quelle relative alla dichiarazione giudiziale della genitorialità naturale avrebbero accertato invece il rapporto di filiazione naturale intercorrente unicamente tra due soggetti. Le giustificazioni offerte dalla giurisprudenza in ordine alla scissione delle competenze in relazione alle due azioni facevano invece leva sulla diversa natura nonché sul differente oggetto dei due procedimenti. Cfr., per tutte, Cass. 29 dicembre 1990, n. 12211, in *Giust. civ. Mass.*, 1990.

²⁸ L'idoneità del procedimento in camera di consiglio alla tutela dei diritti soggettivi in generale ed all'utilizzo di un tale schema processuale ove questi coinvolgano il minore in particolare è stata oggetto di un'accesa diatriba. Partendo infatti dalla considerazione secondo cui la giurisdizione, nello statuire in ordine a diritti soggettivi, debba sempre garantire il rispetto delle regole del giusto processo, parte della dottrina è giunta a sostenere che la procedura di cui agli artt. 737 ss. c.p.c. non sia adeguata alle esigenze della giustizia minorile. Così: A. PROTO PISANI, *Usi e abusi della procedura camerale (appunti sulla tutela giurisdizionale dei diritti e sulla gestione degli interessi devoluta al giudice)*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, p. 393 ss., spec. p. 471 ss.; M.G. CIVININI, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "giusto processo civile". Le garanzie*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, a cura di Civinini e Verardi, Milano, 2000, p. 271; ID., *Il processo minorile e le garanzie*, in *Quale processo per la famiglia e i minori*, Milano, 1999, p. 55 ss.). Accanto a quello indicato si pone poi un diverso orientamento (v. F. TOMASEO, *Processo civile e tutela globale del minore*, in *Fam. dir.*, 1999, p. 583 ss., spec. p. 585) che, partendo dalla considerazione secondo cui, sebbene la giurisdizione minorile si sia evoluta verso la tutela dei diritti soggettivi di cui il minore e gli altri soggetti coinvolti nella procedura sono titolari, questa non abbia tuttavia perso di vista la sua originaria funzione di essere strumento posto a tutela dell'«interesse superiore» del minore alla sua formazione e personalità, non esaurendosi la tutela minorile nella tutela giurisdizionale dei diritti. Conseguentemente secondo tale idea, lo schema processuale camerale, dotato dei correttivi indispensabili alle garanzie del giusto processo, è ritenuto più idoneo alla tutela, oltre che delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte, anche degli interessi che la giurisdizione minorile, lungi

La riforma si pone in altre parole in un'ottica completamente diversa rispetto all'idea diffusa in dottrina secondo cui solo l'istituzione di un organo giudiziario avente competenza giurisdizionale non soltanto in tema di diritti ed interessi del minore, ma anche su tutte le controversie in materia familiare, «*un giudice non soltanto minorile, dunque, ma delle persone e della famiglia, opportunamente dotato di competenza in relazione al contenzioso familiare globalmente considerato*»²⁹, chiamato a procedere seguendo un unico schema procedimentale, avrebbe permesso il raggiungimento, sul piano processuale, di una perfetta equiparazione della tutela giurisdizionale dei minori.

dall'esaurirsi nell'attribuzione del torto o della ragione, è tenuta a proteggere. V. F. DANOVÌ, *Principio della domanda e ultrapetizione nei giudizi di separazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, p. 729 ss.; nonché, in ordine alla necessità di adeguare il rito camerale ai principi del giusto processo: Corte cost., 30 gennaio 2002, n. 1, in *Foro it.*, 2002, I, c. 3305, con nota di A. PROTO PISANI, *Battute di arresto nel dibattito sulla riforma del processo minorile*, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 1476, con nota di G. TOTA, *Tutela camerale dei diritti e giusto processo*.

²⁹ Sono parole di F. DANOVÌ, *Il riparto di competenze tra giudice minorile e giudice ordinario: il Tribunale unico della famiglia*, cit., p. 282.

ALDO CRISCUOLO *

PROFILI APPLICATIVI E PRASSI DEI TRIBUNALI LOCALI

Un sentito ringraziamento agli organizzatori e, in particolare, al Prof. Palazzo e un cordiale saluto a tutti gli intervenuti.

Il tema oggetto del Convegno è di estrema rilevanza non solo per i magistrati e gli avvocati, bensì anche per tutti coloro che, in modo stabile o occasionale, si trovino ad operare nel campo del diritto, pur se appartenenti a diverse categorie professionali, come è attestato dalla presenza di taluni tra gli illustri relatori.

Il mio breve intervento sarà limitato all'esame di alcuni aspetti procedurali della riforma in materia di filiazione.

Premetto che, come sovente avviene, ogni innovazione e, quindi, anche quella introdotta con la legge 10.12.2012, n. 219, non è sempre accompagnata da un'adeguata individuazione delle tecniche processuali né dall'imprescindibile raccordo tra gli interventi delle varie autorità chiamate ad emettere provvedimenti per cui molto è lasciato alla interpretazione e, direi, alla buona volontà di coloro che devono provvedere all'applicazione della normativa, specialmente se, come per i Tribunali, in prima battuta.

Orbene, il principale aspetto da approfondire è quello concernente la disposizione dell'art. 3 e, in particolare, del suo 1° comma.

Questa norma dopo aver operato una riscrittura dell'art. 38 delle disposizioni di attuazione del codice civile, ha fissato la competenza del giudice ordinario limitatamente ai procedimenti *ex* art. 333 c.c. allorché sia in corso, tra le stesse parti, un giudizio di separazione o di divorzio o un giudizio ai sensi dell'art. 316 c.c.. Subito dopo, poi, ha provveduto ad estendere la stessa competenza per tutta la durata dei procedimenti "anche per i provvedimenti contemplati dalle disposizioni richiamate nel primo periodo" e, quindi a quelli previsti dagli artt. 84, 90, 330, 332, 334, 35 e 371 ultimo comma c.c.

* Presidente del Tribunale di Perugia.

La formulazione è, all'evidenza, «anomala» e proprio per questo, per lo meno in sede di prima applicazione, vi sono state diversità di vedute interpretative nei Tribunali, specie con riferimento ai procedimenti ex art. 330 c.c..

Si è escluso, infatti, da taluni che la formulazione dell'art. 38 disp. att. c.c. possa comportare l'attribuzione al Giudice ordinario del potere di pronunciare la decadenza dalla potestà di un genitore a causa dell'incidenza di tale pronuncia sul diritto soggettivo alla genitorialità, e ciò a differenza degli interventi previsti dall'art. 333 c.c., comportanti solo una compressione della potestà genitoriale. Il motivo principale dell'esclusione è da ricondurre alla gravità delle conseguenze derivanti dalla particolare natura delle questioni da affrontare, ritenuta inconciliabile con una contestuale trattazione del procedimento di separazione o di divorzio.

Per quanto riguarda il Tribunale di Perugia per lo meno in sede di prima attuazione si è ritenuto di aderire ad una interpretazione letterale del dato normativo – e di affermare, quindi, la competenza del Giudice ordinario anche per i procedimenti ex art. 330 c.c., pur con l'adozione di taluni “accorgimenti” (consistenti prevalentemente in provvedimenti provvisori e preparatori riservati al Giudice Istruttore della causa separativa rispetto a quello conclusivo da adottare dal Collegio) proprio in considerazione della drasticità delle conseguenze derivanti dall'adozione di un provvedimento, pur se reversibile, di decadenza dalla potestà genitoriale.

Altro aspetto da esaminare è quello del «rito» da adottare.

Al riguardo, non si ritiene che sussistano particolari problemi nei casi di pendenza del giudizio ex art. 316 c.c. allorquando vi sia conflitto tra i genitori sulle modalità di esercizio della potestà: il rito è camerale e una volta instaurato il procedimento potranno essere chiesti e adottati i provvedimenti che normalmente la legge demanda al giudice minorile.

La pendenza di procedimento per separazione e divorzio, invece, sembrerebbe complicare un po' la situazione stante la specialità del rito caratterizzante la prima fase, demandata al Presidente del Tribunale, rispetto alla seconda «a cognizione piena» dinanzi al Giudice Istruttore con decisione finale rimessa al Collegio.

Occorre quindi stabilire se, stante la scelta del rito ex art. 737 e segg. c.p.c. operata dal legislatore, sia necessario instaurare un autonomo giudizio

camerale piuttosto che inoltrare al giudice della separazione o del divorzio la relativa istanza.

La questione va risolta considerando che si è in presenza di una competenza derivata per la pendenza del giudizio separativo che, in quanto tale, determina la vis attrattiva: quindi dovrebbe pacificamente ritenersi la prevalenza del relativo rito anche per l'adozione di provvedimenti derivanti dalla competenza trasferita. Del resto, tale soluzione non si pone in contrasto con la previsione generale sull'adozione del rito *ex art.* 737 c.p.c. cui prima si è fatto cenno poiché tale rito è stato espressamente previsto «in quanto compatibile».

In definitiva, l'istanza va proposta al Presidente o al Giudice istruttore dinnanzi al quale pende in quel momento il procedimento separativo. Trattandosi, poi, di provvedimenti di particolare gravità occorre in via generale ritenere che la pronuncia debba essere sempre riservata al Collegio soprattutto nei casi in cui dai provvedimenti adottati derivino misure irreversibili ovvero, anche se reversibili, caratterizzate dalla gravità delle conseguenze come avviene nei casi di decadenza dalla potestà. In tali casi, quindi, il Presidente o il Giudice, ove ne ritengano ravvisabili gli estremi, potranno, eventualmente in via provvisoria, limitarsi ad adottare misure che presuppongono un successivo provvedimento di decadenza quali, ad esempio, l'affidamento esclusivo o l'allontanamento del figlio o del genitore, e rimettere la questione al Collegio per la decisione finale.

Un ulteriore precisazione – invero pacifica – è quella per cui ai fini del trasferimento della competenza non è sufficiente la mera pendenza del giudizio di separazione o di divorzio, ma è necessario che in tale processo si controverta anche su questioni relative all'affidamento dei minori. Pertanto, in tutti i casi in cui sia già stata risolta la problematica riguardante l'affidamento dei figli (ad es. con una sentenza non definitiva) e il processo prosegua solo per le soluzioni delle questioni economiche non vi è ragione per il trasferimento della competenza non essendovi motivi ostativi a che la richiesta dei provvedimenti *ex art.* 38 della legge sia inoltrata e trattata dal giudice minorile.

Ad analoga conclusione deve pervenirsi per i gradi successivi del giudizio per cui se l'impugnazione non riguarda anche la questione dell'affidamento non vi sarà trasferimento di competenza dal Giudice minorile a quello ordinario.

Ancora, analogo criterio, si ritiene, debba essere applicato, pur in mancanza di una espressa previsione normativa, nei procedimenti di modifica delle condizioni della separazione o del divorzio, purché, si ribadisce, il giudizio di modifica involga la questione dell'affidamento dei minori.

Un breve cenno, infine, va fatto anche al coordinamento tra gli interventi del giudice ordinario e quello minorile.

Possono individuarsi varie ipotesi:

A) vi può essere un giudizio de potestate proposto da uno dei genitori dinnanzi al Tribunale dei minorenni pur essendo *già pendente* un giudizio di separazione: il giudice minorile dovrebbe affermare la propria incompetenza con conseguente riassunzione del giudizio ad opera delle parti dinnanzi al giudice ordinario entro i termini di legge;

B) vi può essere un giudizio de potestate proposto da uno dei genitori dinnanzi al giudice minorile *in assenza di un giudizio separativo che, però, venga instaurato solo successivamente: occorre riunire le domande de potestate a quelle del giudizio di separazione per l'evidente* connessione, pur ipotizzando la possibilità che il giudice minorile, prima di operare il trasferimento, nel caso in cui ritenga che la causa principale sia in uno stato che non consenta la esauriente trattazione e decisione della causa connessa, possa concludere il procedimento dinnanzi a se con provvedimenti provvisori - destinati ad essere assorbiti dalle successive decisioni (anche eventualmente confermativo) adottate dal Giudice ordinario cui dovranno successivamente essere trasmessi gli atti;

C) vi può essere, infine, anche un giudizio de potestate proposto da parenti legittimati *ex art. 336 c.c.* mentre è in corso un giudizio di separazione tra i genitori del minore: in questo caso dovrebbe permanere la competenza del Tribunale dei minori in quanto l'espresso riferimento alle «stesse parti» contenuto nella norma escluderebbe l'operatività della vis attrattiva da parte del Tribunale ordinario.

D) Da ultimo, va precisato che la vis attrattiva dovrebbe ritenersi operante solo laddove il procedimento separativo «sia in corso» – e non solo «pendente» – dinnanzi al giudice ordinario per cui ove tale procedimento si trovi in una fase di quiescenza (causa cancellata dal ruolo) dovrebbe permanere la competenza in capo al Tribunale dei minori.



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PERUGIA

Collane di Diritto e Processo a cura di Antonio Palazzo

sottoposte a peer review a cura del Comitato scientifico, secondo i criteri stabiliti per la Rivista e pubblicati all'indirizzo www.rivistadirittoeprocesso.eu

Pubblicazioni:

1. GIOACCHINO SCADUTO, *Diritto civile* a cura di Antonio Palazzo, t. I e II, 2002, pp. VIII-1318.

Monografie:

1. ANDREA SASSI, *Equità e interessi fondamentali nel diritto privato*, 2006, p. 408.
2. FRANCESCO SCAGLIONE, *Correttezza economica e autonomia privata*, 2007, p. 312.
3. MARIA CHIARA BISACCI, *L'esercizio abusivo di una professione. Profili penali*, 2007, p. 288.
4. MIRCA SACCHI, *Comodato di scopo e gratuità strumentale*, 2007, p. 320.
5. FRANCESCO REALI, *Separazioni di fatto e interruzioni della convivenza*, 2007, p. 400.
6. ROBERTO PRELATI, *Revocatoria e intento negoziale*, 2008, p. 272.
7. PAOLO CERQUETTI, *Le regole dell'interpretazione tra forma e contenuto del contratto*, 2008, p. 318.
8. ROBERTO CIPPITANI, *La solidarietà giuridica tra pubblico e privato*, 2010, p. 462.
9. VALENTINA COLCELLI, *Diritti ed interessi tra Diritto Interno ed Unione Europea*, 2010, p. 212.
10. ALESSIA VALONGO, *Il concepito come soggetto dell'ordinamento*, 2011, p. 250.
11. SALVATORE MAZZAMUTO, *Rimedi specifici e responsabilità*, 2011, p. 672.
12. STEFANIA STEFANELLI, *Autodeterminazione e disposizioni sul corpo*, 2011, p. 354.
13. VALENTINA COLCELLI, *Diritti soggettivi e interessi rilevanti nel sistema interno ed europeo*, 2011, p. 448.
14. GIUSEPPE PALAZZOLO, *La buona fede nel sistema degli acquisti anteriori*, 2012, p. 220.
15. ROBERTO CIPPITANI, *La sovvenzione come rapporto giuridico*, 2012, p. 406.
16. ANDREA PIERINI, *Crisi finanziarie e regulation dei mercati negli Stati Uniti d'America*, 2013, p. 264.
17. DANIELE CORVI, *Frode e Affidamento*, 2013, p. 298.

Quaderni:

1. LORENZO GALLINA, *Tutela del mercato e situazioni di abuso*, 2003, p. 64.
2. CARLO LORENZI, *Si quis a sanguinem infantem... conparaverit – Sul commercio di figli nel tardo impero*, 2003, p. 128.

3. GIUSEPPE PALAZZOLO, *Prelazione e gradimento nella riforma societaria*, 2004, p. 56.
4. ALBERTO DONATI, *Gnoseologia e doctrina interpretationis*, 2005, p. 136.
5. STEFANIA STEFANELLI, *Problema e sistema delle fondazioni bancarie*, 2005, p. 192.
6. FRANCESCO REALI, *I Contratti di credit risk monitoring. Contratti derivati, derivati di credito, securization e istituti affini*, 2005, p. 256.
7. VINCENZO PASQUA, *Concorrenza e tutela del consumatore*, 2006, p. 64.
8. STEFANIA CATANOSI, *Le fideiussioni prestate dai prossimi congiunti. Saggio di diritto comparato*, 2007, p. 120.
9. SIMONA C. SAGNOTTI, *Retorica: delimitazione e funzioni*, 2007, p. 56.
10. FRANCESCO ZAGANELLI, *Globalizzazione e formazione del contratto*, 2008, p. 184.
11. AGUSTÍN LUNA SERRANO, *Le finzioni nel diritto*, 2008, p. 144 (prefazione di Alberto Donati).
12. ROBERTO PRELATI, *Fondamenti etici del diritto sportivo*, 2008, p. 304.
13. VALENTINA COLCELLI, *Le situazioni giuridiche soggettive nel sistema C.E.D.U.*, 2010, p. 130.
14. ALESSANDRO PAZZAGLIA, *Il patto di famiglia*, 2011, p. 230.
15. VALENTINA COLCELLI, *Profili civilistici del mercato dei Certificati Verdi*, 2011, p. 160.

Manuali:

1. ANTONIO PALAZZO, ANDREA SASSI (a cura di), *Diritto privato del mercato*, 2007, pp. XXVI-660.
2. ANTONIO PALAZZO, ANDREA SASSI, FRANCESCO SCAGLIONE, *Permanenze dell'interpretazione civile*, 2008, pp. XVI-448.

Studi Tematici:

1. FRANCESCO DI PILLA (a cura di), *Le giornate della bioetica*, 2010, pp. XVIII-478.
2. ANDREA SASSI (a cura di), *La protezione dei soggetti deboli. Profili di integrazione e ricerca tra america latina ed europa*, 2011, pp. XX-468.
3. ANTONIO PALAZZO, ANDREA SASSI (a cura di), *Class Action. Una prima lettura*, 2012, pp. X-232.
4. ROBERTO CIPPITANI (a cura di), *Società della conoscenza e cultura dell'integrazione*, 2012, pp. XXVI-538.
5. ROBERTO CIPPITANI e STEFANIA STEFANELLI (a cura di), *La parificazione degli status di filiazione*, 2013, pp. 370.

Jean Monnet Chair TeKla Studies:

1. ROBERTO CIPPITANI (a cura di), *El Derecho en la Sociedad del conocimiento*, 2012, pp. 170.

Pubblicato nell'anno 2013
Impresso in Italia nel dicembre 2013