

PERSONA E MERCATO

MONOGRAFIE

a cura di Giuseppe Vettori

— 9 —

*Tutti i volumi pubblicati in questa Collana sono sottoposti
a referaggio secondo i più diffusi standard internazionali
in materia di pubblicazioni scientifiche.*

IL VOLUME È STATO VALUTATO ED APPROVATO DA DUE MEMBRI
DEL COMITATO DEI REVISORI COSÌ COMPOSTO:

Fabio Addis, Elena Bargelli, Carmelita Camardi, Giuseppina Capaldo,
Massimo Confortini, Giovanni D'Amico, Giancarlo Filanti, Massimo Franzoni,
Carlo Granelli, Francesco Macario, Marisaria Maugeri, Emanuela Navarretta,
Fabio Padovini, Stefano Pagliantini, Giovanni Passagnoli, Maddalena Rabitti,
Antonio Rizzi, Claudio Scognamiglio, Pietro Sirena, Massimo Zaccheo, Paolo Zatti

ANTONIO GORGONI

FILIAZIONE
E RESPONSABILITÀ GENITORIALE

Copyright 2017 Wolters Kluwer Italia S.r.l.
Strada 1, Palazzo F6 – 20090 Milanofiori Assago (MI)

I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica, di riproduzione e di adattamento totale o parziale, con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche), sono riservati per tutti i Paesi.

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633. Le riproduzioni diverse da quelle sopra indicate (per uso non personale - cioè, a titolo esemplificativo, commerciale, economico o professionale - e/o oltre il limite del 15%) potranno avvenire solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da EDISER Srl, società di servizi dell'Associazione Italiana Editori, attraverso il marchio CLEARedi Centro Licenze e Autorizzazioni Riproduzioni Editoriali. Informazioni: www.clearedi.org.

L'elaborazione dei testi, anche se curata con scrupolosa attenzione, non può comportare specifiche responsabilità per eventuali involontari errori o inesattezze.

Stampato da GECA s.r.l. - Via Monferrato, 54 - 20098 San Giuliano Milanese (MI)

*Ai miei genitori,
a mia moglie,
alle mie figlie Sofia e Gemma*

INDICE

<i>Presentazione di Giuseppe Vettori</i>	XIII
<i>Introduzione</i>	XIX

CAPITOLO I

IL FONDAMENTO DELLA FILIAZIONE

Sezione I

Dal favor veritatis alla rilevanza della filiazione non genetica

1. La filiazione nel tempo: oltre l'attuazione dell'art. 30 Cost. e impostazione del problema.	1
2. L'itinerario legislativo: retrocessione della verità dello <i>status filiationis</i> e rilievo della filiazione di fatto.	11
3. Struttura della legge n. 219/2012, unicità dello stato di figlio e della parentela.	16
4. Il problema della parentela nell'adozione in casi particolari.	19
5. Filiazione e stato di figlio.	24
6. (<i>Segue</i>) L'individuazione dei genitori.	25
7. L'atto di nascita.	27
8. Il nome, il diritto all'identità del minore e il diritto di conoscere le proprie origini.	30
9. Il possesso di stato.	37
10. Le azioni di stato.	40
11. L'azione di disconoscimento della paternità. La legittimazione.	41
12. (<i>Segue</i>) I termini e il nuovo equilibrio tra <i>favor veritatis</i> e <i>status filiationis</i> . Sulla costituzionalità dell'art. 244, co. 4, c.c.	43
13. (<i>Segue</i>) Sospensione del termine, trasmissibilità ed effetti dell'azione.	47
14. L'azione di contestazione dello stato di figlio e il problema	

della sua applicabilità alla filiazione nata fuori del matrimonio.	50
15. L'azione di reclamo dello stato di figlio.	54

Sezione II

Filiazione nata fuori del matrimonio: oltre il fondamento genetico

1. Il riconoscimento del figlio: natura, forma, effetti.	58
2. Riconoscimento del figlio quattordicenne o di età inferiore e limiti all'affermazione della verità biologica.	62
3. Dal figlio incestuoso alla centralità del figlio e del rapporto di filiazione.	66
4. L'inserimento del figlio nato fuori del matrimonio nella famiglia del genitore e declino del canone della compatibilità «con i diritti dei membri della famiglia legittima».	72
5. Impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità.	76
6. Altri casi di impugnazione del riconoscimento: per violenza.	81
7. (Segue) Per incapacità di agire.	82
8. La dichiarazione giudiziale della paternità e della maternità: l'evoluzione normativa.	84
9. (Segue) Legittimazione attiva e passiva.	87
10. (Segue) Gli effetti della sentenza.	89
11. La prova della maternità e della paternità.	90

CAPITOLO II

DALLA PATRIA POTESTÀ ALLA RESPONSABILITÀ GENITORIALE

Sezione I

Diritti del figlio e responsabilità genitoriale

1. Dalla patria potestà alla responsabilità genitoriale: evoluzione dal 1865 alla riforma del 1975.	93
2. Dalla normativa sovranazionale alla nuova stagione di riforme.	99
3. Rinnovata struttura del Titolo IX: priorità dei diritti del figlio e responsabilità genitoriale.	102
4. I diritti del figlio.	104
5. Il diritto del minore di essere ascoltato.	115
6. La rilevanza delle dichiarazioni del minore.	119
7. Concorso nel mantenimento e solidarietà familiare.	125
8. Il mantenimento nella crisi di coppia e la tutela del rapporto tra il genitore economicamente più debole e il figlio.	127

9. Titolarità ed esercizio della responsabilità genitoriale. Contrasto tra i genitori, impedimento e ordine pubblico familiare.	131
10. Rappresentanza legale e amministrazione dei beni.	140
11. L'annullabilità: fattispecie, disciplina e rilievo della volontà del minore.	143
12. (<i>Segue</i>) Applicazioni giurisprudenziali dell'art. 322 c.c. In particolare sull'annullabilità parziale del contratto e sull'applicabilità dei principi.	153
13. Il conflitto di interessi.	173
14. (<i>Segue</i>) La donazione al figlio minore.	176
15. L'usufrutto legale.	179
16. L'esercizio della responsabilità nella crisi di coppia: affidamento condiviso, negoziazione assistita e attenuazione della litigiosità.	183
17. La flessibilità dell'affidamento esclusivo e l'affidamento super-esclusivo.	195

Sezione II

Procreazione medicalmente assistita e assunzione della responsabilità del nato

1. Progresso tecnologico e diritto.	202
2. Procreazione, diritti contrapposti e tecniche legislative.	206
3. Requisiti di accesso alla procreazione assistita e principi generali.	208
4. L'illegittimità costituzionale del divieto della procreazione eterologa e l'incontestabilità dello stato di figlio.	210
5. Tutela dell'embrione e della salute della donna. Cenni sulla sperimentazione.	218
6. La diagnosi preimpianto e la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 4, co. 1, n. l. 40/2004.	222
7. Scambio di embrioni e rapporto di filiazione.	226
8. Surroga biologica di maternità e criteri della filiazione di fatto.	230
9. Sul significato giuridico dell'effettività e sul ruolo dell'interprete.	239
10. Famiglie omosessuali formate in uno Stato estero e diritto del figlio alla conservazione dello <i>status filiationis</i>	245

CAPITOLO III

LE TUTELE DELLA FILIAZIONE

Sezione I

Esercizio pregiudizievole della responsabilità genitoriale

1. Strumenti di tutela dei diritti dei figli. La distrazione dei redditi.	261
2. La decadenza dalla responsabilità genitoriale: i presupposti.	268
3. La competenza e la <i>vis atractiva</i> del tribunale ordinario. .	274
4. (<i>Segue</i>) Effetti della decadenza e reintegrazione.	276
5. Allontanamento del figlio, affidamento familiare e rilevanza delle «relazioni socio-affettive».	281
6. Condotta pregiudizievole per il figlio.	289
7. Misure a tutela del patrimonio del figlio.	293
8. Il procedimento relativo alle misure ablativo o limitative della responsabilità genitoriale: cenni.	296
9. Ordini di protezione contro gli abusi familiari: <i>ratio</i> e tutela del figlio.	299
10. (<i>Segue</i>) La nozione di abuso familiare.	304
11. (<i>Segue</i>) Il rapporto tra i diversi ordini di protezione e la tutela più efficiente nel sistema familiare.	307
12. (<i>Segue</i>) Il procedimento: cenni.	312

Sezione II

Nuove successioni mortis causa e diseredazione

1. Diritti successori del figlio nato fuori del matrimonio.	316
2. Diritti successori dell'adottato in casi particolari.	324
3. La disciplina dei diritti dei figli non riconoscibili e ricadute su di essa delle modificazioni alle azioni di stato.	328
4. Diseredazione per giusta causa del genitore e centralità dei diritti del figlio.	332
5. Retroattività delle disposizioni sui diritti successori e limiti.	347
6. (<i>Segue</i>) Intervento della Corte costituzionale e incoerenza tra il divenire dei valori e la retroattività della legge.	357
7. Ipotesi di chiamate sopravvenute all'eredità e usucapione. .	362

Sezione III

Transessualismo, omosessualità e tutela del rapporto di filiazione

1. Il transessualismo e la legge italiana.	368
---	-----

2. La Corte EDU e la giurisprudenza di legittimità: evoluzione scientifica e diritto.	374
3. Effetti della rettificazione dell'attribuzione di sesso: filiazione e matrimonio.	380
4. Sociale contro naturale: filiazione di fatto e adozione in casi particolari da parte dell'omosessuale.	387
5. Il riconoscimento di un provvedimento di adozione piena emesso in un altro paese e l'adozione internazionale omosessuale.	403
6. La filiazione di fatto nella crisi della famiglia e assegnazione della casa familiare. Centralità dell'interprete e convergenza degli ordinamenti europei.	409
7. Tutela risarcitoria e diritto di famiglia: il danno da omesso mantenimento e riconoscimento del figlio.	420
8. Danno da perdita della filiazione di fatto e responsabilità per danni endo-familiari.	434
9. (<i>Segue</i>) Natura della responsabilità nella relazione coniugale e di filiazione.	438
10. Tutela della bigenitorialità e art. 709-ter c.p.c.	449
11. (<i>Segue</i>) I provvedimenti giudiziali ex art. 709-ter c.p.c.: in particolare sulla funzione sanzionatoria del risarcimento del danno.	456

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Il rapporto di fatto quale fondamento della filiazione e della famiglia.	463
---	-----

PRESENTAZIONE

Il libro affronta un tema fondamentale nel diritto dei privati oggi. La centralità della procreazione e l'erosione del rapporto coniugale. Dalle pagine dense e originali emerge lo spessore di un'analisi che mira a ridefinire un aspetto decisivo della famiglia.

Le analisi in ogni scienza sociale sembrano convergere su alcuni aspetti.

Esistono una pluralità di aggregazioni "familiari"¹. Dalle unioni miste, ricostruite e ricomposte, alle coppie omosessuali. Tanto che la ricerca di un criterio di orientamento per la soluzione dei difficili problemi di disciplina non è affatto facile. Non ci aiuta la nostra Costituzione. Superata, nelle disposizioni sulla eguaglianza dei coniugi e della filiazione, da un consenso generale della comunità contrario a limitazioni eccessive a vantaggio dell'unità della famiglia e del nucleo legittimo. Non è di grande orientamento la disciplina europea visto che la Carta dei diritti fondamentali e la CEDU rinviano alle leggi nazionali, conferendo dignità a ogni figura giuridica familiare e ai rispettivi status nazionali. Il confronto fra l'art. 9 della Carta di Nizza e l'art. 29 della Costituzione ha un solo esito chiaro. Il diritto di costituire una famiglia può essere attuato anche senza un formale atto di matrimonio e non presuppone una diversità di genere, una volta riconosciuto alle unioni omosessuali il rango di formazioni sociali. Resta irrisolto il contenuto essenziale di tale diritto e controverso il significato da attribuire alla famiglia come società naturale ed istituto giuridico.

I sociologi e gli storici ci aiutano².

I primi avvertono che non c'è nulla di meno naturale della famiglia sia nei rapporti di coppia sia nella generazione. In ogni epoca si sono sperimentate soluzioni molto diverse, ma non esiste un denominatore comune. Non è la coppia spesso imposta da parentele e alleanze

¹ C. SARACENO, *Coppie e famiglie. Non è una questione di natura*, Milano 2012, (in part. p. 15-16 ss.) si propone di «sollevare il velo dell'ovvietà che cela la complessità della famiglia come costruzione pienamente umana, e perciò, non solo differente nello spazio e nel tempo, ma passibile di cambiamenti».

² P. GINSBORG, *Famiglia Novecento. Vita familiare, rivoluzione e dittature 1900-1950*, Torino, 2013, *passim*.

a prescindere dalla volontà degli sposi. Non è il nucleo genitore figlio condizionato dall'esistenza o meno di un legame legittimo. La conclusione è netta. Lungi dal riconoscere una natura che esiste fuori da sé, la norma civile, sociale, religiosa, oggi come sempre, costruisce la famiglia. È la norma che riconosce e decide ciò che è legittimo per le modalità artificiali di procreazione e per l'adozione. Ogni fase storica ha avuto «un concetto di famiglia messo in crisi dall'interno» e il novecento ha prodotto modelli propri e peculiari di ogni regime e di ogni popolo in Europa³.

Certo la perdita di certezza sul carattere universale e naturale della famiglia può produrre insicurezza e timore, ma proprio le vicende familiari testimoniano la forza delle regole, dei principi e della capacità degli interpreti di costruirle e di modificarle. Sicché «ciò che appare crisi può essere una dolorosa, complicata e anche conflittuale transizione tra un modo e l'altro di fare famiglia: crisi di un modello non della volontà di stabilire rapporti di amore e di responsabilità gli uni verso gli altri»⁴. Non solo. La famiglia nella sua evoluzione e nelle sue imperfezioni resta un'aggregazione fondamentale per la coesione sociale di una collettività organizzata⁵.

Da qui l'importanza del volume che ricostruisce, con sapiente tela argomentativa, la disciplina della filiazione e della responsabilità dei genitori, nella sua attuazione e nel suo divenire, affrontando tutti i temi. Primo fra tutti il rapporto fra regole e principi. Oggi decisivo anche in questo settore.

Da tempo il Parlamento non è in grado di affrontare, da solo, stabilità e completezza dell'ordinamento. Basta pensare alla vicenda della procreazione artificiale ed eterologa o alle unioni di fatto. L'interpretazione applicazione del diritto appare sempre più come fonte di evoluzione e completamento del sistema. L'organizzazione amministrativa

³ Ancora P. GINSBORG, *op. cit.* p. 611 ss., ma v. C. SARACENO, *op. cit.*, p. 28-29: «Dire che la famiglia è costituita dalle norme non significa che vi sia un'unica fonte normativa, né che queste fonti siano sempre in accordo fra loro. Anche rimanendo all'interno della sola produzione di norme giuridiche, quindi della costruzione giuridica della famiglia, esiste una pluralità di fonti che non sempre coincidono nella definizione della famiglia. Diritto civile, diritto della sicurezza sociale, diritto assicurativo, norme anagrafiche e così via possono non essere concordi e talvolta configgere fra loro». Le trasformazioni che si sono avute in Occidente sulle coppie conviventi, la filiazione legittima, naturale e assistita, le unioni omosessuali «sono avvenute non perché si è ampliata la conoscenza della "natura". Piuttosto si è modificata appunto la percezione di ciò che è socialmente accettabile e più soggetti sono entrati nella negazione e definizione di ciò che fa una famiglia, riducendo il potere monopolistico dello stato e delle chiese in questo campo. Se lo stato rimane l'ambito di produzione finale della norma, questa deve fare sempre più i conti con ciò che gli individui hanno da dire, con la pluralità e diversità dei loro valori, con la loro libertà...».

⁴ C. SARACENO, *op. cit.*, p. 28-29

⁵ P. GINSBORG, *Famiglia Novecento. Vita familiare, rivoluzione e dittature 1900-1950*, cit., p.611 ss.

non serve solo a rendere conoscibili gli ingranaggi statali, ma è anch'essa «matrice di nuova legalità» proprio perché ha la funzione di dare visibilità e forza allo Stato. Tutto ciò è stato formalizzato nell'art. 117 della Costituzione e la conseguenza è chiara e messa in luce nel volume. L'antico sistema delle fonti «si nebulizza» e l'interprete deve confrontarsi con una normatività diffusa che ha bisogno dell'integrazione fra fatti e principi. I quali sono spesso i soli che «contribuiscono a legare validità ed effettività»⁶.

Il problema sta nel come si debba affrontare questo nuovo compito, delicatissimo anche per la disciplina della famiglia. Come noto si tratta di applicare spesso norme di principio prive di fattispecie e i criteri esaltano il bilanciamento di interessi e le tecniche dell'argomentazione. Che cosa ciò significhi appare sempre più chiaro. L'art. 101 della Costituzione ci dice che ogni pronuncia non è persuasiva «se non è in regola con una trasposizione corretta degli enunciati collocati nella gerarchia costituzionale» che deve essere enunciata per intero dall'interprete e dal giudice. Oltre all'analogia occorre spesso fornire una regola contestuale tratta non solo da un enunciato normativo, ma attingendo a una pluralità di norme e principi con due limitazioni inderogabili: «non si deve incorrere in un divieto, ci si deve basare su tecniche di giudizio misurate ragionevoli e adeguate agli interessi da valutare»⁷.

Che cosa tutto ciò evochi nei rapporti familiari è sempre più evidente.

Quelle relazioni manifestano il problema del rapporto fra individuo e comunità, ma si confrontano con problemi concretissimi. Da sempre il linguaggio dei diritti cela e manifesta concezioni molto diverse. L'idea antica è nota. I diritti hanno la funzione di ripristinare un assetto violato. Sono una pretesa di ordine. Si pensi all'adulterio ove l'interesse violato non era la fedeltà ma l'ordine giuridico matrimoniale. Ed era per questo che la legge puniva anche il terzo. L'idea moderna dei diritti è tutt'altro. Sono pretese di libertà, frutto di un potenziale disordine, ma espressione del secolare contrasto tra il primato dell'individuo e del gruppo⁸. Oggi più che mai occorre sperimentare modi e strumenti per una possibile coesistenza di entrambe le visioni (pretese di libertà e di ordine) nel precisare la disciplina della famiglia come comunità che convive con i diritti della persona. Impensabile e

⁶ Cfr. G. VETTORI, *Controllo giudiziale del contratto ed effettività delle tutele. Una premessa*, in *Nuov. leggi civ. comm.*, 2015, p. 151ss. e la dottrina citata in part. G. BERTI, *Diffusione della normatività e nuovo disordine delle fonti del diritto*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 3, p. 460 ss.

⁷ G. BARALIS e P. SPADA, *Dialogando su dogmatica e giurisprudenza (dopo aver letto un libro sull'ipoteca)*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, p. 1 ss. e soprattutto P. SPADA, *Atto secondo (appunti sparsi)*, ivi, p. 44 ss.

⁸ Per tali osservazioni v. G. ZAGREBELSKY, in una Relazione ad un Convegno svolto a Torino nell'anno 2014 (inedita).

irragionevole è la prevalenza di una sola delle due istanze se si ricordano le epoche in cui una di esse è prevalsa. Le analisi storiche ne mantengono il ricordo⁹.

Non solo. Il rapporto fra diritto e tecnica assume un preciso significato. Basta pensare alla vicenda italiana della fecondazione assistita.

Di queste esigenze il volume tiene conto nel fissare una disciplina e nell'indicare i nodi ancora da sciogliere fra cui, in primo piano, la retroattività della nuova disciplina della filiazione che suscita non pochi problemi nel bilanciamento fra il diritto fondamentale del figlio e le aspettative di chi ha maturato diritti successori incompatibili.

Come si è detto benissimo il novecento ha rimesso tutto in discussione¹⁰. E non poteva che essere così. Il secolo inizia con i lumi a petrolio e le carrozze a cavallo e termina con gli aerei supersonici e la potenza globale di internet¹¹. I rapporti sociali e familiari non subiscono un'evoluzione minore. L'interprete deve scandagliare la realtà della vita, l'attualità degli interessi, farsi custode dei valori di civiltà in un ordine sociale in perenne evoluzione.

Il libro aiuta in questa opera fondamentale.

Firenze 24 maggio 2017

Giuseppe Vettori

⁹ P. GINSBORG, *Famiglia Novecento. Vita familiare, rivoluzione e dittature 1900-1950*, cit., 5 ss.

¹⁰ L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, *Prefazione*, p. VII.

¹¹ A. SCHIAVONE, *Non ti delego*, Rizzoli, 2013.

«La norma è veramente tale se, lasciata la propria genericità, grazie alla interpretazione/applicazione diventa regola di vita».
P. GROSSI, *Società, Diritto, Stato. Un recupero per il diritto*,
Milano, Giuffrè, 2006, p. 265.

«Il testo non è autosufficiente: solo con l'interpretazione attinge attuale compiutezza. L'interpretazione è alito di vita».
G. BENEDETTI, *Oggettività esistenziale dell'interpretazione*,
Torino, Giappichelli, 2014, p. 264.

INTRODUZIONE

La generazione e l'eterosessualità della coppia genitoriale sono diventati principi insufficienti a governare la filiazione. Accanto alla derivazione genetica, l'ordinamento giuridico valorizza il legame di fatto tra il minore e l'adulto che, all'interno di uno dei diversi modelli familiari, abbia assunto i doveri di cui all'art. 30, co. 1, Cost.

Diversi indici normativi avvalorano quest'affermazione. La legge n. 173/2015 (sul diritto alla continuità affettiva) che, nell'adozione di un minore in affidamento familiare, attribuisce centralità ai «legami affettivi significativi» e al «rapporto stabile e duraturo consolidatosi [con] la famiglia affidataria». Inoltre, il diritto al rispetto della propria vita familiare, previsto dall'art. 8 Cedu, che postula, secondo l'interpretazione consolidata della Corte EDU, non soltanto il coniugio e la parentela, ma soprattutto una relazione di fatto stabile e duratura tra due soggetti incentrata sull'affettività.

Si aggiunga che il requisito dell'adozione in casi particolari, costituito dall'«impossibilità dell'affidamento preadottivo» [art. 44, co. 1, let. d), l. n. 184/1983], riguarda, secondo la tesi più convincente, una situazione non solo di fatto, ma anche di diritto. Con la conseguenza di legittimare l'adozione omosessuale del figlio del compagno di vita.

C'è di più. Di questo quadro normativo fanno parte altre significative disposizioni di legge. L'art. 9, coo. 1 e 2, l. n. 40/2004 («Procreazione assistita») che fa divieto al donatario dei gameti di impugnare lo stato di figlio nato dalla procreazione eterologa in ragione della mancanza del legame genetico e alla madre di dichiarare di non essere nominata nell'atto di nascita.

Sono pertinenti anche i nuovi artt. 244, co. 4, e 263, co. 3 ultimo periodo e co. 4 c.c., i quali attenuano il favor ordinamentale per la verità dello status di figlio a beneficio del valore della continuità di quest'ultimo.

Da tutte queste disposizioni si desume che il rapporto creatosi tra adulto e minore rileva ben oltre la derivazione genetica.

Se il fondamento della filiazione risiede, come si sostiene in questa ricerca, anche nel legame di fatto, caratterizzato dalla significatività e durata della relazione e dall'assunzione dei doveri genitoriali, vi è una

solida base normativa per risolvere problemi delicati. Se ne indicano alcuni.

Uno scaturisce dalla mancanza di una disciplina specifica in ordine ai rapporti tra il genitore di fatto e il figlio dell'ex convivente nella crisi di coppia. Qui il genitore giuridico, essendo l'unico titolare della responsabilità genitoriale, potrebbe precludere ogni contatto tra il figlio e l'ex partner. Ma il diritto del minore alla continuità affettiva, desumibile dalle disposizioni indicate, esige, in certi casi, un provvedimento giudiziale di regolazione degli incontri con chi abbia assunto in concreto il ruolo di genitore.

Un altro problema è ingenerato dalla filiazione omosessuale costituita legittimamente all'estero, tramite l'adozione pronunciata in un altro Paese (artt. 41 e 64 ss. l. n. 218/1995), anche nella forma internazionale (artt. 35 e 36 l. n. 184/1983) o la surroga biologica di maternità. Ove la famiglia si trasferisca in Italia, la trascrivibilità della pronuncia di adozione o dell'atto di nascita può essere ammessa, nonostante le obiezioni sollevate da più parti. Ciò in ragione sia della nozione di ordine pubblico internazionale, che richiama i diritti fondamentali, sia di un rinnovato ordine pubblico interno della filiazione. Il quale contempla il diritto alla continuità affettiva con le proprie figure genitoriali di riferimento, a prescindere dall'orientamento sessuale e dalla derivazione genetica.

C'è un altro significativo argomento che arricchisce il discorso: l'ordinamento giuridico, negando lo stato di figlio costituito legittimamente all'estero, come pure l'adozione omosessuale in casi particolari, finirebbe col ledere il diritto all'identità personale del fanciullo (art. 2 Cost. e art. 8 Convenzione Onu sui diritti dell'infanzia, ratificata con legge n. 176/1991).

Piuttosto, accade che il giudice sia chiamato sempre più spesso a valutare l'esistenza e l'intensità del legame genitoriale con il minore, in una situazione in cui manca ogni derivazione genetica. È questo un compito arduo, da svolgere all'interno di una cornice legislativa tracciata dall'interprete. In effetti dalla normativa, interna e sovranazionale, sono desumibili taluni criteri concorrenti su cui incentrare siffatta valutazione.

Uno, di grande rilievo, è il fattore temporale, come dimostrano gli artt. 244, co. 4, 263, coo. 3 e 4 c.c. e la citata legge n. 173/2015, che si esprime in termini di «rapporto duraturo» tra il minore e la famiglia affidataria. Il giudice dovrà valutare volta per volta se il tempo trascorso - che, tuttavia, non può avere una durata predefinita - sia stato sufficiente a determinare una filiazione di fatto.

Un altro criterio è il ruolo assunto dall'adulto (o dal genitore per le filiazioni costituite all'estero) nei confronti del minore, che non può prescindere dall'adempimento dei doveri genitoriali (artt. 30, co. 1, Cost. e 147 c.c.) e quindi dalla serietà dell'impegno.

Rileva altresì la qualità della convivenza, come si evince ancora dalla legge n. 173/2015, che richiede, quale elemento per valutare

la domanda di adozione proveniente dalla famiglia affidataria, l'esistenza di un «legame affettivo significativo». Occorre, quindi, che il minore si senta profondamente legato a chi abbia assunto i compiti del genitore, la cui sostituzione da parte dell'autorità determinerebbe «un grave ed irreparabile pregiudizio» per il minore stesso (così Corte EDU-Grande Camera, 24.1.2017, Paradiso e Campanelli c. Italia).

Una considerazione si impone. La famiglia è sempre più comunità di affetti, al di là della derivazione genetica tra i suoi componenti, del coniugio e della eterosessualità dei genitori. Questo approdo, ancora gravido di frutti, è da valorizzare perché attua il preminente interesse del minore e dà rilievo a una pluralità di situazioni familiari.

Vero è che la centralità dell'interesse del minore non emerge soltanto con riguardo allo stato di figlio o alla genitorialità di fatto, ma anche in ordine alla relazione con i genitori. È stato significativo in proposito il passaggio dalla potestà alla responsabilità genitoriale, la quale è oggi più strettamente legata alla realizzazione della personalità del minore (artt. 316, co. 1, 315-bis, co. 3 e 336-bis c.c.), attraverso l'effettività dei suoi diritti fondamentali (art. 315-bis c.c.).

Il legame tra la dimensione affettiva della filiazione (decisiva nelle questioni di stato), l'esercizio della responsabilità genitoriale e i diritti del figlio spinge a riesaminare le tutele del rapporto di filiazione (cap. III). Tenendo conto del seguente principio regolatore, emerso in questo lavoro monografico: la conservazione o il recupero della corretta dinamica affettivo-relazionale con i genitori.

Del resto se lo stato di figlio si costituisce o si tiene fermo indipendentemente dalla relazione genetica, il rapporto affettivo di tipo genitoriale con il minore si pone quale valore fondamentale della filiazione.

Firenze, 24 aprile 2017.

Antonio Gorgoni

CAPITOLO I

IL FONDAMENTO DELLA FILIAZIONE

Sezione I

Dal favor veritatis alla rilevanza della filiazione non genetica.

SOMMARIO: 1. La filiazione nel tempo: oltre l'attuazione dell'art. 30 Cost. e impostazione del problema - 2 L'itinerario legislativo: retrocessione della verità dello *status filiationis* e rilievo della filiazione di fatto. - 3. Struttura della legge n. 219/2012, unicità dello stato di figlio e della parentela. - 4. Il problema della parentela nell'adozione in casi particolari. - 5. Filiazione e stato di figlio. - 6. (*Segue*) L'individuazione dei genitori. - 7. L'atto di nascita. - 8. Il nome, il diritto all'identità del minore e il diritto di conoscere le proprie origini. - 9. Il possesso di stato. - 10. Le azioni di stato. - 11. L'azione di disconoscimento della paternità. La legittimazione. - 12. (*Segue*). I termini e il nuovo equilibrio tra *favor veritatis* e *status filiationis*. Sulla costituzionalità dell'art. 244, co. 4, c.c. - 13. (*Segue*) Sospensione del termine, trasmissibilità ed effetti dell'azione. - 14. L'azione di contestazione dello stato di figlio e il problema della sua applicabilità alla filiazione nata fuori del matrimonio. - 15. L'azione di reclamo dello stato di figlio.

1. LA FILIAZIONE NEL TEMPO: OLTRE L'ATTUAZIONE DELL'ART. 30 COST. E IMPOSTAZIONE DEL PROBLEMA.

La disciplina positiva della filiazione ha subito una notevole metamorfosi durante un lungo arco temporale. Il fondamento dello *status* di figlio e la responsabilità genitoriale, assi portanti della materia, sono stati oggetto di una profonda innovazione sulla quale si concentrerà il volume.

Gli elementi propulsivi predominanti di questi inarrestabili cambiamenti si riscontrano nel superamento della concezione pubblicistica del matrimonio, nell'attuazione del principio di uguaglianza e di differenziazione¹, di alcune libertà e diritti fonamen-

¹ P. PERLINGIERI, *Libertà religiosa, principio di differenziazione e ordine pubblico*,

tali² e nel divieto di discriminazioni basate su «condizioni persona-

in *Dir. delle succ. e della fam.*, 2017, 1, 165 ss., considera il principio di differenziazione come connotato alla nostra Costituzione, «che costringe ad apprezzare le diversità e gli statuti personali, quali scelte di libertà» (p. 177). Vedremo come proprio in tema di filiazione occorrerà differenziare le soluzioni, le quali non sono affatto imposte né orientate da una supposta prevalenza del principio della verità biologica. Sull'evoluzione del principio di uguaglianza cfr. anche E. ROPPO, *Il giudice nel conflitto coniugale*, Bologna, 1981, 293 ss.

² G. ALPA, *La legge sulle unioni civili e sulle convivenze. Qualche interrogativo di ordine esegetico*, in *Nuova giur. civ. comm.* (atti del convegno «Modelli familiari e nuovo diritto»), 2016, 12, 1721, afferma che la legge n. 76/2016 (unioni civili e convivenze di fatto) è frutto «della conquista dei diritti civili [e] dell'affermazione dei diritti fondamentali come conclamati» nelle fonti sovranazionali e declinati dalle magistrature superiori. Che i diritti e i valori fondamentali siano una forza propulsiva inarrestabile dell'ordinamento è dimostrato dalla loro «ubiquità»; cfr. ancora G. ALPA, *Le stagioni del contratto*, Bologna, 2012, 28 e 127 ss., il quale, tra le diverse «vicende» che hanno cambiato il volto del contratto, indica «la costituzionalizzazione del contratto, l'inserimento dei valori nella concezione del contratto [e (...)] l'avvento della stagione dei diritti fondamentali portatrice di nuovi limiti all'autonomia privata». I diritti fondamentali, nell'estendere il loro ambito applicativo per effetto della pressione dei fatti sociali, possono creare tensioni nell'ordine costituito; ciò emergerà ampiamente in questo lavoro monografico. Ma la diversità da ciò che c'è ed è regolamentato dalla legge non va respinta *a priori*. Spunti in tal senso si traggono anche dallo scritto di P. RESCIGNO, *Tra ordinamento e sistema*, in *Parte generale e persone, Liber amicorum per Dieter Henrich*, Torino, 2012, 51 ss. Ma è soprattutto G. BENEDETTI, «Eclissi del diritto civile» e *fenomenologia dell'attesa. Riflessioni sul testo di Carlo Castronovo*, in *Persona e mercato*, 2016, 3, 97 ss., che invita il giurista a vivere appieno, nella sua «missione ordinante», «la prospettiva della complessità nell'emergere della contraddizione, della discontinuità, della non-linearità, dell'aleatorio, come tratti che la caratterizzano». Questo significa avvalersi, nel processo ermeneutico, anche delle norme senza fattispecie, come quelle che esprimono un principio, nel tentativo di ordinare quei fatti che a prima vista sconvolgono il sistema. Egli avverte che «la complessità non va eliminata, ma illuminata» (p. 100), altrimenti il diritto si distacca dalla società diventando «violenza originaria». Analogamente H. P. GLENN, *Ripensando il pensiero giuridico. Lo Stato e le nuove regole*, Napoli, 2015, 54: «le contraddizioni possono essere sostenibili e non vanno eliminate». G. VETTORI, *La fecondazione assistita tra legge e giudici*, in *Persona e mercato*, 2016, 1, 7, rileva come «la centralità della interpretazione e applicazione dei diritti fondamentali [sia] un dato oramai acquisito». Anche C. CAMARDI, *Diritti fondamentali e «status» della persona*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, 1, 7 ss. sottolinea come i diritti fondamentali abbiano, nel dialogo tra le Corti europee e nazionali, contribuito a «legittimare nuovi modelli di famiglia». Particolarmente incisivo è stato il diritto all'identità individuale, il quale, secondo l'autrice, avrebbe finito per «operare in modo «sovversivo» rispetto alla logica della famiglia come formazione sociale specificamente normata». Per impulso dei diritti fondamentali si sarebbero verificati due fenomeni opposti, parimenti importanti ai fini della riconfigurazione, ancora in atto, del diritto di famiglia. Nello scritto si parla di «frantumazione del modello costituzionale di famiglia», p. 11, ma più propriamente è la Costituzione stessa a legittimare nuovi assetti familiari diversi dal matrimonio e un tipo di filiazione incentrata sul legame affettivo duraturo tra adulto e minore e sull'assunzione di responsabilità della crescita di quest'ultimo. I diritti fondamentali, da un lato, hanno premuto sul tessuto ordinamentale per realizzare una maggiore uguaglianza tra le persone (si va dalla riforma del diritto di famiglia del 1975 alla l. n. 219/2012 che ha introdotto l'unicità

li e sociali» (art. 3 Cost.) come la nascita all'interno o fuori dal matrimonio o da una coppia omo o etero sessuale.

L'ordinamento giuridico si è progressivamente adeguato al lento e insopprimibile mutamento della cultura, della sensibilità sociale e dei valori normativi di riferimento³. Come pure sollecitazioni forti sono giunte dai progressi della scienza, della tecnica e dalla circolazione delle persone e dei modelli giuridici⁴.

dello stato di figlio), dall'altro, hanno permesso di valorizzare le «altre» differenze - così perspicuamente la Camardi - in funzione di non discriminazione (il pensiero va alla l. n. 76/2016 sulle unioni civili e sulle convivenze di fatto). Essi hanno senz'altro contribuito, come si vedrà nel prosieguo, a giustificare soluzioni anni fa impensabili perché contrarie a concezioni naturalistiche come la trascrivibilità dell'atto di nascita straniero da cui risultino due genitori dello stesso sesso (c.d. portabilità dello *status*), l'adozione omosessuale o la regolamentazione della frequentazione del minore con il genitore non biologico (c.d. sociale). I diritti fondamentali, soprattutto quelli del minore, hanno favorito non soltanto la rottura di precedenti configurazioni giuridiche, ridefinendo lo *status* delle persone (p. 28), come giustamente sostiene l'autrice, ma anche il rinnovamento di istituti come la potestà, divenuta responsabilità genitoriale per effetto della riforma 2012/2013. Accanto ai diritti fondamentali, quali forze motrici dell'evoluzione giuridica, si collocano i principi, il cui ruolo nel sistema delle fonti è - come scrive Vettori - «aumentato ... in modo evidentissimo» (p. 6).

³ P. PERLINGIERI, *Sulla famiglia come formazione sociale*, in *La persona e i suoi diritti. Problemi di diritto civile*, Napoli, 2005, 422, in questo scritto del 1979 invitava a prendere atto che non vi era soltanto la famiglia nucleare fondata sul matrimonio, ma anche la famiglia di fatto, peraltro di «origini non univoche», quale formazione sociale idonea allo sviluppo della persona umana. Già in queste pagine dell'illustre autore emerge chiaramente la rilevanza giuridica del rapporto di fatto basato sugli affetti. Altri autori successivamente hanno mostrato la complessità delle strutture familiari come evolute nel tempo e l'irrompere di nuovi problemi giuridici. V. SCALISI, «Famiglia» e «famiglie» in Europa, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1, 1007 ss.; Id. *Le stagioni del diritto di famiglia dall'unità d'Italia a oggi* (parte prima), in *Riv. dir. civ.*, 2013, 5, 11043 ss. Cfr. anche la parte seconda «Pluralizzazione» e «riconoscimento» anche in prospettiva europea», in *Riv. dir. civ.*, 2013, 6, 1287 ss.; F. D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 1, 509 ss.; ZATTI P., *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, in *Tratt. di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, *Famiglia e matrimonio. Relazioni familiari-Matrimonio-Famiglia di fatto*, a cura di G. Ferrando, M. Fortino e F. Ruscello, Milano, 2011, I, 3 ss.; F. CAGGIA, *Modelli e fonti del diritto di famiglia*, in *Tratt. di Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, coordinato da A. Zoppini, *Fonti, soggetti, famiglia*, Milano, 2009, II, 4 ss.

⁴ H. P. GLENN, *Ripensando il pensiero giuridico. Lo Stato e le nuove regole*, cit., 26, rileva come «gli Stati perd[ano] la loro incisività definitoria man mano che persone, capitali e informazioni valicano sempre più spesso e sempre più frequentemente i confini dello Stato». Egli coglie lucidamente che «l'importanza della globalizzazione (...) per i confini nazionali è quella di mettere in discussione la rigidità dello Stato nazionale» (p. 52). L'autore sviluppa un discorso di grande interesse sulla insostenibilità dello Stato come ente autonomo, sulla svolta multivaloriale e sulla crescente disaffezione verso la legge di non contraddizione (o del ragionamento binario nel campo giuridico (pp. 52-63). Effettivamente i nuovi problemi sollevati dai rapporti di filiazione o che aspirano ad essere considerati tali dall'ordinamento verrebbero affrontati in modo semplicistico applicando la regola A e non-A. La spinta connaturata allo studioso di andare oltre ciò che si è già raggiunto è fortissima nel giovanissimo U. SCARPELLI, *La persona nella filosofia giuridica moderna*, Storie dal fondo 2, raccolte da P. Femia, Napoli, 2017, 71, secondo cui un pensatore è veramente tale se riesce «se non a soddi-

Se da un lato la normativa è cambiata nel corso dei secoli, dall'altro, si sono affacciati problemi inediti che hanno scosso concezioni sui rapporti umani basate sulla natura e consolidati istituti giuridici.

La rilevanza della filiazione di fatto e il rilievo della volontà del minore di età nelle questioni che lo riguardano sono tematiche centrali della contemporaneità.

Le fratture legislative sono state via via sempre più significative. Se il codice civile del 1865 non attribuiva alcuna protezione ai figli adulterini e prevedeva l'adozione solo di chi avesse compiuto diciotto anni⁵, il codice civile del 1942 avvia, sia pur timidamente, un percorso che condurrà nel 2012 all'unicità dello stato di figlio (cfr. *infra* § 2).

Nella codificazione più recente, contrassegnata da un nuovo libro primo entrato in vigore l'1.7.1939, il riconoscimento della filiazione adulterina era ammesso in casi eccezionali (art. 252 c.c. abrogato). Inoltre soltanto il marito poteva agire con l'azione di disconoscimento della paternità, a dimostrazione della prevalenza della legittimità dello stato di figlio (*id est*: nato nel matrimonio) sulla verità del rapporto di filiazione. Vi erano infine, sempre nel codice del 1942, forti restrizioni all'accertamento giudiziale della paternità e della maternità naturale (art. 269 c.c. abrogato). Era ammessa l'adozione dei minori di età, anche se la relativa disciplina non la incentivava.

Assorbente era la finalità di tutelare non già il figlio matrimoniale, ma di garantire la pace, l'onore familiare e la stabilità del matrimonio⁶. Secondo l'idea del tempo, l'ordine sociale dipendeva anche dalla saldezza del matrimonio, quindi da una certa struttura della famiglia, che doveva essere salvaguardata anche a scapito dell'interesse del figlio.

sfarle, almeno a mettere a nudo tutte le esigenze» dell'esperienza umana. Credo che il giurista, al pari del filosofo, non debba mai smarrire questa verità, altrimenti il diritto rischia di non regolamentare adeguatamente la società.

⁵ G. CATTANEO (aggiornamento di M. DOSSETTI), *La famiglia e i rapporti familiari nella costituzione, nel codice civile e nelle altre leggi ordinarie*, in *Tratt. dir. fam.*, diretto da G. Bonilini, *Famiglia e matrimonio*, Milano, 2016, I, 6, ricorda che il Guardasigilli Pisanelli si oppose all'adozione, ritenendo artificiale e irrazionale la frattura, determinata dall'adozione, dei rapporti di paternità e di filiazione. Egli riteneva che l'adozione alterasse «lo stato vero degli individui» e che si risolvesse in un atto corrottivo della natura. L'idea non fu recepita *in toto*, perché, come si diceva, fu ammessa l'adozione del diciottenne, ma essa è emblematica di due capisaldi del diritto di famiglia del tempo: 1) derivazione genetica tra generante e generato quale fondamento dello stato di figlio e, dunque, del rapporto di filiazione; 2) assoluta preminenza della famiglia legittima, la quale, con l'introduzione dell'adozione, avrebbe subito degli scossoni, vedendosi affiancare a sé «una famiglia fittizia». Entrambi verranno progressivamente superati, soprattutto attraverso la recente introduzione del principio dell'unicità dello stato di figlio (art. 315 c.c.) e la rilevanza dei legami familiari di fatto. Il principio dell'unicità dello stato, come si vedrà, conduce - ad avviso di chi scrive inevitabilmente - alla tendenziale unificazione del concetto di famiglia, la quale si può ben strutturare diversamente, pur fondandosi sui medesimi presupposti. Ciò vale per le famiglie ricomposte, etero o omosessuali, per le unioni civili, per le convivenze e le filiazioni di fatto.

⁶ A. CICU, *La filiazione*, Torino, 1951, 102.

Si può dire che la normativa del 1942 rappresentava il precipitato di una configurazione del matrimonio quale istituzione familiare unica e sovraordinata ai membri di essa. Al vincolo coniugale si riconosceva una funzione pubblica, perché rendeva migliore la società e l'individuo, esprimendo elevati principi morali (*matrimonium seminarium rei publicae*)⁷.

Da qui la netta distinzione tra lo stato giuridico del figlio nato in costanza di matrimonio (figlio legittimo) e quella del figlio nato da genitori non sposati fra loro (figlio illegittimo). Il sintagma legislativo «filiazione illegittima» - contenuto nella sez. I capo II titolo VII del libro I codice civile 1942 - postulava, con evidenza, la riprovazione dell'ordinamento verso i figli non matrimoniali e le convivenze tra soggetti non coniugati tra loro. In questo contesto normativo non v'era spazio per i rapporti familiari di fatto.

Si intendeva, insomma, valorizzare e conservare una concezione unitaria del diritto di famiglia, concezione, in verità, già incrinata dalla legge di attuazione del concordato dell'11.2.1929 tra lo Stato e la Santa Sede⁸.

L'entrata in vigore della Costituzione nel 1948 ha determinato una frizione insuperabile tra i nuovi principi dalla stessa accolti e le norme codicistiche sulla filiazione nata fuori del matrimonio⁹. In particolare

⁷ G. FERRANDO, *Filiazione, I) Rapporto di filiazione* (voce), in *Enc. dir.*, 1989, 1 ss.; M. COSTANZA, *Filiazione, III) Filiazione naturale* (voce), in *Enc. dir.*, 1989, 1 ss.; A. BUCCIANTE, *Filiazione, II) Filiazione legittima*, in *Enc. giur.*, 1989, 1 ss.

⁸ G. CATTANEO (aggiornamento di M. DOSSETTI), *La famiglia e i rapporti familiari nella costituzionale, nel codice civile e nelle altre leggi ordinarie*, cit., osserva come questa legge abbia scalfito l'ispirazione unitaria che stava alla base della normativa del codice civile. È stata, infatti, attribuita ai tribunali della Chiesa l'esclusiva competenza a giudicare, sulla base del diritto canonico, della validità delle nozze celebrate col rito religioso. Tuttavia la necessità di tutelare diritti fondamentali dei membri della famiglia fondata sul matrimonio, doveri inderogabili e responsabilità genitoriali ha determinato interferenze del giudice civile nel giudizio di delibazione con riguardo all'efficacia nella Repubblica italiana delle sentenze definitive di nullità del matrimonio pronunciate dai tribunali ecclesiastici (Cass. Sez. un., n. 16379/2014, in *Fam. e dir.*, 2005, 3, 220 ss., con nota di L. GRAZIANO, *Per le Sezioni Unite la stabile convivenza coniugale ultra-triennale è situazione giuridica di ordine pubblico ostativa alla delibazione di sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*; in *Corr. giur.*, 2014, 10, 1196, con nota di V. CARBONE, *Risolto il conflitto giurisprudenziale: tre anni di convivenza coniugale escludono l'efficacia della sentenza canonica di nullità del matrimonio*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 1, 10036, con nota di U. ROMA, *Ordine pubblico, convivenza coniugale e pronunce ecclesiastiche di nullità del matrimonio: le Sezioni Unite suppliscono all'inerzia legislativa con una sostanziale modifica dell'ordinamento*).

⁹ M. GIORGIANNI, *Problemi attuali di diritto familiare*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1956, 749 ss.; R. NICOLÒ, *La filiazione illegittima nel quadro dell'art. 30 della Costituzione*, in *Democr. e dir.*, 1960, 3 ss.; P. RESCIGNO, *La tutela dei figli nati fuori del matrimonio*, in *Riv. dir. matrimoniale e persone*, 1965, 34 ss. Cfr. ancora M. GIORGIANNI, *La filiazione fuori del matrimonio*, in *La riforma del diritto di famiglia*, Atti del

l'art. 30, co. 1, Cost., collegando i doveri e i diritti dei genitori al fatto in sé della nascita e quindi della generazione, mal si conciliava con i limiti normativi sopra accennati al riconoscimento dello stato di figlio. Come pure l'art. 30, co. 3, Cost., stabilendo che «la legge assicura ai figli nati fuori dal matrimonio ogni tutela giuridica e sociale, compatibilmente con i diritti dei membri della famiglia legittima», palesava l'incostituzionalità di quelle disposizioni *mortis causa* volte a favorire, nella successione *ab intestato*, i figli legittimi rispetto a quelli illegittimi¹⁰.

I principi costituzionali, tuttavia, secondo un autorevole studioso¹¹, servirono, più che per modificare direttamente aspetti fondanti del diritto di famiglia, a rafforzare gli argomenti di chi propugnava una riforma che riscrisse la normativa secondo la nuova assiologia costituzionale.

Non c'è dubbio che si rendesse necessaria una legge organica che rifondasse il diritto di famiglia. Legge attesa non poco rispetto all'entrata in vigore della Costituzione, sebbene, nel frattempo, la Corte costituzionale avesse provveduto a eliminare alcune evidenti distonie con il nuovo sistema ordinamentale¹².

secondo Convegno di Venezia, 11-12.3.1972, Padova 1972, 123 ss. e ivi L. MENGONI, *La filiazione fuori del matrimonio*, 137 ss.; M. BESSONE, *Condizione giuridica dei figli nati fuori del matrimonio e tutela del minore. Principi costituzionali e prospettive di riforme*, in *Riv. notariato*, 1975, 309 ss.; U. MAJELLO, *Diritti dei figli nati fuori del matrimonio e principio di uguaglianza*, in *Giur. it.*, 1975, IV, 101 ss.

¹⁰ L'art. 541 c.c., abrogato, prevedeva infatti che ogni figlio naturale conseguisse metà della porzione spettante a ciascuno dei figli legittimi, purché complessivamente la quota di questi ultimi non fosse inferiore al terzo del patrimonio.

¹¹ G. CATTANEO (aggiornamento di M. DOSSETTI), *La famiglia e i rapporti familiari nella costituzionale, nel codice civile e nelle altre leggi ordinarie*, cit., 12-13, rileva che l'entrata in funzione della Corte costituzionale non poteva determinare una rifondazione radicale del diritto di famiglia, soprattutto perché i principi costituzionali, su alcuni aspetti, erano ambivalenti. Rimase in vigore la preminenza del marito nella famiglia, né egli perse l'esercizio esclusivo della patria potestà. L'art. 29, co. 1, Cost., pur adottando un linguaggio diverso da quello del codice civile, non sovvertiva nel suo complesso il regime di favore della filiazione legittima. Ancora: l'art. 30, co. 3, Cost. impone, nel suo tenore letterale, un bilanciamento tra la tutela giuridica e sociale della filiazione nata fuori del matrimonio con i diritti dei membri della famiglia legittima. Si vedrà nel prosieguo come quest'ultima parte dell'art. 30, co. 3, Cost. (sulla compatibilità), conservi, in conseguenza degli interventi legislativi susseguitisi fino ai nostri giorni, un limitatissimo, se non azzerato, ambito applicativo.

¹² La Corte costituzionale ha il grande merito di aver avviato la stagione di adeguamento della normativa familiare allora vigente ai principi costituzionali. Alcune pronunce sono storiche come quelle che hanno abrogato i reati di adulterio e concubinato. Altre sono intervenute in tema di capacità a succedere, di diritto di rappresentazione e di quote ereditarie in caso di concorso. Corte Cost., n. 50/1973 (rel.: E. Volterra), in *Leggi d'Italia on line*, dichiara l'illegittimità costituzionale della norma che non stabiliva l'identità della misura della quota spettante al figlio naturale rispetto a quella riservata al figlio legittimo, in assenza di famiglia legittima. Corte Cost., n. 82/1974 (rel.: G. B. Benedetti), in *Leggi d'Italia on line*, dichiara l'illegittimità costituzionale della norma che ammetteva il concorso tra figli naturali e ascendenti del genitore, diversamente dall'ipotesi in cui fossero chiamati i figli legittimi, i quali non concorrevano

Tre sono, in sintesi, le novità di rilievo della legge n. 151/1975 («*Riforma del diritto di famiglia*»): 1) l'attuazione del principio costituzionale dell'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi (art. 29, co. 2, Cost.); 2) l'avvicinamento della condizione giuridica del figlio naturale a quella del figlio legittimo; 3) la prevalenza, con riguardo all'accertamento della filiazione, del *favor veritatis* sul *favor legitimitatis*.

In altri termini il legislatore attenuava la finalità di garantire la stabilità del matrimonio attraverso l'incontestabilità della filiazione. Egli favoriva, invece, in modo troppo spinto come si argomenterà, l'eliminazione dello stato di figlio legittimo in mancanza del legame genetico con i presunti genitori. È la verità il nuovo valore espresso dall'ordinamento giuridico del 1975, rimasto saldo fino alla riforma 2012/2013 che lo ha temperato (artt. 244, co. 5, e 263 co. 3 ult. periodo e co. 4)¹³, unitamente alla legge n. 173/2015 sul diritto alla continuità affettiva e ad una consolidata interpretazione dell'art. 8 Cedu da parte della Corte di Strasburgo.

Oggi si può ritenere, come si vedrà in questo lavoro monografico, che la giuridicità dei rapporti familiari non sta più soltanto nella formalizzazione statale del legame di sangue, ma nasce dai rapporti affettivi duraturi con chi si è comportato come fosse genitore. Precludere ogni rilevanza giuridica a siffatti rapporti implica un sicuro pregiudizio del diritto del minore all'identità personale¹⁴, incompatibile con il nuovo ordine pubblico della filiazione che si intende qui ricostruire.

no con gli ascendenti. Occorreva però l'intervento del legislatore perché sentenze della Consulta hanno inciso su singoli aspetti della filiazione, accrescendo al contempo la consapevolezza dell'urgenza di una riforma complessiva. Una riforma che invertisse la prevalenza (allora esistente) del valore dell'unità familiare (art. 29, co. 2, Cost.) su quello dell'uguaglianza tra i coniugi e tra i figli (artt. 3 e 30, co. 3 Cost.). È solo con la legge n. 151/1975 («*Riforma del diritto di famiglia*») che, in ossequio agli artt. 30 co. 3 e 3 Cost., si dà vita a un nuovo statuto della filiazione denominata naturale (*id est*: nata fuori dal matrimonio) e non più illegittima.

¹³ S. RODOTÀ, *Diritto d'amore*, Roma-Bari, 2015, 70, sintetizza bene lo spirito della riforma del 1975, affermando che «la logica della libertà e degli affetti prevale sulle chiusure gerarchiche e autoritarie. Vedremo come la «logica degli affetti» assumerà un rilievo crescente negli anni a venire, interessando non solo le dinamiche e la tenuta del matrimonio, ma anche il rapporto di filiazione, il cui fondamento si amplia alla dimensione squisitamente fattuale del legame affettivo e dell'assunzione della responsabilità della crescita, con tutto quanto ne consegue e su cui dovremo soffermarci.

¹⁴ D. MESSINETTI, *Diritti della famiglia e identità della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 2, 10137 ss. (versione in *Leggi d'Italia on line*), coglie questo aspetto e rileva come la teoria degli *status* costituisca, in certi casi, un ostacolo alla soluzione di esigenze di tutela nascenti dai legami familiari di fatto. Cfr. anche: F. VIGLIONE, *I rapporti di convivenza: esperienze europee*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 12, intitola significativamente il § 2 «Una relazione che nasce dal fatto» e ivi L. MARTINEZ, *La rilevanza del "fatto" convivenza*, 1731 ss. G. RECINTO, *La genitorialità tra favor legitimitatis, veritatis e affectionis*, in *Famiglie e successioni tra libertà e solidarietà*, a cura di R. Pane, Napoli, 2017, 61 ss., coglie benissimo, fin dall'intitolazione del saggio, come la genitorialità non dipenda più da un unico principio dominante, ma da una pluralità di valori che consistono nella certezza dello *status*, nella verità del legame genetico o nell'affettività ancorché non fondata sulla generazione. Si desume dalle pagine di Recinto

Su questa linea evolutiva, che coinvolge diverse fattispecie, si dovrà riflettere; soprattutto al fine di individuare soluzioni tecniche per costituire o conservare lo stato di figlio, basato non già sul legame genetico, ma sul consolidato rapporto con il genitore o con chi si sia comportato come tale.

C'è di più: l'assoluto rilievo della centralità dell'identità del minore, del diritto di crescere in famiglia (art. 315-*bis* c.c.) e «di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori» (art. 337-*ter*, co. 1, c.c.) conferma i poteri di questi ultimi (art. 316, co. 1, c.c.), i quali ne conservano l'esercizio nonostante la crisi matrimoniale o di coppia (artt. 337-*ter* co. 2 e 337-*quater*, co. 3 c.c.). La compenetrazione tra filiazione e responsabilità genitoriale, non solo in punto di costituzione dello stato di figlio, ma anche, naturalmente, di rapporto tra genitore e figlio, esige una trattazione dei due ambiti e giustifica il titolo della monografia.

L'oggetto della ricerca si concentra, quindi, sulla filiazione e sulla responsabilità genitoriale nei loro aspetti più controversi: costituzione e mantenimento dello stato di figlio al di là della verità genetica, genitorialità di fatto, diritti del minore nei confronti del genitore sociale e adozione omosessuale.

In questo itinerario di studio non si può ignorare l'andamento storico della normativa, importante per comprendere l'ordinamento attuale¹⁵. Oggi, come si è accennato, vi sono indici normativi significativi,

che la sfida del giurista è quella di individuare «quale possa essere oggi lo stesso fondamento giuridico e valoriale delle relazioni familiari e genitoriali». Anche M. PORCELLI, *Accertamento della filiazione e interesse del minore*, Napoli, 2016, 108, percepisce l'insufficienza del *favor veritatis*, cioè del legame di sangue, per regolare tutte le problematiche inerenti la costituzione della filiazione. L'autrice afferma, argomentando dall'art. 30, co. 4, Cost., che il *favor veritatis* non si può «considerare un valore di rilievo costituzionale da tutelare sempre e comunque». Come si vedrà ampiamente, la giurisprudenza sia interna che sovranazionale ha confermato, da un lato, l'arricchimento del fondamento della filiazione, dall'altro, ha riconosciuto in certi casi rilevanza giuridica a legami di filiazione di fatto.

¹⁵ P. GROSSI, *Il punto e la linea (l'impatto degli studi storici nella formazione del giurista)*, in Paolo Grossi, a cura di G. Alpa, Roma-Bari, 2011, 14, in un passaggio di questo scritto offre un insegnamento prezioso al cultore del diritto positivo: «se il giurista resta esegeta, rischia di non aver presente quella percezione che non deve invece mai abbandonarlo, e cioè che il diritto è la dimensione naturale di un'intera civiltà. Il legame diritto-civiltà è una verità elementare che deve essere recuperata alla coscienza comune e anche alla coscienza del giurista. Il diritto non è mai una forzatura del sociale, violenza sul sociale; può esserlo, ma unicamente in certe sue manifestazioni patologiche. Nella sua manifestazione fisiologica il diritto è semplicemente una delle dimensioni autentiche di una civiltà». Questo discorso è distante anni luce - lo riconosce lo stesso autore - dall'idea di un «passato come a una fucina di modelli per l'oggi». Piuttosto ciò che è stato serve a comprendere meglio l'oggetto del proprio studio (*id est*: il punto), inserendolo «in una linea che nasce prima e continua dopo» (p. 17). Solo al fine di una maggiore comprensione del proprio punto di osservazione appare necessario conoscere l'itinerario normativo più recente e le sue *rationes*, fermo restando che l'indicazione del senso della linea è un compito proprio dello storico.

nient'affatto apparsi all'improvviso, a sostegno di una più ampia ricostruzione del fondamento della filiazione e del rapporto genitoriale.

Riprendiamo allora il filo diacronico del discorso.

Con la prima storica riforma del diritto di famiglia, quella del 1975, il legislatore ha sì posto il figlio naturale accanto a quello legittimo, togliendolo dalla subalternità, ma ha confermato talune diversità. La più macroscopica ha riguardato la parentela naturale, dalla fisionomia più ristretta rispetto a quella legittima. In sostanza la legge n. 151/1975 ha reso la posizione del figlio naturale più aderente al dettato costituzionale, ma non del tutto sovrapponibile a quella del figlio legittimo (cfr. *infra* § 2). Inoltre, ed è ciò che preme maggiormente rilevare, il figlio naturale risultava titolare dei diritti e delle relative tutele solo nella dimensione dello *status filiationis* già esistente o da costituire attraverso l'esercizio delle azioni di stato.

Successivamente al 1975 sono intervenute altre decisioni della Corte costituzionale con effetto integrativo della disciplina della filiazione extra-matrimoniale¹⁶. Nel 2002 si è riconosciuto ai figli incestuosi l'azione volta alla dichiarazione giudiziale di paternità o di maternità¹⁷. Nel 2006 è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo il giudizio preliminare di ammissibilità della dichiarazione giudiziale di genitorialità naturale¹⁸.

Siamo però sempre all'interno di un rafforzamento del rilievo della parentela, dello statuto del figlio naturale rispetto al genitore genetico e dunque dell'affermazione della verità della filiazione. Valore, quest'ultimo, ridimensionato dal legislatore della riforma 2012/2013 e dalla giurisprudenza più recente (cfr. *infra* cap. III-sez. III, §§ 4, 5, 6 e 7). Questo elemento del ridimensionamento della verità legale, corrispondente alla realtà biologica, è di enorme portata applicativa e contribuisce a rifondare in termini più complessi la filiazione, anch'essa, come altri istituti, dotata di «inesauste e inesauribili possibilità di adattamento»¹⁹, nella feconda dinamica, oramai diffusamente riconosciuta,

¹⁶ Nel 1979 i fratelli e le sorelle naturali sono stati ammessi alla successione legittima prima dello Stato, qualora mancassero di altri successibili. Corte Cost., n. 55/1979 (rel.: L. Amadei), dichiara costituzionalmente illegittimo l'art. 565 c.c. nella parte in cui non contempla nella categoria dei chiamati alla successione legittima anche i fratelli e le sorelle naturali riconosciuti o dichiarati.

¹⁷ Corte Cost., n. 494/2002 (rel.: G. Zagrebelsky), dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 278 co. 1 c.c. (oggi sostituito per effetto dell'art. 35, co. 1, d. lgs. n. 154/2013) nella parte in cui escludeva le indagini sulla genitorialità nella fattispecie di cui all'art. 251 c.c. (filiazione incestuosa).

¹⁸ Corte Cost., n. 50/2006 (rel.: A. Finocchiaro), ritiene inutile la fase processuale preliminare dell'azione volta a far dichiarare giudizialmente la paternità/maternità perché non più rispondente alle finalità ad essa originariamente sottese (di segretezza) e in contrasto con il diritto di azione e con la ragionevole durata del processo.

¹⁹ F. SANTORO PASSARELLI, *Variazioni sul contratto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1970, 12, coglie lucidamente le trasformazioni del contratto, originarie, al tempo, dal-

di “collaborazione” e non già di contrapposizione tra diritto privato e diritto pubblico²⁰.

Va riconosciuto che la giurisprudenza ha rappresentato una forza motrice incessante dell’ordinamento, prima e dopo il 1975, acquisendo uno spazio crescente di assoluto spicco nella regolamentazione di fattispecie nuove²¹. Il legislatore, invece, pur presente con leggi recentissime, per molti versi pregevoli, è stato meno tempestivo a tradurre i segni dei tempi in una disciplina congruente con l’assiologia dell’ordinamento, anch’essa non certo statica ma in rinnovamento.

La giuridicità si è sviluppata in due direzioni. C’è stata una linea più netta da tracciare: un «percorso verso l’unificazione dello stato di figlio»²². Un’altra linea - quella che ci interessa di più - seppur ancora incerta nel suo tratto, è di assoluto rilievo. Essa riguarda l’arricchimento del fondamento della filiazione rispetto alla generazione (art. 30, co. 1, Cost.), attraverso l’assunzione di responsabilità della crescita del minore.

La riforma del 1975 ha indubbiamente attuato l’art. 30, co. 1, Cost., ma si è andati ancora più in là, attraverso la rilevanza giuridica

l’irrompere dell’impresa nei rapporti economici e dall’intervento dello Stato nell’economia. L’illustre Maestro non affronta i nuovi problemi con un approccio che guarda al passato, ma cerca di rileggere il contratto in chiave moderna e senza snaturarlo. Egli coglie, ad esempio, da una serie di indici normativi, una nuova funzione del contratto, che oggi il legislatore, la dottrina e la giurisprudenza cercano di rafforzare: esprimere un «assetto equo» (cfr. p. 8). Anche la filiazione e le sue regole giuridiche - il parallelismo non è fuori luogo - sono state sottoposte a sollecitazioni provenienti da più direzioni. Così oggi il giurista si trova immerso in un contesto ordinamentale mutato, ed egli non può rinunciare al suo compito primario di fare ordine, indicando la direzione in cui sta andando la filiazione, che si riassetta, come vedremo, a prescindere da pseudo vincoli assoluti provenienti dalla natura.

²⁰ G. ALPA, *Dal diritto pubblico al diritto privato. Il superamento della dicotomia nel diritto post-moderno*, Modena, 2017, parte II, 42 ss., dimostra come la grande contrapposizione ottocentesca tra ordinamento pubblicistico e ordinamento privatistico sia in netto declino. Di questo declino ha beneficiato sia il diritto privato, con l’affermazione di nuovi diritti, sia il diritto pubblico sotto il profilo di una maggiore efficienza dello Stato (cfr. pp. 54 ss). La filiazione - si può rilevare - è stata interessata da questo fenomeno di compenetrazione tra diritto pubblico e diritto privato. Il maggior guadagno è emerso, come si cercherà di dimostrare, nella rilevanza giuridica che hanno assunto quei rapporti di filiazione, costituiti anche in altri paesi, basati non già sul legame genetico ma sull’affettività.

²¹ Oggi è difficile negare che la giurisprudenza, pur non essendo una fonte formale del diritto, contribuisca, accanto al legislatore, ad ampliare l’ordinamento giuridico. Ha ragione P. PERLINGIERI, *Il principio di legalità nel diritto civile*, in *Interpretazione e legalità costituzionale. Antologia per una didattica progredita*, Napoli, 2012, 198, quando scrive che «la conoscenza delle leggi non è sufficiente per la formazione del giurista» e neppure - si può aggiungere - per scrivere un libro immerso nell’attualità, dove il diritto è in atto, alla ricerca di soluzioni nuove o nel tentativo di ricondurre a coerenza sistematica ciò che appare dirimpente per la tenuta dell’ordine giuridico.

²² G. F. BASINI, *Lo stato di figlio*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da G. Bonilini, Milano, 2016, 3361 ss.

degli affetti. Ciò ha inciso sulla tenuta del sistema, il quale necessita di una rilettura nel pluralismo delle fonti del diritto²³.

2. L'ITINERARIO LEGISLATIVO: RETROCESSIONE DELLA VERITÀ DELLO STATUS FILIATIONIS E RILIEVO DELLA FILIAZIONE DI FATTO.

Dopo la riforma del 1975, seguita alla legge sul divorzio, il legislatore ha ripreso a intervenire significativamente sulla famiglia con le leggi di modifica della disciplina del divorzio (1978 e 1987), con l'introduzione nel 1983 della legge sull'adozione e sull'affidamento dei minori, senza tralasciare la legge sulla interruzione volontaria della gravidanza del 1978²⁴.

Ma è dal 2001 che entrano in vigore diverse normative incidenti sul rapporto tra genitori e figli nella crisi del nucleo familiare e sotto il profilo successorio, con riflessi importanti sul diritto di famiglia. Non è il caso di sviluppare in dettaglio le ragioni che hanno portato a quella che può essere considerata una vasta e appropriata opera legislativa di rafforzamento della posizione giuridica del figlio e del minore, anche affetto da handicap. Solo è utile indicarne due: 1) la circolazione dei principi e dei modelli soprattutto europei²⁵; 2) la tensione

²³ P. GROSSI, *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto*, in Paolo Grossi, a cura di G. Alpa, Roma-Bari, 2011, 19 ss.

²⁴ G. CATTANEO (aggiornamento di M. DOSSETTI), *La famiglia e i rapporti familiari nella costituzionale, nel codice civile e nelle altre leggi ordinarie*, cit., 15-16, segnala come la legge sul divorzio (n. 898/1970) e quella sull'adozione (n. 184/1983) abbiano contribuito fortemente a riformare il diritto familiare. Ma non può sfuggire che le linee di politica del diritto che informano ciascuna di queste due leggi sono, per certi versi, opposte. La disciplina del divorzio e le successive modificazioni palesano un'accentuazione non tanto della privatizzazione - termine, questo, eccessivo - del matrimonio quanto piuttosto del volere dei singoli su taluni profili di esso quale lo scioglimento/cessazione degli effetti civili. Invece, gli istituti riguardanti i minori esprimono un carattere spiccatamente pubblicistico. A quest'ultima considerazione, indubbiamente vera, deve aggiungersi come la volontà del minore dodicenne o capace di autodeterminarsi abbia assunto una rilevanza sempre maggiore, come si è posto in luce nel capitolo precedente.

²⁵ Sul punto esiste una letteratura di grande interesse nella quale si affronta il tema sia dell'armonizzazione del diritto di famiglia al livello dell'Unione europea e, spingendosi oltre e quale conseguenza della stessa armonizzazione, sia della elaborazione di un diritto comune europeo della famiglia: S. PATTI, *Il «principio famiglia» e la formazione del diritto europeo della famiglia*, in *Scritti in memoria di V. Sgroi*, Milano, 2008, 429 ss., dedica un paragrafo apposito ai principi europei della famiglia e alla circolazione dei modelli, rilevando, sulla scorta anche di altri autori come il Cattaneo, come sia in corso un avvicinamento sempre più marcato tra i diversi ordinamenti, in conseguenza anche delle pronunce della Corte EDU. Il che, naturalmente, agevola la circolazione delle famiglie; ID., *Note sulla formazione del diritto europeo della famiglia*, in *Un nuovo diritto di famiglia europeo*, a cura di A. C. Andrini, Padova, 2007, 159 ss.; ivi G. BISOGNI, *Il diritto comunitario e la costruzione di un diritto di famiglia*

inesauribile verso l'attuazione dell'impegno assunto dalla Repubblica di consentire alle persone, soprattutto minori di età, di sviluppare la propria personalità e l'esigenza di accrescere la protezione di questi soggetti deboli²⁶.

Va ricordata la legge n. 154/2001 sugli «*Ordini di protezione contro gli abusi familiari (titolo IX-bis libro I cod. civ.)*», che ha apprestato strumenti di tutela del coniuge, del convivente *more uxorio* e dei figli, legittimi e naturali (cfr. *infra* cap. III-sez. I, § 9).

La legge n. 54/2006 («*Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli*») ha introdotto l'istituto dell'affido condiviso, le cui regole si applicano tanto alla filiazione legittima quanto a quella naturale (art. 4, co. 2, l. n. 54/2006). La crisi del rapporto tra i genitori, sposati o conviventi *more uxorio*, diventa oggetto di una regolamentazione unica nell'interesse del figlio finalizzata a evitare discriminazioni tra le due categorie della filiazione legittima e naturale al tempo esistenti ed oggi bandite dall'intero *corpus* legislativo.

Ma c'è un altro aspetto di rilievo in questa legge che verrà sviluppato in seguito: l'istituto dell'affidamento condiviso è funzionale alla salvaguardia del rapporto genitore-figlio. Tale rapporto assume un rilievo giuridico pervasivo in occasione della crisi di coppia, ma anche nella costituzione dello stato di figlio e del mantenimento della frequentazione con il genitore cosiddetto sociale (cfr. *amplius* cap. III-sez. III).

È da richiamare anche la legge n. 40/2004 («*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*»), poiché essa è coinvolta nel discorso sulla costituzione e conservazione dello stato di figlio e, soprattutto, sul suo fondamento. Interessa l'art. 9 che, con riguardo alla procreazione eterologa, collega lo stato di figlio non già alla derivazione biologica, ma anzitutto all'assunzione di responsabilità, che si è palesata con la scelta della procreazione assistita di tipo eterologo. Da qui l'inapplicabilità delle azioni di stato volte a distruggere lo *status filitio-nis* e la perdita del diritto della donna che ha partorito un bambino a lei non legato biologicamente di non essere nominata nell'atto di nascita.

La filiazione naturale, a ben vedere, guadagnava sempre più terre-

europo, 17 ss.; ivi V. ZAGREBELSKY, *Famiglia e vita familiare nella Convenzione europea dei diritti umani*, 115 ss.; A. FUSARO, *I diritti successori dei figli: modelli europei e proposte di riforma a confronto*, in *Genitori e figli: quali riforme per le nuove famiglie*, Atti del convegno tenutosi a Genova il 4 maggio 2012, in *Notariato-Quaderni*, Milano, 2013, n. 30, 139 ss.; R. PANE, *Il nuovo diritto di filiazione tra modernità e tradizione*, in *Nuove frontiere della famiglia. La riforma della filiazione*, a cura di R. Pane, Napoli, 25 ss.; G. CHIAPPETTA, *Gli status personae e familiae nella giurisprudenza delle Corti sovranazionali*, Napoli, 2012, 66 ss.

²⁶ L. ROSSI CARLEO, *Il diritto del minore a una famiglia: affidamento e adozione*, in *Tratt. di diritto civile*, diretto da N. Lipari-P. Rescigno, *La famiglia*, Milano, 2009, II, 461 ss.;

no sul presupposto, maggiormente radicato nella coscienza sociale, della difficoltà di giustificare discipline a tratti diverse per l'uno e per l'altro tipo di filiazione.

Rimaneva però un relevantissimo profilo di distinzione tra le due categorie di figlio che, nel tempo, ha alimentato una forte e persuasiva critica dottrinale²⁷. Il figlio riconosciuto o dichiarato giudizialmente, in forza della legge n. 151/1975, acquisiva il legame di parentela soltanto col genitore che lo aveva riconosciuto o che era rimasto soccombente nel giudizio di accertamento della genitorialità, non anche con i parenti di lui. Giuridicamente, quindi, il figlio naturale non aveva fratelli, nonni, zii, né cugini.

Quella che a primo acchito poteva apparire una discriminazione, è stata in più occasioni avallata dalla Corte Costituzionale²⁸. La quale ha difeso il primato della famiglia fondata sul matrimonio, affermando che l'equiparazione tra filiazione legittima e filiazione naturale (art. 30, co. 3, Cost.) riguarda soltanto il rapporto (e la sua regolamentazione) che s'instaura tra genitore e figlio. Diverso è, invece, il piano del legame tra il figlio e i parenti del genitore che abbia effettuato il riconoscimento.

Secondo la Consulta, la Costituzione non imporrebbe un eguale trattamento dei figli legittimi e naturali con riguardo all'estensione della nozione di parentela. Soltanto il legislatore avrebbe potuto dettare una regola diversa da quella che limitava l'ambito della parentela del figlio naturale esclusivamente nei riguardi del genitore. Così è intervenuta la legge n. 219/2012 («*Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali*») che ha previsto una parentela ampia - *id est*: nei confronti di tutti i parenti del genitore - anche per il figlio nato fuori del matrimonio.

²⁷ C. M. BIANCA, *I parenti naturali non sono parenti?*, *La Corte costituzionale ha risposto: la discriminazione continua*, in *Giust. civ.*, 2001, 591 ss.; A. PALAZZO, *La filiazione*, Milano, 2007, 568 ss.

²⁸ In questa sintetica ricostruzione storica è utile richiamare alcune pronunce della Corte Costituzionale secondo le quali l'individuazione degli aventi diritto alla successione compete al legislatore (arg. ex art. 42, co. 4, Cost.). Esattamente: n. 363/1988, sulla manifesta infondatezza dell'illegittimità costituzionale dell'art. 565 c.c. nella parte in cui esclude dalla categoria dei chiamati alla successione legittima, in mancanza di altri successibili e prima dello Stato, gli zii naturali riconosciuti o dichiarati del *de cuius*; n. 184/1990, dichiara costituzionalmente illegittimo (perché irragionevole) l'art. 565 c.c. nella parte in cui, in mancanza di altri successibili all'infuori dello Stato, non prevede la successione legittima tra fratelli e sorelle naturali, dei quali sia accertato il rispettivo *status* di filiazione nei confronti del comune genitore; n. 377/1994, sull'incapacità a succedere dei fratelli e sorelle naturali del *de cuius* con precedenza sulla vocazione dei parenti legittimi dal terzo al sesto grado in linea collaterale. D'interesse è anche Corte Cost., n. 532/2000 (rel: F. Santosuosso), secondo cui è costituzionalmente legittimo l'art. 276 c.c. nella parte in cui preclude al figlio naturale non riconosciuto di chiedere, al fine di agire per la dichiarazione giudiziale di genitorialità, la nomina del curatore speciale in caso di premorienza del genitore e dei suoi eredi (a ciò ha posto rimedio la l. n. 219/2012, cfr. *infra* cap. II, § 8).

L'idea forte alla base di questa legge è - sostiene la dottrina²⁹ - la mancanza di ogni fondamento giuridico dell'impostazione normativa precedente che, nella sostanza, faceva ricadere sui figli limitazioni o responsabilità giuridiche che originano da una scelta dei genitori. Ecco perché è stata modificata anche la disciplina dell'incesto, consentendo ai genitori di mala fede di riconoscere il figlio, sia pur a certe condizioni (cfr. *infra* cap. I-sez. II, § 3).

Se la legge n. 219/2012 ha eliminato del tutto quel *favor* di cui ancora beneficiava la filiazione matrimoniale, il decreto legislativo n. 154/2013 ha rideterminato quella linea di politica del diritto protesa a garantire massimamente l'emersione della verità del legame di filiazione. Il legislatore della novella ha limitato la possibilità di portare alla luce la falsità dello stato di figlio; falso perché non basato sul legame genetico tra genitore e figlio.

La finalità di quest'intervento normativo non è certo di attuare la tutela dell'onore e della stabilità del matrimonio, com'era, invece, nell'ordinamento anteriore al 1975. Si è inteso proteggere il minore, garantendogli la conservazione del rapporto di filiazione. Per far ciò il legislatore ha operato sui termini di esercizio delle azioni di stato, le quali rimangono imprescrittibili solo per il figlio (art. 244, coo. 4 e 5 c.c. art. 263, coo. 3 e 4 c.c.). Retrocede così il principio della verità dello *status filitionis*.

Questi nuovi articoli di legge, unitamente ad altre disposizioni, inducono a riflettere non solo sul fondamento del rapporto di filiazione, ma anche, come si vedrà più avanti, sulla rilevanza giuridica della filiazione di fatto.

Intanto è bene indicare altri interventi legislativi successivi alla riforma 2012/2013 che hanno inciso principalmente sulla famiglia, ma che interessano anche la filiazione. È evidente che il concetto di famiglia o, come si esprime l'art. 8 della Cedu, di vita familiare così come ricostruito dalla giurisprudenza della Corte EDU, ha un significativo peso argomentativo per risolvere taluni problemi che creano tensioni con lo *ius positum*.

Il primo è il d.l. n. 132/2014 («*Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile*»), convertito nella legge n. 162/2014. L'art. 6 d.l. cit. esclude l'intervento del tribunale se vi è un accordo tra i coniugi sulla disciplina degli effetti della separazione, del divorzio e sulla modifica delle condizioni dell'una e dell'altro. Esclusione che opera anche in

²⁹ P. SCHELSINGER, *Il d. lgs. n. 154 del 2013 completa la riforma della filiazione*, in *Fam. e dir.*, 2014, 5, 443 ss.; C. M. BIANCA, *La legge italiana conosce solo figli*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1, 1 ss.; M. BIANCA, *L'uguaglianza dello stato giuridico dei figli nella recente L. n. 219 del 2012*, in *Giust. civ.*, 2013, 5-6, 205 ss.; A. GRAZIOSI, *Una buona novella di fine legislatura: tutti i figli hanno uguali diritti dinanzi al tribunale ordinario*, in *Fam. e dir.*, 2013, 3, 263 ss.

presenza di figli minorenni o maggiorenni non economicamente autosufficienti e - si può ritenere - senza attenuarne la tutela.

Quest'ultimo è un profilo delicato perché, prima del decreto legge appena evocato, la tutela dei figli nella crisi coniugale era assicurata esclusivamente dal giudice (cfr. art. 158, co. 2 c.c.). Oggi si è aggiunto un altro soggetto istituzionale nello svolgimento di tale compito e si è concepito l'intervento del giudice come eventuale. Ai sensi dell'art. 6, co. 2, d.l. cit., il Procuratore della Repubblica presso il tribunale competente ha il potere di verificare se l'accordo raggiunto dai coniugi (a seguito di convenzione di negoziazione assistita, cfr. art. 2 d.l. cit.) risponda all'interesse dei figli. In caso positivo, l'accordo è autorizzato, altrimenti esso è trasmesso al presidente del tribunale che fissa l'udienza di comparizione delle parti. Solo a fronte di quest'ultima eventualità, la garanzia della protezione dei figli minorenni (o maggiorenni non autosufficienti economicamente) si sposta sul piano giurisdizionale³⁰.

Non vi è stata, perciò, come talvolta si è scritto, una privatizzazione del diritto di famiglia; forse una tendenza verso quest'ultima, senza però scardinare l'indisponibilità dei diritti del coniuge né di quelli dei figli.

Un'altra legge particolarmente attesa è la n. 55/2015 («*Disposizioni in materia di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio nonché di comunione tra i coniugi*»), che ha introdotto il cosiddetto divorzio breve, riducendo da tre anni a sei o dodici mesi il termine di durata della separazione personale tra coniugi occorrente per sciogliere il matrimonio. Sei o dodici mesi dalla data di comparizione dei coniugi innanzi al presidente del tribunale, a seconda che la separazione sia rispettivamente consensuale o giudiziale³¹.

Questo intervento legislativo non è banale, poiché sottende la finalità di rafforzare la libertà personale e l'autodeterminazione su scelte fondamentali rispetto al valore costituzionale dell'unità familiare.

Un'altra legge di grande interesse, soprattutto per l'oggetto della nostra ricerca, è la n. 173/2015 intitolata «*sul diritto alla continuità affettiva dei bambini e delle bambine in affido familiare*». Essa consente alla famiglia affidataria del minore di poterlo adottare, superando così un divieto di adozione (per gli affidatari) che, nel caso di specie, rischiava di pregiudicare l'interesse concreto del minore. L'art. 1 stabilisce che «il tribunale per i minorenni, nel decidere sull'adozione, tiene conto dei *legami affettivi significativi* e del *rapporto stabile e duraturo*

³⁰ F. DANOVÌ, *I nuovi modelli di separazione e divorzio: una intricata pluralità di protagonisti*, in *Fam. e dir.*, 2014, 12, 1141 ss.

³¹ G. FERRANDO, *Il divorzio breve: un'importante novità legislativa nel solco della tradizione*, in *Corr. giur.*, 2015, 8-9, 1041 ss.; F. DANOVÌ, *Al via il «Divorzio breve»: tempi ridotti ma manca il coordinamento con la separazione*, in *Fam. e dir.*, 2015, 6, 607 ss.

consolidatosi tra il minore e la famiglia affidataria» (così il nuovo comma 5-*bis* aggiunto all'art. 4 l. adoz. dopo il comma 5).

L'interesse particolare per questa legge scaturisce dalla rilevanza giuridica della convivenza e del legame affettivo tra chi non è genitore (i membri della famiglia affidataria) e il minore. Questo dato normativo, unitamente alle disposizioni sopra richiamate sui termini di esercizio delle azioni di stato, consente di sviluppare il discorso sul fondamento della filiazione, legittimando il giudice a dare rilievo al rapporto tra il genitore sociale e il figlio genetico del partner in seguito alla disgregazione della convivenza *more uxorio* (cfr. *amplius infra* cap. III-sez. III, § 6).

Di straordinaria utilità è infine la legge n. 101/2015 di ratifica della Convenzione dell'Aja (19.10.1996) «*sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori*». Lo scopo di questo Trattato è di «rafforzare la protezione dei minori nelle situazioni a carattere internazionale», attraverso regole volte a individuare il giudice competente e la legge applicabile; regole che favoriscano il riconoscimento, l'esecuzione dei provvedimenti e la cooperazione tra Stati.

È utile rimarcare due aspetti della Convenzione dell'Aja: a) l'utilizzo del sintagma responsabilità genitoriale in luogo del lemma potestà (eliminato di recente nel nostro ordinamento); b) la conferma «che il superiore interesse del minore è di rilevanza fondamentale».

Il susseguirsi delle fonti del diritto ha contribuito a delineare la disciplina della filiazione e della responsabilità genitoriale. Istituti, questi, connessi e dominati, come vedremo, dalla centralità del figlio minore d'età.

3. STRUTTURA DELLA LEGGE N. 219/2012, UNICITÀ DELLO STATO DI FIGLIO E DELLA PARENTELA.

La legge n. 219/2012, nonostante la sua intitolazione («*Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali*»), ha inciso significativamente non soltanto sulla parentela naturale, ma anche su più aspetti legati alla filiazione: la condizione del figlio incestuoso (art. 251 c.c.), l'inserimento del figlio nato fuori del matrimonio nella famiglia del genitore coniugato (art. 252 c.c.) e le azioni di stato. Prima di esplicitare ciascuno di questi è opportuno ricordare la struttura della legge.

Essa consta di sei articoli e precisamente: a) l'art. 1, attraverso la tecnica della novellazione, ha apportato diverse modificazioni al codice civile; b) l'art. 2 contiene una delega al Governo a emanare «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'art. 30 della Costituzione, osservando oltre ai principi di cui agli

artt. 315 e 315-*bis* del codice civile, come rispettivamente sostituito e introdotto dalla presente legge», anche determinati principi e i criteri direttivi dettati dallo stesso art. 2». La delega è stata, poi, attuata dal d. lgs n. 154/2014 («*Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione a norma dell'art. 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219*»); c) l'art. 3 ha modificato l'art. 38 disp. att. cod. civ., attraendo nella competenza del tribunale ordinario talune competenze prima proprie del tribunale per i minorenni, oltre ad aver previsto strumenti di tutela dei diritti dei figli agli alimenti e al mantenimento; d) gli artt. 4, 5 e 6 contengono rispettivamente disposizioni transitorie, norme regolamentari di modifica in materia di stato civile e la clausola di invarianza finanziaria.

Indubbiamente l'innovazione rivoluzionaria della legge n. 219/2012 è la statuizione contenuta nell'art. 315 c.c.: «Tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico». È caduta la previgente distinzione tra filiazione legittima e filiazione naturale, sintagmi, questi, cancellati dal codice civile.

Non si è trattato di un'operazione meramente lessicale³², ma vi è stato un preciso guadagno giuridico. Il legislatore, in coerenza con il principio dell'unicità dello stato di figlio, ha esteso il concetto normativo di parentela anche alla filiazione nata fuori del matrimonio. L'art. 74 c.c. stabilisce, infatti, che: «La parentela è il vincolo tra le persone che discendono da uno stesso stipite, sia nel caso in cui la filiazione è avvenuta all'interno del matrimonio, sia nel caso in cui è avvenuta fuori di esso».

In altri termini, se due soggetti hanno uno stipite in comune (*id est*: una persona da cui origina la famiglia), sono *ipso facto* parenti, anche se uno di essi è nato fuori del matrimonio.

A rigore sarebbero bastati questi due articoli - il 315 e il 74 c.c. - per attuare la volontà politica di prevedere un unico concetto di parentela che riguardasse tutti i figli, a prescindere dall'esistenza del rapporto di coniugio tra i genitori. Ma il legislatore del 2012 ha modificato anche l'art. 258, co.1, c.c., aggiungendo un secondo complemento di termine. Letteralmente: «Il riconoscimento produce effetti riguardo al genitore da cui fu fatto e riguardo ai parenti di esso». Ciò comporta che il figlio riconosciuto o dichiarato giudizialmente diventa parente non solo del suo genitore ma anche di tutti i parenti di quest'ultimo.

Abbiamo già ricordato al precedente § 1 che, secondo la Corte Costituzionale, l'equiparazione dei figli naturali a quelli legittimi non fosse imposta dalla Carta fondamentale. Tuttavia, secondo una parte della dottrina³³, si può dubitare che sia così per una pluralità di ragioni: 1)

³² F. CAGGIA, *Il linguaggio del «nuovo» diritto di filiazione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, 2, 235 ss.

³³ C. M. BIANCA, *La famiglia*, Milano, 2014, 327, considera una discriminazione

l'art. 3 Cost. vieta ogni discriminazione basata su «condizioni personali e sociali», tra cui può annoverarsi il tipo di legame intercorrente tra i genitori, legame che non dovrebbe avere ricadute negative sui figli in punto di parentela; 2) il principio personalistico (art. 2 Cost.) subisce una forte limitazione alla luce della ristrettezza dell'ambito della parentela per i figli naturali; 3) risulterebbe non del tutto rispettato l'obbligo posto a carico del legislatore di assicurare ai nati fuori del matrimonio «ogni tutela giuridica e sociale».

Si potrebbe replicare che l'art. 29, co. 1, Cost. riconosca un particolare rilievo alla famiglia fondata sul matrimonio e che l'art. 30, co. 3, Cost. collochi in una posizione leggermente sovraordinata i figli legittimi rispetto a quelli nati fuori del matrimonio. Come si capirà meglio nel prosieguo di quest'indagine, da un lato, la Costituzione non pone al vertice di un'ipotetica scala gerarchica la famiglia fondata sul matrimonio, ma dà rilievo anche a quelle formazioni sociali connotate da rapporti familiari di fatto. Perciò i problemi concreti che impegnano il giurista attengono non già alla giustificazione di un anacronistico e infondato primato del matrimonio, ma piuttosto alla individuazione degli strumenti di tutela dei diritti fondamentali che sorgono per effetto di siffatti variegati rapporti familiari. Dall'altro lato, il criterio costituzionale della compatibilità della tutela dei figli nati fuori del matrimonio con quella dei figli matrimoniali non ha impedito al legislatore - del resto non poteva - di configurare un'unica disciplina del rapporto di filiazione, eliminando ogni diversità.

La questione della conformità alla Costituzione della previgente disciplina era indubbiamente difficile, poiché confliggevano principi e valori costituzionali, anche se - questa volta sì che viene in gioco l'assiologia costituzionale - la persona del figlio "naturale" non può essere sacrificata alle ragioni di una istituzione come il matrimonio né di un'altra categoria di figli.

Ad ogni modo i tempi erano maturi per una rilettura della Costituzione, anche perché il diritto sovranazionale imponeva, come si ricorda nella Relazione conclusiva della Commissione Bianca di riforma della filiazione, di «rimuovere la persistente discriminazione a carico dei figli nati fuori del matrimonio».

L'art. 21 Carta dei diritti fondamentali UE stabilisce, *expressis verbis*, che è vietata «qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare (...) sulla nascita». L'art. 8 CEDU sancisce il diritto di ogni persona «al rispetto della propria vita privata e familiare» e l'art. 14 CEDU è in linea con l'art. 21 Carta UE appena ricordato.

quella perpetrata dalla disciplina previgente nei confronti dei figli nati fuori del matrimonio; ID., *La legge italiana conosce solo figli*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1, 1 ss. (versione in *Leggi d'Italia on line*); M. BIANCA, *Il diritto del minore all' "amore" dei nonni*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 2, 1 ss. (versione in *Leggi d'Italia on line*). Anche F. Prosperi e G. Ferrando in scritti citati *infra* hanno criticato la previgente normativa con riguardo alla parentela naturale.

L'unicità dello stato di figlio è dunque un principio legislativo coerente con queste disposizioni. Rimane il problema di delineare l'ambito applicativo del canone di compatibilità della tutela della filiazione nata fuori del matrimonio con i diritti dei «membri» (non solo dei figli) della famiglia «legittima» (*rectius*: fondata sul matrimonio, cfr. *infra* cap. II § 4). Un canone la cui consonanza con il tempo presente è dubbia, anche se non possono escludersi fattispecie in cui sia necessario comparare la situazione dei figli matrimoniali con quella dei nati fuori del matrimonio. Una era rappresentata dalla commutazione, istituto abrogato nel 2013. L'altra, tuttora vigente, è quella dell'inserimento del figlio nato fuori del matrimonio nella famiglia del genitore coniugato. Anche se non si può far a meno di rilevare fin da subito che una disciplina come quella di cui all'art. 252, coo. 2-5 c.c., si giustifica ugualmente a prescindere dal criterio costituzionale di compatibilità (cfr. *amplius* cap. I-sez. II, § 4).

Vero è che, per effetto della legge n. 219/2012, il matrimonio ha perso la prerogativa di regolamentare in modo più completo la filiazione rispetto alla condizione della prole nata da conviventi *more uxorio*. Ciò ha determinato un rafforzamento di quel fenomeno sociale già in atto da tempo della pluralità dei modelli familiari³⁴. Il principio dell'unicità dello stato di figlio, più che ridimensionare il matrimonio, ha reso maggiormente evidente che la famiglia esiste a prescindere dalla formalizzazione del rapporto tra i genitori.

Il crisma della giuridicità del rapporto è, invece, un elemento di estrema importanza per il figlio che abbia relazioni di tipo familiare. Lo si vedrà compiutamente con riguardo all'ammissibilità dell'adozione in casi particolari richiesta dal partner omosessuale del genitore. Non è però il momento di abbandonare il tema della giuridicità dei legami, affrontando subito nel paragrafo successivo il problema, di grande rilievo, dell'ambito della parentela di cui beneficia l'adottato in casi particolari.

4. IL PROBLEMA DELLA PARENTELA NELL'ADOZIONE IN CASI PARTICOLARI.

Prima di trattare della costituzione della filiazione, è opportuno porre attenzione a un problema interpretativo, piuttosto rilevante, che ha interessato l'art. 74 c.c., la cui soluzione ha diviso la dottrina.

Secondo la lettera dell'articolo, la nozione di parentela opera anche con riguardo al «figlio adottivo», mentre, invece, «il vincolo di parentela non sorge nei casi di adozione di persone maggiori di età, di cui agli artt. 291 e seguenti».

³⁴ G. FERRANDO, *Stato unico di figlio e varietà dei modelli familiari*, in *Fam. e dir.*, 2015, 10, 952 ss.

Non vi è alcun cenno all'istituto adozione in casi particolari (artt. 44 ss. l. adoz.), pertanto non è chiaro se l'esclusione della parentela in senso ampio, prevista testualmente soltanto per l'adozione dei maggiorenni, debba estendersi anche all'adozione in casi particolari. I cui effetti in ordine ai rapporti di parentela sono diversi da quelli dell'adozione piena, in cui l'adottato «acquista lo stato di figlio nato nel matrimonio» (art. 27 l. adoz.).

Nell'adozione piena (artt. 25 ss. l. adoz.) l'adottato entra *pleno iure* nella famiglia del genitore adottante e, contestualmente, «cessano i rapporti dell'adottato verso la famiglia d'origine, salvi i divieti matrimoniali». Invece, nell'adozione in casi particolari, per effetto del richiamo dell'art. 300 c.c. da parte dell'art. 55 l. adoz., vale la regola secondo cui «l'adozione [in casi particolari] non induce alcun rapporto civile tra l'adottante e la famiglia dell'adottato *né tra l'adottato e i parenti dell'adottante (...)*».

Accogliere una soluzione piuttosto che un'altra determina conseguenze successive di non poco conto (cfr. *infra* cap. III-sez. II, § 2). Eppure sul punto si fronteggiano due tesi.

Secondo la prima tesi³⁵, il rinvio all'art. 300, co. 2, c.c. ultimo periodo contenuto nell'art. 55 l. adoz. è incompatibile con la nuova definizione dei vincoli di parentela di cui all'art. 74 c.c. Di conseguenza tale rinvio è da ritenersi tacitamente abrogato.

L'argomento a sostegno fa leva soprattutto sulla lettera dell'art. 74 c.c., che estende la parentela anche nel caso in cui il figlio sia «adottivo». Ciò senza distinguere tra i diversi tipi di adozione, salvo il caso dell'adozione del maggiorenne. Ora, poiché il figlio adottato consegua già, per espressa disposizione di legge, lo stato di figlio nato nel matrimonio (art. 27 l. adoz.), si deve concludere che il sintagma «figlio adottivo» si riferisca all'adozione in casi particolari.

È stato autorevolmente affermato che la soluzione della tacita abrogazione (parziale) del rinvio all'art. 300 c.c. da parte dell'art. 55 l. adoz. «supera una disparità tra le due forme di adozione dei minori [piena e in casi particolari] priva di qualunque motivazione razionale»³⁶.

A questa tesi se ne contrappone un'altra³⁷, del pari autorevole, che interpreta estensivamente l'ultimo periodo dell'art. 74 c.c. L'esclusione del vincolo di parentela opererebbe, oltre che nell'adozione dei maggiorenni (per espressa disposizione), anche nell'adozione in casi particolari. Sostenendo il contrario - si fa osservare - si determinerebbe

³⁵ P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Il nuovo status di figlio e le adozioni in casi particolari*, in *Fam. e dir.*, 2013, 838 ss. (versione *on line*).

³⁶ F. PROSPERI, *Unicità dello «status filiationis» e rilevanza della famiglia non fondata sul matrimonio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2013, 273 ss.

³⁷ M. SESTA, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Fam. e dir.*, 2013, 3, 231 ss.

un'abrogazione dell'art. 55 l. adoz. di cui non v'è traccia né nella l. n. 219/2012 né nel d. lgs. n. 154/2013.

La prima tesi innanzi riassunta stravolgerebbe l'adozione in casi particolari, facendola coincidere, quanto all'ampiezza dei rapporti di parentela, con l'adozione piena. Neppure è configurabile, si aggiunge, una terza via che faccia salvi i caratteri peculiari dell'adozione in casi particolari, ammettendo, contemporaneamente, la coesistenza di rapporti di parentela dell'adottato con gli stipiti dei genitori biologici e con quelli dei genitori adottivi. Ciò confliggerebbe con la struttura (legale) della società familiare cui l'adozione deve conformarsi.

V'è di più. Ritenere che la parentela operi pienamente anche nell'adozione in casi particolari finirebbe con il legittimare una generalizzata adozione piena da parte dei single. Difatti nei casi tassativi di cui all'art. 44 l. adoz., legittimato ad adottare è anche la persona non coniugata (art. 44, co. 3, l. adoz.). La quale potrebbe adottare in casi particolari, quasi con gli stessi effetti dell'adozione piena, posto che l'adottato instaurerebbe un legame di parentela con i parenti dell'adottante.

Ancora: si fa rilevare che la Relazione illustrativa allo schema del decreto legislativo avrebbe accolto la tesi in parola. Lì si sottolinea l'analoga tra l'adozione dei maggiorenni e l'adozione in casi particolari. Due istituti, questi, che condividono quale elemento fondamentale la conservazione dei legami parentali tra adottato e famiglia d'origine, non creandosi alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante.

Si aggiunge infine un ultimo argomento di carattere sistematico. L'unicità delle regole in tema di responsabilità genitoriale, disposta dalla riforma 2012/2013, finisce con l'assegnare una posizione di spicco al principio di bigenitorialità (cfr. *infra* cap. II-sez. I §§ 3 e 16-17). In quest'ottica, l'adozione in casi particolari deve essere ritenuta eccezionale in ragione degli specifici presupposti e dei limitati effetti sulla parentela che essa produce.

Non è facile prendere posizione su quale delle due tesi sopra sintetizzate sia più corretta, essendo entrambe sorrette da argomenti solidi³⁸. Tuttavia la prima - quella che estende la parentela piena anche all'adozione in casi particolari - appare più attenta alla coerenza sistematica dell'esito ermeneutico. Del resto la verifica di sistema dell'interpretazione è un momento ineludibile del lavoro dell'interprete, come ha insegnato Luigi Mengoni, che ha attribuito alla dogmatica proprio tale compito³⁹.

³⁸ A. LA SPINA, *Unicità dello status filiationis e adozioni*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, 3, 803 ss.

³⁹ L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, 48 ss.; P. PERLINGIERI, *L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il brocardo in*

Accostare l'adozione in casi particolari all'adozione del maggiorenne, come nella predetta Relazione illustrativa, appare una forzatura. Mentre il primo tipo di adozione è nato come un istituto di stampo patrimonialistico e la relativa disciplina è rimasta immutata dal 1942, il secondo è volto ad attuare il diritto del minore a crescere in una famiglia quando quella di origine non c'è più o non possa essere recuperata.

Come è stato sostenuto, l'adozione in casi particolari svolge una pluralità di funzioni⁴⁰. Tutte volte a dare una famiglia al minore, per consentirgli di sviluppare la propria personalità. Ed è questa finalità, di enorme rilievo, che impedisce di accomunare tale istituto all'adozione dei maggiorenni, con quanto ne deve conseguire in ordine alla parentela. Oggi, ancora di più per effetto della riforma 2012/2013, la famiglia va intesa in senso ampio, comprensiva dei parenti. La pluralità delle relazioni parentali è un elemento importante che contribuisce a strutturare l'identità del minore.

L'ordinamento giuridico non può ignorare che, sul piano del fatto, la relazione con i parenti di colui che ha adottato in casi particolari si crea comunque. Generalmente l'adottato partecipa al contesto familiare allargato, ove sussistente. L'effetto giuridico deve essere congruente e non scollato dal fatto. Non è questo un auspicio, perché gli argomenti a sostegno della parentela, nel caso in esame, ci sono. Oltre a quello già indicato dell'abrogazione tacita, sostenuto da alcuni autori, se ne può aggiungere un altro, sviluppando proprio quest'ultima considerazione sulla centralità della famiglia per il minore.

L'art. 315-*bis*, co. 2, c.c. prevede il diritto del figlio «di mantenere rapporti significativi con i parenti». Questa disposizione è richiamata dall'art. 48, co. 2, l. n. 184/1983 secondo cui «l'adottante ha l'obbligo di mantenere l'adottato, di istruirlo ed educarlo conformemente a quanto prescritto dall'art. 147 del c.c.», il quale, a sua volta, richiama l'art. 315-*bis* nella sua interezza. Ma allora: se l'adottante, in ragione di que-

claris non fit interpretatio, *il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi*, in *Interpretazione e legalità costituzionale. Antologia per una didattica progredita* (di P. Perlingieri), Napoli, 2012, 127 ss.

⁴⁰ P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Il nuovo status di figlio e le adozioni in casi particolari*, cit., 4, rileva come l'adozione in casi particolari possa riguardare anche minori in stato di abbandono. Lo è l'orfano adottato in casi particolari da una persona che già abbia con il minore un rapporto significativo e che non deve essere necessariamente un parente. L'autore riporta anche l'ipotesi del minore che, nonostante lo stato di abbandono, abbia comunque conservato un «legame affettivo incancellabile» con i genitori, così da giustificare il mantenimento di alcuni legami con la famiglia di origine. Questa situazione si può verificare soprattutto qualora vi sia coinvolto un «grande minore». Qui un'adozione piena potrebbe incontrare l'opposizione del minore stesso, favorevole, invece, a una adozione in casi particolari. Un altro esempio interessante che dimostra la distanza tra l'adozione in casi particolari e l'adozione del maggiorenne è quello in cui la prima è volta a «ricostruire una relazione di bigenitorialità in un quadro familiare ricomposto». Ciò può accadere qualora il padre, disinteressatosi completamente del figlio, dia l'assenso all'adozione (art. 46 l. n. 184/1983) da parte del marito o del nuovo compagno della madre.

sti richiami normativi, deve consentire all'adottato di avere rapporti significativi con i parenti, ciò postula necessariamente che il rapporto di parentela si sia instaurato anche con i membri della famiglia dell'adottato in casi particolari.

Deve ammettersi, in conclusione, che l'art. 74 c.c., nell'utilizzare le parole «...sia nel caso in cui il figlio è adottivo», abbia inteso escludere dalla parentela in senso ampio - *id est* da quella estesa ai membri della famiglia dell'adottante - soltanto l'adozione di persone maggiori di età. L'adottato in casi particolari, quindi, acquisisce rapporti civili di parentela con i parenti dell'adottante, nonostante il richiamo dell'art. 300, co. 2, c.c. da parte dell'art. 55 l. n. 184/1983, da ritenersi tacitamente abrogato.

Rimarrebbe vigente il richiamo al comma 1 dell'art. 300 c.c., in cui si prevede che «l'adottato conserva tutti i diritti e doveri verso la sua famiglia di origine, salve le eccezioni stabilite dalla legge». Non si nasconde perciò che la tesi della tacita abrogazione dell'art. 55 l. n. 184/1983, nella parte in cui richiama l'art. 330, co. 2, c.c. ultimo periodo, determini alcuni problemi. Da un lato essa crea una famiglia, unica nel suo genere, in cui l'adottato acquisisce una parentela piena nei confronti dei parenti dell'adottante, pur conservando diritti e doveri verso la famiglia di origine. L'adottato, insomma, avrebbe due famiglie.

È da osservare, però, che tale ultimo esito non è necessitato, quando, ad esempio, l'adottato in casi particolari è privo di genitori, perché questi ultimi lo hanno abbandonato o sono ignoti o defunti. Ancora: delle due eventuali famiglie, quella scaturita dall'adozione acquisisce un rilievo giuridico maggiore. Difatti la responsabilità genitoriale è esercitata dall'adottante (art. 48, co. 1, l. n. 184/1983) e, quanto al cognome, l'art. 299 c.c. richiamato dall'art. 55 l. n. 184/1983, stabilisce che «l'adottato assume il cognome e lo antepone al proprio», dando così per presupposta proprio l'esistenza di due famiglie⁴¹.

Più delicato, dall'altro lato, è il problema successorio causato dal doppio *status* di figlio dell'adottato in casi particolari e del genitore biologico. Sul punto si rinvia *infra* al cap. III-sez. II-§ 2.

⁴¹ P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Il nuovo status di figlio e le adozioni in casi particolari*, cit., 5, rileva come, sulla base della disciplina dell'adozione in casi particolari, un padre di adozione si sostituisca a quello biologico, il quale tuttavia «non scompare dall'identità personale e giuridica dell'adottato e talvolta nemmeno dall'ambito delle sue effettive relazioni». Ma - egli aggiunge - l'adozione, in un quadro normativo unitario, è comunque disposta al fine di dare al minore, che ne è privo, una famiglia idonea.

5. FILIAZIONE E STATO DI FIGLIO.

La filiazione esiste giuridicamente per il fatto naturale della procreazione. I genitori, attraverso i propri gameti e l'atto funzionale al concepimento, danno vita a un nuovo soggetto (c.d. filiazione di sangue o biologica). In questo tipo di filiazione è irrilevante la volontà di procreare. I doveri e i diritti genitoriali sono direttamente collegati alla nascita (art. 30, co. 1, Cost.) e non già alla intenzione di chi abbia generato.

Diversamente nella filiazione adottiva (o senza procreazione) sono centrali, ai fini della costituzione dello *status* di figlio, l'assunzione di responsabilità da parte degli adottanti e la sentenza del tribunale che provvede all'adozione (art. 25, co. 1, l. adoz.). L'adottato acquista lo stato di figlio nato nel matrimonio degli adottanti (art. 27 l. adoz.).

Questa adozione è qualificata piena per distinguerla dall'adozione in casi particolari (artt. 44 ss l. adoz.) e dall'adozione di persone maggiorenni (artt. 291 ss.), le quali producono effetti in parte diversi da quella piena con riguardo all'estensione dell'ambito della parentela (cfr. *supra* § 3).

La procreazione può essere anche medicalmente assistita [PMA (l. n. 40/2004)], ossia tramite l'impiego di tecniche mediche che consentono di superare problemi di sterilità o di infertilità. Si distingue tra procreazione omologa, quando i gameti provengono dalla coppia desiderosa di avere un figlio, ed eterologa qualora sia necessaria una donazione di gameti, maschili o femminili, da parte di soggetti estranei alla coppia. Quest'ultimo tipo di procreazione, di recente ammesso dalla Corte costituzionale (cfr. *infra* cap. II-sez. II, § 4), si basa sull'assunzione della responsabilità da parte del donatario. Un'assunzione che può essere revocata solo entro certi limiti (artt. 4, co. 3, 6 co. 3 periodo III, e 9 l. n. 40/2004).

Come nel caso della filiazione adottiva del minore d'età, i nati con le tecniche di PMA acquisiscono o lo stato di figli nati nel matrimonio, oppure, stante l'ampiezza dei requisiti soggettivi di accesso alla PMA (art. 5 l. n. 40/2004), quello di figli riconosciuti della coppia (art. 8 l. n. 40/2004).

Può dirsi, quindi, rimanendo a un livello descrittivo, che esiste la filiazione di sangue, quella adottiva e la filiazione nata da una tecnica di PMA.

Più importante è sottolineare che vi è una distinzione giuridica tra il momento in cui sorgono i diritti e i doveri dei genitori (*id est*, come si diceva, la filiazione rileva giuridicamente) e l'acquisizione dello stato di figlio. Secondo un Autore⁴² «la titolarità sostanziale della posi-

⁴² C. M. BIANCA, *La famiglia*, cit., 359.

zione di figlio deriva dal fatto naturale della procreazione», mentre la titolarità formale dello stato di figlio necessita dell'intervento amministrativo dello stato civile. In altri termini, senza titolo non c'è stato di filiazione, pur sussistendo i doveri genitoriali (e quindi i diritti, sebbene non tutti, del figlio) di cui all'art. 30, co. 1 Cost.

La nascita è, dunque, un fatto da cui l'ordinamento fa discendere i diritti del nato nei confronti dei genitori; lo stato di figlio è, invece, legato alla formazione del titolo.

Quest'ultimo assunto trae argomento dall'art. 252 c.c., il quale subordina al riconoscimento del figlio nelle forme di cui all'art. 254 c.c. (ad un atto e non ad un fatto) l'inserimento dello stesso nella famiglia matrimoniale di uno dei genitori. In coerenza con ciò, la rubrica dell'art. 279 c.c. non utilizza la parola figlio con riguardo ai diritti dei figli non riconoscibili. Inoltre questo stesso articolo non attribuisce ai medesimi il diritto di vivere in famiglia.

Anche l'art. 573 c.c., conservato dalla riforma 2102/2013, consente di fondare la distinzione tra titolarità sostanziale e titolarità formale dello stato di figlio. Esso, sotto il profilo ereditario, lega l'applicabilità delle disposizioni sulla successione dei figli nati fuori dal matrimonio al riconoscimento o alla dichiarazione giudiziale, salvo la disciplina di cui all'art. 580 c.c. sui diritti successori dei figli non riconoscibili (cfr. *infra* cap. III-sez. II § 3).

Insomma il piano dello stato di figlio è diverso e ulteriore rispetto a quello dei diritti e dei doveri che scaturiscono dal fatto della procreazione.

6. (SEGUE) L'INDIVIDUAZIONE DEI GENITORI.

La costituzione dello *status filiationis* postula l'individuazione dei genitori. A tal fine il legislatore ha previsto meccanismi diversi, sostanzialmente confermati dalla riforma 2012/2013, a seconda che la nascita avvenga nel matrimonio o fuori da esso.

La madre è il genitore più facile da identificare, secondo l'antico brocardo latino «*mater semper certa est pater numquam*». La certezza si lega a eventi oggettivi quali la gravidanza e il parto. Il legislatore del codice civile del 1942 non poteva che codificare la regola espressa dall'art. 269 co. 3, c.c.: «La maternità è dimostrata provando l'identità di colui che si pretende essere figlio e di colui che fu partorito dalla donna, la quale si assume essere madre».

Non va sottaciuto, tuttavia, che l'insegnamento antico della certezza materna, quanto meno su un piano fattuale, è stato intaccato dalla maternità surrogata (cfr. *infra* cap. II-sez. II, § 8) e da possibili errori nel procedimento di procreazione medicalmente assistita come nel caso, avvenuto in Italia, dello scambio di embrioni (cfr. *infra* cap. II-sez. II, § 7).

Il brocardo citato esplicita, in seno alla sua formulazione, la diffi-

coltà nel ricercare la figura paterna. Per favorire tale ricerca il legislatore si è avvalso delle presunzioni, che operano soltanto se i genitori sono sposati tra loro. La prima è contenuta nell'art. 231 c.c., rubricato «paternità del marito», il quale stabilisce che «Il marito è padre del figlio concepito o nato durante il matrimonio». Questa regola è giustificata dalla presumibile osservanza da parte della donna dell'obbligo di fedeltà scaturente dal matrimonio⁴³. In coerenza con ciò, l'art. 8 d.lgs. n. 154/2013 ha aggiunto al testo previgente dell'art. 231 c.c. anche l'essere nato nel matrimonio.

Naturalmente si tratta di una presunzione relativa (c.d. *iuris tantum*) che ammette la prova contraria attraverso l'azione di disconoscimento della paternità (art. 243-*bis* c.c.).

L'altra presunzione è quella di concepimento durante il matrimonio, che si ha quando «non sono ancora trascorsi trecento giorni dalla data dell'annullamento, dello scioglimento o della cessazione degli effetti civili del matrimonio» (art. 232, co. 1, c.c.). All'opposto, la presunzione non opera quando sono già trascorsi «trecento giorni dalla pronuncia di separazione giudiziale o dalla omologazione di separazione consensuale, ovvero dalla data della comparizione dei coniugi avanti al giudice quando gli stessi sono stati autorizzati a vivere separatamente nelle more del giudizio di separazione o dei giudizi previsti nel comma precedente» (art. 232, co. 2, c.c.).

Si aggiunge che qualora la separazione personale si fondi su un accordo raggiunto a seguito della convenzione di negoziazione assistita tra coniugi (art. 6 d.l. n. 132/2014 convertito in l. n. 162/2014), il termine di trecento giorni decorre, invece, dalla data di sottoscrizione di detto accordo, la cui autografia è certificata dagli avvocati. È stato, infatti, chiarito dalla Circolare del Ministro dell'Interno n. 16/2014 che la data dalla quale decorreranno gli effetti degli accordi di cui all'art. 6 d.l. n. 132/2014 «è quella della data certificata negli accordi stessi» (ciò vale anzitutto per la decorrenza del termine di durata della separazione necessario per proporre la domanda di divorzio).

Se sono trascorsi trecento giorni è consentito ai coniugi o ai loro eredi di provare che il concepimento è comunque avvenuto nel matrimonio o durante la convivenza, in ragione della più lunga durata della gravidanza (art. 234 c.c.).

La presunzione di paternità non deve ingannare sul momento in cui viene ad esistenza lo stato di figlio. È stato rilevato da un'autorevole dottrina che essa «presuppone ed è integrativa del titolo dello stato di figlio, senza il quale detto stato non si configura»⁴⁴. È dalla formazione dell'atto di nascita (cfr. *infra* § 7), redatto dall'ufficiale dello stato civile, che

⁴³ G. BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, Torino, 2014, 297.

⁴⁴ G. BONILINI, *op. loc. ult. cit.*

può dirsi esistente lo stato di figlio, sebbene fin dalla nascita sorgano, come si diceva, doveri e diritti in capo ai genitori (art. 30, co. 1, Cost.).

Se lo stato di figlio è legato al titolo, ne consegue che ove la madre abbia dichiarato la nascita del figlio fuori del matrimonio non possa operare la presunzione di paternità. Pertanto non sarà necessario agire con l'azione di disconoscimento della paternità, né è precluso il riconoscimento da parte del genitore biologico o la dichiarazione giudiziale di paternità⁴⁵. Del resto se così non fosse, verrebbe disapplicata la regola che ammette il riconoscimento da parte della madre sposata del figlio adulterino.

Si aggiunga che la madre ha diritto di chiedere di non essere nominata nell'atto di nascita (art. 30, co. 1, d.P.R. 396/200 ordinamento dello stato civile, di seguito o.s.c.); ciò preclude l'attribuzione della paternità in capo al marito della stessa. In definitiva la madre liberamente condiziona l'attribuzione dello *status filiationis*. Un'attribuzione che, con riguardo alla filiazione nata nel matrimonio, è automatica, non dovendo i genitori compiere un atto specifico, ma solo rendere la dichiarazione di nascita per consentire all'ufficiale dello stato civile di redigere l'atto di nascita.

Diversamente, se la filiazione è nata fuori del matrimonio non opera alcuna presunzione. La ragione sta nell'assenza di un legame giuridico tra i genitori. Così la legge ha previsto l'atto di riconoscimento (art. 254 c.c.), essenziale affinché si crei lo stato di figlio.

Se nessuno dei genitori provvede al riconoscimento del figlio, questi è denunciato come «di ignoti» e l'ufficiale dello stato civile deve darne segnalazione entro dieci giorni al giudice tutelare per l'apertura della tutela (art. 343 c.c.).

7. L'ATTO DI NASCITA.

L'atto di nascita (art. 236 c.c.) apre il capo II del titolo VII del libro I del codice civile. Il capo è intitolato «Delle prove della filiazione», ma questa intitolazione è un'iperbole, non svelando del tutto la funzione dell'atto di nascita. Il quale, come ha rilevato un'attenta dottrina⁴⁶, non è, sotto il profilo della qualificazione, soltanto un mezzo di prova legale - nella specie documentale - dello stato di figlio, ma costituisce un presupposto necessario per l'esistenza di quest'ultimo (che è aspetto diverso dalla titolarità sostanziale) o, quanto meno, secondo altra impostazione, del godimento dello *status* che compete al nato⁴⁷.

⁴⁵ È sempre G. BONILINI, *op. loc. ult. cit.*, a chiarire questi aspetti riferendo il pensiero di altri interpreti.

⁴⁶ C. M. BIANCA, *La famiglia*, cit., 360-361.

⁴⁷ G. BISCONTINI, *La filiazione legittima*, in *Tratt. Bonilini-Cattaneo, Filiazione a adozione*, Torino, 2007, 67.

L'atto di nascita ha, quindi, natura di «titolo di stato»⁴⁸ o, secondo un'altra impostazione, di «atto di certazione»⁴⁹.

Secondo la tesi prevalente⁵⁰, cosiddetta dell'autosufficienza, l'atto di nascita documenta tutti i requisiti della filiazione matrimoniale: 1) maternità, 2) matrimonio, 3) concepimento in costanza di matrimonio, 4) paternità biologica. Diversamente, secondo un'altra tesi più risalente (nota come dell'integrazione)⁵¹, l'atto di nascita proverebbe solo la maternità, mentre la prova del matrimonio dovrebbe essere fornita con l'atto di celebrazione del matrimonio.

Se il figlio nasce fuori dal matrimonio, l'atto di nascita, per costituire prova della filiazione, deve essere integrato dall'atto di riconoscimento che può essere fatto nello stesso atto di nascita (art. 254 c.c. e art. 29, co. 2, d.P.R. 396/2000, ord. stato civ.).

L'atto di nascita, conferendo certezza al fatto in esso enunciato, cioè alla nascita del soggetto da un madre e da un padre uniti in matrimonio (o non sposati), determina sia un effetto preclusivo verso ogni altra diversa assunzione sia, in stretta connessione con questo, un effetto costitutivo della qualificazione di figlio nato nel matrimonio⁵².

La redazione dell'atto di nascita compete all'ufficiale dello stato civile, il quale deve aver ricevuto la dichiarazione di nascita (art. 29 ord. stato civ.), resa generalmente da uno dei genitori, rispettando l'e-

⁴⁸ G. M. UDA, *La filiazione legittima*, in *Diritto della famiglia*, Milano, 2011, 786, chiarisce benissimo questo aspetto scrivendo che «senza la documentazione della nascita il parto della donna coniugata non assumerebbe rilevanza giuridica poiché non emergerebbe verso l'esterno, nella vita sociale. Non assumendo rilievo il parto della donna coniugata, di conseguenza, non potrebbe operare la presunzione di paternità, di modo che sia la maternità sia la paternità rimarrebbero dei dati strettamente connessi alla persona, non rilevanti per l'ordinamento e quindi non idonei a determinare lo *status* di figlio legittimo. Viceversa (...) il parto della donna coniugata assume rilievo verso il mondo esterno il che consente la operatività della presunzione di paternità, con la conseguenza che in ambito sociale al nato vengono ricondotte la paternità e la maternità dei genitori, tra loro coniugati sicché in tal modo il nato assume lo *status* di figlio legittimo [oggi si deve adoperare il sintagma di figlio nato nel matrimonio]».

⁴⁹ G. M. UDA, *La filiazione legittima*, cit., 788, riprende e accoglie questa tesi elaborata da Massimo Severo Giannini. Gli atti di certazione sono quegli atti che «promano dallo Stato e da altri enti pubblici, tramite i quali viene conferita "certezza legale" a fatti altrimenti esistenti ma privi di certezza e quindi non riconoscibili o non identificabili dalla generalità dei consociati. La certezza scaturente dall'atto di certazione consente ai fatti che ne sono oggetto, di produrre gli effetti verso la stessa generalità dei consociati; effetti che, prima della loro certezza, non erano in grado di produrre. Gli atti di certazione, oltre a determinare la certezza pubblica dei fatti, creano delle qualificazioni giuridiche che costituiscono delle entità giuridicamente rilevanti e che vincolano l'intera collettività». I consociati, quindi, sono tenuti ad assumere come certo il fatto indicato dall'atto di nascita, potendolo disconoscere soltanto attraverso le azioni di stato.

⁵⁰ M. MANTOVANI, *La filiazione legittima*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, Trattato diretto da G. Ferrando, Bologna, 2007, 320 ss. e ivi altri autori citati.

⁵¹ A. CICU, *La filiazione*, cit., 5-7.

⁵² G. M. UDA, *La filiazione legittima*, cit., 788.

ventuale volontà della madre di non essere nominata (art. 30, co. 1, ord. stato civ.). A tale dichiarazione si accompagna l'attestazione di avvenuta nascita, «contenente la generalità della puerpera, nonché le indicazioni del comune, ospedale, casa di cura o altra luogo ove è avvenuta la nascita, del giorno e dell'ora della nascita e del sesso del bambino» (art. 30, co. 2, o.s.c.).

Si prevede una semplificazione qualora la dichiarazione *de qua* sia resa entro tre giorni dalla nascita: destinatario di essa può essere la direzione sanitaria dell'ospedale o della casa di cura in cui è avvenuto il parto, invece che il comune di nascita (in tale ultima ipotesi vige un termine più lungo di dieci giorni dalla nascita). Nel primo caso, quello semplificato, «la dichiarazione può contenere anche il riconoscimento contestuale di figlio [nato fuori del matrimonio] che, unitamente all'attestazione di nascita, è trasmessa, ai fini della trascrizione, dal direttore sanitario all'ufficiale dello stato civile del comune nel cui territorio è situato il centro di nascita o, su richiesta dei genitori, al comune di residenza (...)».

Se la dichiarazione è fatta in ritardo, ossia dopo più di dieci giorni dalla nascita, l'art. 31 d.P.R. 396/2000 prevede una specifica disciplina, così come nel caso di omessa dichiarazione (art. 32 d.P.R. 396/2000).

L'atto di nascita è parte dei registri dello stato civile, tenuti in ogni comune, attraverso i quali si attua la pubblicità-notizia delle principali vicende della vita umana: nascita, cittadinanza, matrimonio e morte. Questi registri sono pubblici (art. 450, co. 1, c.c.).

Posti questi cenni alla natura e alla disciplina dell'atto di nascita, giova ripetere in termini diversi che esso costituisce il titolo (formale) dello stato di figlio (arg. ex art. 236, co. 2, c.c.) opponibile *erga omnes*. La titolarità sostanziale della posizione di figlio deriva, invece, non solo dalla procreazione, com'è noto in forza dell'art. 30, co. 1, Cost., ma anche dal rapporto di fatto. Titolarità sostanziale che non è affatto irrilevante, come si vedrà trattando del rapporto tra il minore e l'adulto che si sia comportato come fosse il genitore. È questa una fattispecie nuova non priva di indici normativi di rilevanza giuridica.

Chi volesse contestare le risultanze dell'atto di nascita ottenendone una modifica deve agire con le azioni di stato. Solo al passaggio in giudicato della sentenza è possibile chiedere la rettificazione dell'atto dello stato civile.

Nell'atto di nascita sono indicati diversi elementi, alcuni dei quali già contenuti nella dichiarazione di nascita: il luogo, l'anno, il mese, il giorno e l'ora della nascita, le generalità, la cittadinanza, la residenza dei genitori sposati e di quelli che hanno effettuato il riconoscimento o espresso in atto pubblico il proprio consenso ad essere nominati, il sesso del bambino e il nome che gli viene dato (art. 29, co. 2, ord. stato civ.).

Al nome occorre dedicare un apposito paragrafo, soprattutto perché la disciplina dell'attribuzione del cognome, che attribuiva prevalenza al patronimico, non ha più retto all'emersione dirompente, nella

dimensione giuridica interna e sovranazionale, del diritto all'identità personale del minore (cfr. *infra amplius* § 8).

8. IL NOME, IL DIRITTO ALL'IDENTITÀ DEL MINORE E IL DIRITTO DI CONOSCERE LE PROPRIE ORIGINI.

Il nome è un diritto di ogni persona (art. 6 c.c.) che non può restare inattuato, tant'è che quando sono sconosciuti i genitori è l'ufficiale dello stato civile a imporre il nome e il cognome al nato (art. 29, co. 5, ord. stato civ.).

L'art. 6, co. 2, c.c. stabilisce che «nel nome si comprendono il prenome e il cognome».

Vi sono taluni limiti all'attribuzione del nome quali, tra l'altro, il divieto di «imporre al bambino lo stesso nome del padre vivente, di un fratello o di una sorella viventi, un cognome come nome, nomi ridicoli o vergognosi» (art. 34, co. 1, ord. stato civ.).

Un limite nuovo è stato introdotto dalla legge n. 219/2012 che ha sostituito l'art. 35 ord. stato civ. con il seguente nuovo testo: «Il nome imposto al bambino deve corrispondere al sesso e può essere costituito da un solo nome o da più nomi, anche separati, non superiori a tre» (co. 1). Qualora siano stati scelti più nomi, «negli estratti e nei certificati rilasciati dall'ufficiale dello stato civile e dall'ufficiale di anagrafe deve essere riportato il primo dei nomi» (art. 35, co. 2, ord. stato civ.).

Mentre la scelta del prenome compete ad ambedue i genitori, i quali devono accordarsi, i figli la cui nascita sia avvenuta in costanza di matrimonio assumono automaticamente il cognome del padre. Ciò in forza di una norma di legge non già esplicita ma, come ha osservato la dottrina, di sistema, implicita⁵³.

Uno degli indici della prevalenza del patronimico è desumibile dall'art. 262, co. 1, c.c., secondo cui se i genitori hanno effettuato contemporaneamente il riconoscimento del figlio, questi assume il cognome del padre. Ci sarebbe, quindi, una preferenza per la trasmissione del cognome paterno. Emblematico è anche il disposto dell'art. 299, co. 3, c.c. ai sensi del quale «Se l'adozione [di persona maggiore di età] è compiuta dai coniugi, l'adottato assume il cognome del marito».

Un altro indice lo si ricava dal comma 2 dell'art. 262 c.c. da cui emerge, in ragione della sostituibilità del cognome paterno a quello materno, una maggiore rilevanza del primo.

Questo è l'impianto normativo sul quale, di recente, ha inciso una sentenza della Corte costituzionale⁵⁴, con la quale si è preso atto che la

⁵³ G. BONILINI, *op. ult. cit.*, 300.

⁵⁴ Corte cost., n. 286/2016 (rel.: G. Amato), in *www.ilcaso.it*.

regola del patronimico non era più compatibile con l'attuale sistema delle fonti del diritto. Essa confligge con la tutela multilivello dei diritti, con la giurisprudenza interna ed europea e, non ultimo, con l'evoluzione della coscienza sociale⁵⁵.

La Corte costituzionale, in più pronunce antecedenti a quella sopra richiamata del 2016⁵⁶, pur dichiarando inammissibile la questione di legittimità costituzionale di quelle disposizioni che precludono la scelta del doppio cognome, ha giudicato tale preclusione in contrasto con il valore costituzionale dell'eguaglianza tra uomo e donna e col diritto europeo e internazionale. Ciò nonostante la Consulta non ha cancellato la normativa censurata, perché altrimenti si sarebbe creato un pericoloso «vuoto di regole». Per evitare il quale, la Corte avrebbe dovuto effettuare, a suo dire, un'«operazione manipolativa» esorbitante dai propri poteri.

Certo, i molteplici disegni di legge già presentati nelle passate legislature dimostrano, *de iure condendo*, come la regola del doppio cognome possa essere attuata in modi diversi, perciò è indispensabile un intervento del legislatore. Ma l'affermazione della Consulta secondo cui una legge incostituzionale, da modificare secondo più soluzioni a scelta del potere politico, resisterebbe alla dichiarazione di incostituzionalità non persuade, non essendo possibile ritagliare ambiti sottratti al giudizio di costituzionalità⁵⁷. Opinando diversamente si consenti-

⁵⁵ V. CARBONE, *La disciplina italiana del cognome dei figli nati dal matrimonio*, in *Fam. e dir.*, 2014, 3, 205 ss.

⁵⁶ Corte cost. ord., n. 176/1988 (rel.: L. Mengoni) e Corte cost. ord., n. 586/1988 (rel.: L. Mengoni). Già in queste due pronunce di inammissibilità si sottolineava come una regola diversa dall'attribuzione automatica del cognome paterno sarebbe più «consentane[a] all'evoluzione della coscienza sociale», «più rispettos[a] dell'autonomia dei coniugi» e maggiormente in grado di conciliare i due principi sanciti dall'art. 29, co. 2, Cost. (*id est*: l'uguaglianza morale e giuridica tra i coniugi e l'unità familiare). In un'altra pronuncia, Corte cost., n. 61/2006 (rel.: A. Finocchiaro), sempre di inammissibilità, il giudice rimettente (la Cassazione) motiva adeguatamente la questione di legittimità costituzionale invocando gli artt. 2, 3 e 29, co. 2, Cost., cui la Consulta aggiunge il riferimento alla Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna, adottata a New York, il 18.12.1979 (in part. art. 16) ratificata dall'Italia con l. n. 132/1985, a due raccomandazioni del Consiglio d'Europa, a una risoluzione sull'uguaglianza tra i genitori nell'attribuzione del cognome e ad alcune sentenze della Corte EDU.

Nell'ordinanza della Corte cost. si riconosce che la regola del patronimico è un retaggio della concezione patriarcale della famiglia come espressione della *patria potestas*. In termini analoghi si è espressa Corte cost. ord., n. 145/2007 (rel. A. Finocchiaro) sull'inammissibilità della questione di costituzionalità dell'art. 262, co. 1, secondo periodo.

⁵⁷ In diverse pronunce la Corte costituzionale - lo rilevano le parti reclamanti costituite dinanzi alla Corte costituzionale nel giudizio sfociato nella sent. n. 286/2016 cit. - ha affermato che a fronte di «un *vulnus* costituzionale, non sanabile in via interpretativa - tanto più se attinente a diritti fondamentali - la Corte è tenuta comunque a porvi rimedio: e ciò, indipendentemente dal fatto che la lesione dipenda da quello che

rebbe la vigenza di una norma incostituzionale fintantoché il legislatore non intervenga.

Effettivamente, nel caso della necessaria trasmissione automatica del cognome paterno, il rilievo della violazione del principio di uguaglianza o - come si è espressa la Corte EDU⁵⁸ - della discriminazione sulla base del sesso è reale. Il ragionamento della Corte europea muove dal dato secondo cui il cognome di una persona, «in quanto mezzo determinante di identificazione personale e di ricongiungimento ad una famiglia (...), ha a che fare con [il diritto alla] vita privata e familiare», sancito dall'art. 8 Cedu.

Questo diritto, secondo l'art. 8, co. 2, Cedu, può essere limitato dalla legge solo nei casi tassativamente indicati in tale comma. Inoltre il legislatore, nel porre un limite, deve far sì che vi sia proporzione tra il mezzo impiegato (ad esempio un divieto normativo) e lo scopo perseguito. Ora, secondo la Corte EDU, l'impossibilità per i coniugi italiani di scegliere quale cognome attribuire al figlio, essendo obbligatoria la trasmissione del cognome paterno, non costituisce una misura necessaria per tutelare gli interessi pubblici dell'unità della famiglia e dell'identificazione delle persone in relazione alla loro origine.

L'effetto che il sistema italiano realizza è quello di discriminare la donna in ragione del sesso, a beneficio del vero scopo perseguito dal legislatore: mantenere un privilegio per il padre quale specchio di una concezione patriarcale della famiglia che è, invero, tramontata⁵⁹. È, quindi, pienamente giustificato l'invito che la Corte EDU ha rivolto allo Stato italiano di adottare una nuova normativa sul cognome, ad oggi non ancora entrata in vigore.

la norma prevede o, al contrario, da quanto la norma (o, meglio, la norma maggiormente pertinente alla fattispecie in discussione) omette di prevedere (...). Spetterà, infatti, da un lato, ai giudici comuni trarre dalla decisione i necessari corollari sul piano applicativo, avvalendosi degli strumenti ermeneutici a loro disposizione; e, dall'altro, al legislatore provvedere eventualmente a disciplinare, nel modo più sollecito e opportuno, gli aspetti che apparissero bisognevoli di apposita regolamentazione (sentenza n. 113 del 2011; nello stesso senso, sentenze n. 78 del 1992 e n. 59 del 1958)». Quindi la Consulta interviene non soltanto sulla previsione normativa costituzionalmente illegittima, ma anche su quanto la norma non abbia previsto, introducendo così nell'ordinamento una nuova norma discendente direttamente dalla Costituzione.

⁵⁸ Corte EDU, 7.1.2014, causa *Cusan e Fazzo c. Italia*, ric. n. 77/07. Nel caso di specie una coppia di coniugi italiana lamentava di non aver potuto scegliere, all'atto di nascita, di imporre alla figlia il solo cognome materno, pur essendoci un accordo in tal senso tra i genitori. Soltanto dopo tredici anni dalla nascita, le autorità italiane hanno consentito alla madre, ai sensi dell'art. 84 d.P.R. 396/2000 (*ordinamento dello stato civile*), di aggiungere il proprio cognome a quello del marito. La coppia, pertanto, non ha potuto realizzare pienamente il proprio volere. Gli artt. 84-88 del citato d.P.R. sono stati abrogati dal d.P.R. n. 54/2012 e sostituiti con gli artt. 89-92. Il nuovo art. 89 consente di aggiungere al proprio un altro cognome, attraverso una domanda al prefetto corredata dalle ragioni che ne costituiscono il fondamento.

⁵⁹ M. TRIMARCHI, *Il cognome dei figli: un'occasione perduta dalla riforma*, in *Fam. e dir.*, 2013, 3, 243 ss.

Il divieto del doppio cognome è una disposizione sproporzionata, perciò non necessaria, in aperta violazione dell'art. 8, co. 2, Cedu.

D'accordo è la dottrina che ha sottolineato l'incostituzionalità dell'attuale normativa, sotto il profilo della lesione del diritto fondamentale all'identità personale del nato (art. 2 Cost.). Identità che si inverte, nel suo rilievo interno ed esterno alla persona, facendo emergere, attraverso l'attribuzione del doppio cognome, la discendenza da entrambi i genitori. Il che, oltretutto, non solo attua il principio dell'uguaglianza tra i coniugi, ma concretizza, più efficacemente, il principio dell'unità familiare. Come negare infatti che a tenere unita la famiglia sia la condivisione delle decisioni e non certo le imposizioni legislative su questioni di primaria importanza?

Quest'ultimo argomento è stato accolto dalla Corte costituzionale nella sentenza del 2016⁶⁰, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale di alcuni articoli del codice civile e dell'ordinamento dello stato civile⁶¹ nella parte in cui prevedono, quale norma implicita, l'automatica attribuzione del cognome paterno al figlio nato nel matrimonio, in presenza di una volontà contraria dei genitori. La Consulta ha censurato l'assolutezza dell'automatismo del patronimico. I coniugi e i genitori conviventi di fatto devono poter scegliere, al momento della nascita (e per effetto della pronuncia *de qua* potranno) se attribuire al figlio anche il cognome materno.

La regola del patronimico, secondo la Corte costituzionale, oltre a contrastare con la finalità di garantire l'unità familiare (art. 29, co. 2,

⁶⁰ È interessante notare che il potere del legislatore di incidere sul principio dell'uguaglianza morale e giuridica al fine di garantire l'unità familiare (art. 29, co. 2, Cost.) non è illimitato e non attinge il proprio contenuto dalla mera *voluntas del conditor iuris*. La Consulta fin dal 1970 ha instaurato una dipendenza dell'unità familiare dall'uguaglianza tra i coniugi. È proprio la regola che impedisce alla donna sposata di trasmettere il cognome a minare l'unità della famiglia. Afferma Corte cost., n. 286/2016, cit. che «come già osservato da questa Corte sin da epoca risalente, «è proprio l'eguaglianza che garantisce quella unità e, viceversa, è la diseguaglianza a metterla in pericolo», poiché l'unità «si rafforza nella misura in cui i reciproci rapporti fra i coniugi sono governati dalla solidarietà e dalla parità» (sentenza n. 133 del 1970). La perdurante violazione del principio di uguaglianza «morale e giuridica» dei coniugi, realizzata attraverso la mortificazione del diritto della madre a che il figlio acquisti anche il suo cognome, *contraddice, ora come allora, quella finalità di garanzia dell'unità familiare*, individuata quale *ratio* giustificatrice, in generale, di eventuali deroghe alla parità dei coniugi, ed in particolare, della norma sulla prevalenza del cognome paterno. Tale diversità di trattamento dei coniugi nell'attribuzione del cognome ai figli, in quanto espressione di una superata concezione patriarcale della famiglia e dei rapporti fra coniugi, non è compatibile né con il principio di uguaglianza, né con il principio della loro pari dignità morale e giuridica».

⁶¹ Esattamente si tratta degli artt. 237, 262, co. 1, 299, co. 3, c.c., art. 72, co. 1, regio decreto 9.7.1939, n. 1238 (Ordinamento dello stato civile) e artt. 33 e 34 d.P.R. 3.11.2000, n. 396 (Regolamento per la divisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'art. 2, co. 1, l. 15.5.1997, n. 127).

Cost.) lede anzitutto «la piena ed effettiva realizzazione del diritto all'identità personale [del figlio], che nel nome trova il suo primo ed immediato riscontro (...)». L'identità, quale diritto «avente una copertura costituzionale assoluta ai sensi dell'art. 2 Cost», si forma nel tempo. Essa ha una sua storia che inizia dall'attribuzione del nome ed è un elemento decisivo per conformare la regola giuridica⁶².

Ma l'identità del minore non è un elemento della personalità necessariamente legato alla derivazione genetica. Essa si forma attraverso il rapporto con la figura genitoriale, sia questa giuridica, incentrata sulla generazione, o di fatto, ossia esistente per effetto di un'assunzione di responsabilità. Il tema del cognome si lega alla storia familiare, alle origini del nato e sottintende non tanto una primazia della derivazione genetica quale fondamento della filiazione, quanto piuttosto il bisogno esistenziale di sentirsi legato a chi abbia assunto il ruolo del genitore.

La storia delle proprie origini può rilevare anche in un senso meramente conoscitivo, senza che via sia né possa esservi manifestazione di essa attraverso l'assunzione del cognome. Qui vengono in rilievo la figura della madre anonima che ha abbandonato il figlio e il desiderio di quest'ultimo di identificarla una volta divenuto maggiorenne.

Su tale tematica interessa rilevare il seguente aspetto: la giurisprudenza interna⁶³ e sovranazionale⁶⁴ che ha enucleato e valorizzato il

⁶² La Corte cost., n. 286/2016, cit., coglie l'ascesa che ha riguardato il diritto all'identità personale con queste parole: «il processo di valorizzazione del diritto all'identità personale è culminato nella recente affermazione, da parte di questa Corte, del diritto del figlio a conoscere le proprie origini e ad accedere alla propria storia parentale, quale «elemento significativo nel sistema costituzionale di tutela della persona» (sentenza n. 278 del 2013).

⁶³ Corte cost., n. 278/2013, in *Fam. e dir.*, 2014, 1, 11 ss. con nota di V. CARBONE, *Un passo avanti del diritto del figlio, abbandonato e adottato, di conoscere le sue origini rispetto all'anonimato materno*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 4, 1029, con note di J. LONG, *Costituzionalmente illegittima l'irreversibilità dell'anonimato del parto*, e di V. MARCENÒ, *Quando da un dispositivo di incostituzionalità possono derivare incertezze*, in *Corr. giur.*, 2014, 4, 471 ss., con nota di T. AULETTA, *Sul diritto dell'adottato di conoscere la propria storia: un'occasione per ripensare alla disciplina della materia*, dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 27, co. 7, l. n. 184/1983, per violazione degli artt. 2 e 3 Cost., «nella parte in cui non prevede - attraverso un procedimento, stabilito dalla legge che assicuri la massima riservatezza - la possibilità per il giudice di interpellare la madre - che abbia dichiarato di non volere essere nominata nell'atto ai sensi dell'art. 30, co. 1, d.P.R. n. 396/2000 (Regolamento per la revisione e semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'art. 2, co. 12, l. n. 127/1997) - su richiesta del figlio, ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione». Successivamente a questa pronuncia è intervenuta una sentenza della Cass. Sez. un., n. 1946/2017, in *www.cassazione.net*, che ha ritenuto la predetta sentenza della Corte costituzionale immediatamente vincolante per il giudice, sebbene il legislatore non abbia ancora introdotto la disciplina procedimentale attuativa dell'interpello. Opinando diversamente si avrebbe un deficit di tutela con riguardo al diritto fondamentale di conoscere le proprie origini, riconosciuto dalla Costituzione e dalla Cedu. Ad ogni modo le Sezioni Unite, attraverso una convincente lettura sistematica, traggono dal-

diritto del figlio di conoscere le proprie origini e la propria storia parentale (art. 2 Cost. e art. 8 Cedu), rendendo flessibile nel tempo il diritto all'anonimato della madre, non può essere letta come un punto di emersione forte del fondamento genetico della filiazione; tanto meno della sua esclusività.

La riconosciuta facoltà del figlio adottato di interpellare, attraverso il tribunale per i minorenni, la madre naturale che scelse l'anonimato, al fine di sondare, riservatamente, la reversibilità di quella decisione, è volta a dare risposta al bisogno, talvolta insopprimibile, di sapere da dove si viene. Non c'entra tanto o soltanto la genetica; rileva piuttosto il bisogno di legare la propria esistenza a quella di chi ha determinato la nascita, scegliendo poi di abbandonare il nato.

L'esigenza che la facoltà di interpello tutela è quella non già di far valere giuridicamente il legame genetico con la madre, ma di agganciare la propria vita all'origine naturale di essa e alle sue circostanze. Il soggetto adottato aspira a sapere qualcosa di più delle proprie origini, soprattutto a conoscere la storia della propria madre genetica e le ragioni dell'abbandono. Magari il figlio ambisce anche a parlare con lei, nella consapevolezza che dal dialogo possa scaturire un rapporto. Vi sarebbe così la possibilità di dar vita ad una «genitorialità naturale», di fatto, che si aggiungerebbe a quella «giuridica»⁶⁵ sussistente nei confronti dei genitori adottivi.

In primo piano insomma c'è un diritto della personalità: quello di conoscere le proprie origini⁶⁶ al fine di affrontare - se così è percepita -

l'ordinamento significative indicazioni procedurali che il giudice deve, nel frattempo, osservare. Per un'efficace e ragionata ricostruzione dei riferimenti normativi e giurisprudenziali cfr. C. GRANELLI, *Il c.d. "parto anonimo" ed il diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini: un caso emblematico di "dialogo" fra Corti*, in *Jus civile*, 2016, 6, 564 ss.

⁶⁴ Corte EDU, 13.2.2003, *causa Odièvre c. Francia*, ric. n. 42326/98, confermata da Corte EDU, 25.9.2012, *causa Godelli c. Italia*, ric. n. 33783/09, in *www.echr.coe.int* (data base). Nella pronuncia Godelli vi è la constatazione di partenza di una disciplina giuridica sproporzionata, perché il sistema italiano del tempo attribuiva al diritto all'anonimato della madre una supremazia assoluta sul diritto all'identità del nato che postula, per generale ammissione, la conoscenza delle proprie origini. Il diritto all'identità, secondo la Corte EDU, costituisce una condizione essenziale del diritto all'autonomia e allo sviluppo della persona. Identità e sviluppo della personalità sono legati e, a loro volta, costituiscono il nocciolo duro del diritto al rispetto della propria vita privata (art. 8 Cedu). Da qui la necessità non certo di affievolire il diritto all'anonimato, la cui ratio è di proteggere la salute della gestante e del nascituro, ma di modularlo a seconda del tempo trascorso dalla nascita. L'introduzione da parte della Corte costituzionale (v. *infra* nota 63), in coerenza con la sentenza Godelli, dell'interpello chiesto dal figlio maggiorenne e attuato dal giudice ha reso flessibile la disciplina, rendendo potenzialmente reversibile - occorre il consenso della madre - il segreto sull'identità della madre.

⁶⁵ Corte cost., n. 278/2013, cit. utilizza i due sintagmi «genitorialità giuridica» «genitorialità sociale».

⁶⁶ Cass., n. 15024/2016, in *Corr. giur.*, 2017, 1, 24 ss., con nota di V. CARBONE, *Con la morte della madre al figlio non è più opponibile l'anonimato: i giudici di me-*

una frattura nella propria identità personale, che può incidere negativamente sulla propria esistenza e in definitiva sul diritto alla vita privata (art. 8 Cedu). Tuttavia il diritto fondamentale di conoscere le proprie origini non è ad attuazione necessaria, perché la madre genetica, interpellata riservatamente da un soggetto pubblico, potrebbe confermare il proprio anonimato. Tale conferma costituisce un limite insuperabile.

Vi è però un caso particolare in cui, sebbene la madre genetica non abbia revocato la propria dichiarazione di anonimato, il figlio ha diritto comunque di accedere ai dati identificativi della propria madre naturale. Ciò accade quando, a seguito dell'esercizio dell'interpello, si scopre che la genitrice è deceduta. In tale eventualità non è ovviamente possibile verificare la perdurante attualità della scelta di restare anonima. Ma il figlio, questa volta, ha diritto di conoscere il nome della madre, sebbene quest'ultima non abbia revocato l'anonimato.

Qui la Cassazione, sviluppando la pronuncia della Corte costituzionale n. 278/2013, rilegge correttamente l'art. 93, co. 2, d.gs. n. 196/2003 (*Protezione dei dati personali*) che consente l'identificazione della madre naturale solo se siano decorsi cento anni dalla formazione del certificato di assistenza al parto e della cartella clinica⁶⁷.

rito e la Cassazione a confronto, in *Fam. e dir.*, 2017, 1, 15 ss., con nota di E. ANDREOLA, *Accesso alle informazioni sulla nascita e morte della madre anonima*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 11, 1484 ss., con nota di M. G. STANZIONE, *Il diritto del figlio di conoscere le proprie origini nel dialogo tra le Corti*, sottolinea questo punto, ricordando che anche altri paesi europei, tra cui la Germania e la Svizzera, hanno previsto la possibilità per l'adottato di conoscere il contenuto dell'atto di nascita.

⁶⁷ Cass., n. 15024/2016, cit., afferma che il figlio adottato ha diritto di identificare la propria madre ove questa sia morta senza aver revocato la dichiarazione di anonimato. In motivazione si fa leva sulla diversa *ratio* del diritto all'anonimato durante e dopo la gravidanza. Dopo la gravidanza, anche molto tempo dopo, sebbene non venga più in rilievo il diritto alla vita e alla salute, non si può comunque imporre alla madre genetica in vita di essere identificata dal figlio, altrimenti si rischia di vanificare l'obiettivo del legislatore di favorire la nascita in condizioni di sicurezza per il nascituro e per la gestante. Sapere di poter essere identificati dopo la nascita potrebbe indurre ad abortire e a compiere atti pericolosi per la propria salute. Ma dopo la morte della madre genetica si espande il diritto del figlio di conoscere le proprie origini, non essendoci più alcun diritto fondamentale da tutelare che possa giustificare il contenimento dello stesso. La Corte costituzionale, osserva la Cassazione, ha stigmatizzato la perdita assoluta del diritto fondamentale del figlio a conoscere le proprie origini; ciò che si verificherebbe precludendo l'identificazione della madre genetica in caso di sua morte. Il limite del 100 anni, quindi, non può essere ritenuto operante oltre la morte della madre naturale. Conforme Cass., n. 22838/2016, in *Fam. e dir.*, 2017, 1, 15 ss., la quale accoglie una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 93, co. 2, d. lgs. n. 196/2003. In quest'ultima sentenza vi è una precisazione importante: deve escludersi «che ogni profilo di tutela dell'anonimato si esaurisca alla morte della madre naturale». Occorre proteggere l'identità sociale costruita in vita dalla da quest'ultima, in modo da evitare «un danno non patrimoniale all'immagine, alla reputazione, e ad altri beni di primario rilievo costituzionale di eventuali terzi interessati (discendenti e/o familiari). Dissente C. GRANELLI, *Il c.d. "parto anonimo" ed il diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini: un caso emblematico di "dialogo" fra Corti*, cit., 570-571, il quale ritiene che le pronunce della Cassazione successive alla sentenza della Corte

Ragionando diversamente sulla base della distinzione tra revoca della dichiarazione di anonimato e morte della madre genetica e assoggettando quest'ultima fattispecie al limite del decorso dei cento anni, si avrebbe una perdita definitiva del diritto fondamentale del figlio di conoscere le proprie origini. Il che è incompatibile con la Costituzione, che respinge, come ha stabilito la Corte costituzionale, l'irreversibilità del segreto sull'identità della madre naturale.

Non si può comunque escludere che l'intervento della Consulta e della Cassazione possa avere conseguenze negative durante la gestazione⁶⁸, anche se la rilettura delle disposizioni di legge appare rispettosa dei diversi interessi in rilievo.

Per quanto interessa maggiormente il nostro discorso, la tematica dell'anonimato e del conflitto che si determina con il diritto del figlio di conoscere le proprie origini evidenzia due punti che è utile fissare per il prosieguo: 1) la ricerca delle proprie origini è un diritto fondamentale collegato all'identità personale e allo sviluppo della propria personalità che non contraddice affatto l'ampliamento del fondamento della filiazione; 2) sono i diritti fondamentali in atto, nella loro interazione con i fatti sociali, ad aver modellato e innovato negli ultimi decenni la disciplina della filiazione.

9. IL POSSESSO DI STATO.

Stabilisce l'art. 236, co. 2, c.c. che se manca il titolo dell'atto di nascita, per provare la filiazione «basta (...) il possesso continuo dello stato di figlio» (c.d. possesso di stato). Questa situazione di possesso non interrotto configura un rapporto di fatto ed è funzionale a «dimo-

cost. n. 278/2013 abbiano, da un lato, non già colmato una lacuna ma disapplicato una regola legale (quella di cui all'art. 93, co. 2, d. lgs. n. 196/2003), dall'altro, compiuto un'operazione (inaccettabile) «di trasfigurazione dei valori alla base del regime giuridico del parto anonimo»: dalla tutela della salute della gestante alla tutela della riservatezza della madre biologica. L'autore svolge una riflessione indubbiamente acuta, che evoca il problema del giusto rapporto tra il potere giudiziario e il potere politico, al quale si collega la questione del corretto dialogo tra le Corti. Nel caso di specie, tuttavia, non sembra così palese la «trasfigurazione dei valori», poiché i momenti in cui viene in rilievo il diritto del figlio adottato di conoscere le proprie origini sono diversi. Quando la madre genetica non è più in vita, i valori sottesi al parto anonimo si affievoliscono grandemente e la regola giuridica deve essere diversa. Del resto lo spazio interpretativo che si apre al giudice è dato dalla mancanza di una disciplina nel caso specifico della morte della madre. L'art. 93, co. 2, d. lgs. 196/2003 stabilisce soltanto che per 100 anni non è possibile identificare la madre. Granelli, però, ritiene, che questa disposizione debba regolare anche l'ipotesi in cui la madre genetica sia morta.

⁶⁸ cfr. C. GRANELLI, *Il c.d. "parto anonimo" ed il diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini: un caso emblematico di "dialogo" fra Corti*, cit., 573, nella parte finale del suo scritto, riprendendo anche il pensiero di Chiara Saraceno, invita, soprattutto il legislatore, a valutare attentamente le conseguenze cui si accennava *supra* nel testo.

strare le relazioni di filiazione e di parentela fra una persona e la famiglia a cui essa pretende di appartenere» (art. 237, co. 1, c.c.).

Solo due considerazioni preliminari prima di soffermarsi sugli elementi connotanti il possesso di stato. La prima: l'atto di nascita può mancare perché la nascita non è stata registrata negli atti dello stato civile, ovvero perché esso è andato distrutto o è stato smarrito. La seconda è implicita nell'art. 236 c.c.: vi è un ordine gerarchico tra i mezzi di prova della filiazione⁶⁹. Primariamente va prodotto l'atto di nascita; in secondo luogo, ove tale atto non sussista, viene in rilievo il possesso di stato. Infine, ai sensi dell'art. 241 c.c., nell'inesistenza di entrambi, è ammesso ogni mezzo di prova.

Il possesso di stato, per effetto della riforma 2012/2013, opera con riguardo non solo alla filiazione nata in costanza di matrimonio, ma anche a quella originata fuori da questo. Due sono i fatti costitutivi del possesso di stato: la continuità dello stato di figlio e la complessità (termine, questo, adoperato dall'art. 237, co. 1, c.c.). Il primo richiama un periodo di manifestazione costante e non equivoca di tutti gli elementi specifici dell'istituto *de quo*. Il secondo allude al concorso di tali elementi, consistenti nel *tractatus* e nella *fama*, «riconducibili nel loro complesso alle dinamiche proprie di un nucleo familiare»⁷⁰.

Il *tractatus* indica la condotta del genitore consistente nell'aver sempre considerato la persona come figlio, perciò mantenendolo, educandolo e tenendolo presso di sé. L'aspetto del mantenimento e dell'educazione è decisivo perché esprime una parte essenziale dell'essere genitore. Esso, nel tenore letterale della disposizione, è diverso ed ulteriore rispetto all'altro dell'aver trattato la persona come figlio, sebbene a quest'ultimo sia collegato. Ove si intenda provare che la filiazione è nata nel matrimonio, il *tractatus* deve sussistere con riguardo ad entrambi i coniugi-genitori.

La *fama*, invece, coinvolge soggetti diversi dal supposto genitore, i quali devono aver riconosciuto la qualità di figlio nella persona che la reclama. Vengono in rilievo da un lato i consociati con cui la persona che si ritiene figlio abbia avuto frequentazioni, dall'altro la famiglia in senso ampio del genitore (c.d. *tractatus* familiare)⁷¹. Sia i consociati

⁶⁹ G. BONILINI, *op. ult. cit.*, 303.

⁷⁰ Così si esprime efficacemente G. M. UDA, *La filiazione legittima*, cit., 790.

⁷¹ Prima delle modifiche apportate all'art. 237 c.c. dal d. lgs. n. 154/2013 si riteneva che il c.d. *tractatus* familiare si risolvesse essenzialmente nel trattamento materno. Ciò in quanto l'art. 237 c.c. prevedeva espressamente il trattamento paterno (ne dà conto compiutamente G. M. UDA, *La filiazione legittima*, cit., 791-792). La nuova disposizione ha, invece, eliminato ogni utilizzo della parola «padre», sostituendola con quella di genitore. Di conseguenza devono essere distinti il *tractatus* riguardante i genitori e la *fama* familiare la quale, per effetto della riscrittura dell'art. 237 c.c., coinvolge necessariamente i parenti e gli affini. Del resto l'art. 237, co. 1, c.c. dà rilevanza a fatti volti a dimostrare «le relazioni di filiazioni e di parentela».

che la famiglia devono aver ritenuto che il rapporto fosse inequivocabilmente di filiazione [(notorietà dello stato di figlio), art. 237, co. 2, c.c.).

Vi era nel testo previgente dell'art. 237 c.c. un terzo fatto costitutivo del possesso di stato, il *nomen*, eliminato dal d. lgs n. 154/2013. Si doveva provare anche di aver sempre portato il cognome del padre di cui si pretendeva essere il figlio.

Secondo alcuni autori, il *nomen* avrebbe potuto essere conservato sia per la sua importanza nella prova del rapporto di filiazione, sia perché, sotto un profilo di coerenza sistematica, sarebbe stato sufficiente sostituire alla parola padre quella di genitore. Vero è che la delega legislativa lasciava sul punto ampi margini di intervento al Governo. Così è la lettera dell'art. 2, let. c), l. 219/2012: «ridefini[re] la disciplina del possesso di stato e della prova della filiazione prevedendo che la filiazione fuori del matrimonio [possa] essere accertata con ogni mezzo».

Merita riprendere un punto per maggiore precisione. Si diceva della gerarchia dei mezzi di prova della filiazione. Ma non può sfuggire come il possesso di stato non sia un mezzo di prova in senso tecnico, essendo connotato da fatti che a loro volta devono essere provati. Ove ciò non sia possibile, ai sensi dell'art. 241 c.c., «la prova della filiazione può darsi in giudizio con ogni mezzo».

Il legislatore, diversamente da altri ambiti come quello contrattuale (cfr. artt. 1417, 2722, 2723 c.c.), non ha posto limiti alla prova della filiazione. La ragione sta nell'estrema importanza per il figlio di ottenere la formalizzazione del proprio stato, strettamente connesso con l'identità personale. Questo interesse emerge chiaramente anche dalla legge n. 173/2015 sul diritto alla continuità affettiva dei fanciulli in affidamento familiare. Aver introdotto una norma che consenta alla famiglia affidataria di adottare il minore loro affidato, attua l'esigenza di pervenire rapidamente alla costituzione di un nuovo stato di figlio qualora la famiglia d'origine non abbia recuperato la capacità di accudimento. Si valorizza una famiglia alternativa che già esiste - quella affidataria - se è caratterizzata, come richiede l'art. 4, co. 5-bis, l. n. 184/1983, da «legami affettivi significativi» e da un «rapporto stabile e duraturo consolidatosi tra il minore» e la medesima. L'esistenza del rapporto affettivo giustifica, quindi, la costituzione dello *status filiationis* con i membri della famiglia che, per un certo tempo, hanno allevato il minore e intendono continuare, divenendo genitori attraverso l'adozione piena.

Una segnalazione finale è d'obbligo: il d.lgs. n. 154/2013 ha abrogato il comma 2 dell'art. 241 c.c. In precedenza per l'ammissione della prova testimoniale si richiedeva che vi fosse «un principio di prova per iscritto», ovvero che le presunzioni e gli indizi fossero «abbastanza gravi». Di solito la prova per iscritto era fornita mediante la produzione di documenti di famiglia, produzione oggi non più necessaria al fine di non ostacolare l'ammissione della prova testimoniale. Il legislatore ha

pertanto mutato la rubrica dell'art. 241 c.c.: da «prova con testimoni» a «prova in giudizio».

10. LE AZIONI DI STATO.

Le risultanze dell'atto di nascita non conformi a verità possono essere modificate con le azioni di stato.

Alcune di queste sono volte a rimuovere, altre ad attribuire lo stato di figlio. Rientrano nel primo tipo: 1) l'azione di disconoscimento della paternità (art. 243-*bis* c.c.), 2) l'azione di contestazione dello stato di figlio (art. 240 c.c.) e 3) le impugnazioni del riconoscimento per difetto di veridicità (art. 263 c.c.), per violenza (art. 265 c.c.) e per effetto di interdizione giudiziale (art. 266 c.c.). Sono, invece, riconducibili al secondo tipo: 1) l'azione di reclamo dello stato di figlio (art. 239 c.c.) e 2) la dichiarazione giudiziale di paternità o di maternità (art. 269 c.c.).

Queste azioni avviano un accertamento pubblico in un processo da svolgersi davanti a un tribunale con la necessaria presenza del pubblico ministero (art. 70 c.p.c.). Stante il principio d'indisponibilità delle situazioni familiari, le controversie relative alle questioni di stato non possono essere oggetto di arbitrato (artt. 806 e 819 c.p.c.), né di transazione (art. 1966 c.c.) o di confessione (art. 2733 c.c.).

Accanto all'interesse dell'individuo alla verità vi è un interesse superiore dello Stato alla corretta formazione dello *status familiae* e segnatamente dello stato di figlio. Si anticipa però fin da ora che tale superiorità non implica una primazia assoluta dell'interesse pubblico rispetto al principio del prevalente interesse del minore (cfr. *infra* cap. II-sez. II-§ 10).

All'accertamento giudiziale, si contrappone l'accertamento privato della filiazione, cui si annovera il riconoscimento del figlio nato fuori dal matrimonio (art. 250 c.c.)⁷².

La dottrina non ha mancato di osservare che, nonostante l'introduzione del principio della unicità dello stato di figlio, il legislatore della riforma 2012/2013 ha mantenuto la distinzione tra le azioni esperibili in presenza della filiazione nata nel matrimonio (disconoscimento, contestazione e reclamo) e quelle riguardanti la filiazione extramatrimoniale (dichiarazione giudiziale e impugnazione del riconoscimento). Ciò rappresenta, secondo alcuni autori, una grave incongruenza di sistema⁷³.

Va rilevato, però, che l'eliminazione di questa differenziazione tra azioni avrebbe richiesto un intervento legislativo più radicale, in primo luogo sulle presunzioni e sulla costituzione della filiazione nata fuori

⁷² C. M. BIANCA, *La famiglia*, cit., 364 ss.

⁷³ L. LENTI, *La sedicente riforma della filiazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 201 ss.

del matrimonio. Ma la delega al Governo sulle azioni di stato non consentiva, neppure implicitamente, un tale rivolgimento. Le lett. f) e g) dell'art. 2 l. n. 219/2012 stabiliscono rispettivamente: 1) la «modificazione degli articoli 244, 264 e 273 del codice civile prevedendo l'abbassamento dell'età del minore dal sedicesimo al quattordicesimo anno di età»; 2) la «modificazione della disciplina dell'impugnazione del riconoscimento con la limitazione dell'imprescrittibilità dell'azione solo per il figlio e con l'introduzione di un termine di decadenza per l'esercizio dell'azione da parte degli altri legittimati».

Su questa previsione di decadenza, ricca di implicazioni ricostruttive, si tornerà in seguito, poiché essa è stata introdotta, per coerenza sistematica, anche con riguardo all'azione di disconoscimento della paternità (art. 244, co. 4, c.c.). Si vedrà come tali disposizioni abbiano inciso sull'equilibrio tra il *favor veritatis* e il *favor legitimitatis* in funzione di tutela del figlio.

Solo una notazione metodologica prima di proseguire il discorso sulle singole azioni di stato. Per ragioni di ordine espositivo si preferisce non seguire la sistematica del codice civile, trattando, invece, in sequenza prima le azioni preposte a contestare le risultanze dell'atto di nascita, poi quelle volte a costituire lo stato di figlio.

11. L'AZIONE DI DISCONOSCIMENTO DELLA PATERNITÀ. LA LEGITTIMAZIONE.

La presunzione legale di paternità del soggetto concepito o nato durante il matrimonio si rimuove con l'azione di disconoscimento della paternità. L'attore in giudizio assume che il marito della donna che ha partorito, indicato nell'atto di nascita come padre, non è effettivamente tale (perché il concepimento è opera di un altro uomo).

Il d. lgs. n. 154/2013 ha inciso profondamente sull'azione in parola, innanzitutto abrogando l'art. 235 c.c. Questo articolo ammetteva l'azione di disconoscimento solo nei seguenti casi: mancata coabitazione, impotenza del marito anche soltanto di generare, adulterio della moglie o celamento della gravidanza o della nascita. Oggi l'azione non è più subordinata alla previa prova di uno di tali fatti.

La modifica si spiega con la volontà legislativa di rafforzare il principio del *favor veritatis*, in ossequio all'evoluzione giurisprudenziale giunta oramai ad attribuire assoluta centralità alle prove ematologiche e genetiche. Nel 2006 la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 235, co. 1 n. 3, c.c. nella parte in cui subordinava l'ammissibilità delle prove genetiche e del gruppo sanguigno alla previa dimostrazione dell'adulterio della moglie⁷⁴. Adulterio, talvolta,

⁷⁴ Corte cost., n. 266/2006 (rel: A. Finocchiaro), argomenta l'incostituzionalità dell'art. 235, n. 3 c.c. (art. abrogato) sotto il profilo dell'irragionevolezza della norma

nient'affatto semplice da provare. Si pensi al caso in cui il figlio maggiorenne, certo dell'adulterio della madre, non abbia alcun documento (ad es.: lettere) né alcun testimone del fatto da provare.

Si aggiunga che secondo una tesi rigorosa, durante la vigenza dell'art. 235 c.c., doveva escludersi l'ammissibilità dell'azione di disconoscimento della paternità nell'ipotesi in cui la donna sposata fosse stata vittima di violenza sessuale. Questa ipotesi non era riconducibile ad alcuna della fattispecie legali strettamente intese.

L'azione di disconoscimento di paternità poteva incontrare ostacoli così rilevanti da impedirne l'esercizio, in violazione dell'art. 24 Cost.

Oggi, invece, al fine di ottenere l'ordinanza di ammissione delle prove tecniche, è sufficiente descrivere il fatto da cui astrattamente si evince di non essere padre. Stabilisce l'art. 243-*bis*, co. 2, c.c. che «chi esercita l'azione è ammesso a provare che non sussiste rapporto di filiazione tra il figlio e il presunto padre».

Occorre chiedersi quali strumenti abbia l'attore per superare il rifiuto del presunto padre di ottemperare all'ordine del giudice di sottoporsi al prelievo di sangue. Premesso che si tratta di un rifiuto del tutto legittimo ai sensi degli artt. 32, co. 2, Cost. e 118, co. 1, c.p.c., è evidente che l'esito dell'azione di disconoscimento non possa dipendere completamente dalla condotta non collaborativa del convenuto. Tale atteggiamento processuale di ostacolo alla verità può essere valutato dall'organo giudiziario per trarre argomenti di prova (art. 116, co. 2, c.p.c.) da porre a fondamento della sentenza che elimina il rapporto di filiazione.

È bene precisare che l'assenza del legame genetico col presunto padre può essere provata anche senza ricorrere alle prove tecniche. Tuttavia la sola dichiarazione della madre secondo cui il proprio marito non è il padre non è sufficiente ad escludere la paternità (art. 243-*bis*, co. 3, c.c.).

Legittimato ad agire in giudizio non è soltanto il marito. La riforma del 1975, per favorire l'emersione della verità del rapporto di filiazione, ha aggiunto anche la madre e il figlio (art. 243-*bis*, co. 1, c.c.) che abbia raggiunto la maggiore età (art. 244, co. 5, c.c.).

Qualora il figlio sia minorenni, l'azione è ugualmente esperibile, secondo la disciplina contenuta nell'art. 244, ult. co., c.c. Il figlio quattordicenne rivolge un'istanza al giudice, il quale, assunte sommarie informazioni, nomina se del caso un curatore speciale che promuoverà l'azione. Se il figlio è infra-quattordicenne, l'istanza al giudice è rivol-

e dell'art. 24, co. 2, Cost. che non consente al legislatore di rendere estremamente difficile l'esercizio del diritto. E in effetti era proprio la prova a risultare estremamente difficile, trascorso molto tempo dall'adulterio. Con il risultato che il giudice, poiché non era stata fornita la dimostrazione dell'adulterio, non ammetteva la prova genetica/ematologica e l'attore (generalmente il figlio) vedeva respingersi la domanda di disconoscimento della paternità.

ta dal pubblico ministero o, per effetto del d. lgs. n. 154/2013, dall'altro genitore.

12. (SEGUE). I TERMINI E IL NUOVO EQUILIBRIO TRA FAVOR VERITATIS E STATUS FILIATIONIS. SULLA COSTITUZIONALITÀ DELL'ART. 244, CO. 4, C.C.

Con riguardo ai termini entro cui esercitare l'azione, la riforma 2012/2013 ha, da un lato, codificato le decisioni della Corte costituzionale che già avevano integrato il testo dell'art. 244 c.c., dall'altro, ha introdotto un nuovo termine di decadenza più lungo per il marito e per la moglie, che ha suscitato reazioni dottrinali⁷⁵. Su questi due aspetti occorre soffermarsi.

Con riguardo al primo, i termini sono diversi a seconda che l'azione sia esercitata dall'uno o dall'altro legittimato attivo. Se ad agire è il marito, il termine è di un anno e l'inizio della decorrenza muta a seconda che egli si trovasse o meno nel luogo in cui è nato il (presunto) figlio il giorno della nascita. Ma se il marito ignorava la propria impotenza *generandi* o l'adulterio della moglie, il termine decorre dal giorno in cui egli ha avuto conoscenza di tali fatti (art. 244, coo. 2 e 3 c.c.)⁷⁶.

Se ad agire è la madre, il termine di esercizio dell'azione è di sei mesi. E il *dies a quo* è la nascita del figlio o il giorno in cui ella viene a sapere dell'impotenza del marito al momento del concepimento.

È agevole rilevare come già prima della riforma 2012/2013, l'ordinamento ponesse un limite temporale all'esercizio dell'azione di disconoscimento. Il rapporto di filiazione, quindi, aveva modo di consolidarsi sulla base non già del legame di sangue, ma della relazione con chi aveva comunque svolto il ruolo di padre o di madre, disinteressandosi di agire in giudizio. La decadenza però, in queste ipotesi, matura solo se il legittimato attivo è a conoscenza di un determinato fatto (l'adulterio, l'impotenza).

La vera novità introdotta dalla più recente riforma è un'altra. E veniamo così al secondo aspetto sopra accennato. Ai sensi dell'art. 244, co. 4, c.c., trascorsi 5 anni dal giorno della nascita (*rectius*: dalla formazione del titolo di stato), è «comunque» precluso alla moglie e al marito l'esercizio dell'azione. L'avverbio comunque sta a significare

⁷⁵ M. SESTA, *L'accertamento dello stato di figlio dopo il decreto legislativo n. 154/2013*, in *Fam. e dir.*, 2014, 5, 454 ss.

⁷⁶ Corte cost., n. 134/1985 (rel: O. Reale), dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 244, co. 2, c.c. nella parte in cui non disponeva che il termine dell'azione di disconoscimento decorresse dal giorno in cui il marito fosse venuto a conoscenza dell'adulterio della moglie. Corte cost., n. 170/1999 (rel.: F. Conti), si pronuncia analogamente con riguardo all'impotenza del marito non conosciuta né da quest'ultimo né dalla moglie.

che il termine decorre sempre, anche se il marito non conosceva la propria impotenza, ignorata anche dalla moglie, né l'adulterio di quest'ultima.

Si badi però che, ai sensi dell'art. 244, co. 4, c.c. l'improponibilità dell'azione vale solo con riguardo «ai casi previsti dal primo e dal secondo comma» del medesimo articolo. È stata giustamente lasciata fuori dall'ambito di applicazione dell'art. 244, co. 4, c.c. la fattispecie del comma 3, in cui il marito non si trovava nel luogo in cui è nato il figlio il giorno della nascita. Qui l'azione può essere esercitata anche decorsi 5 anni dalla nascita, perché il marito, ignorando la nascita, non ha svolto il ruolo di padre.

Ad ogni modo preme sottolineare come l'art. 244, co. 4, c.c. abbia rafforzato, nell'interesse del minore, l'intangibilità del rapporto di filiazione. È stato configurato un nuovo equilibrio tra il *favor veritatis* e lo *status* di figlio così come si è formato e si è svolto nel tempo. La protezione del nato, il suo preminente interesse, non si attua sempre e necessariamente attraverso l'affermazione della verità biologica. Il legame affettivo e la relazione genitoriale nascono e si consolidano nella condivisione degli eventi della vita e nella convivenza quotidiana.

Rompere questo vissuto dopo 5 anni dalla nascita, oggi, non è più possibile, salvo che ad agire in giudizio sia il figlio, unico soggetto titolare del diritto di scegliere se imporre la verità o conservare l'assetto legale del legame parentale col presunto padre. L'art. 244, co. 5 periodo II, c.c. stabilisce - è anche questa una novità della riforma 2012/2013 - che «L'azione è imprescrittibile riguardo al figlio».

Il termine quinquennale di improponibilità dell'azione trova giustificazione nell'esigenza di contemperare l'interesse del figlio alla stabilità del proprio stato e l'interesse del genitore a non essere ritenuto tale dall'ordinamento in aperto contrasto con la verità. Quest'ultimo interesse può essere fatto valere soltanto entro 5 anni dal giorno della nascita. Oltre, prevale la posizione giuridica soggettiva del minore.

Alcuni autori⁷⁷ hanno dubitato della legittimità costituzionale del-

⁷⁷ M. SESTA, *op. loc. ult. cit.* e G. CHIAPPETTA, *Riflessioni sul novellato sistema delle azioni si stato*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, a cura di R. Pane, Napoli, 2015, 120 ss., la quale argomenta in modo piuttosto serrato l'incostituzionalità dell'art. 244, co. 4 c.c. per contrasto con gli artt. 2, 24 e 177 Cost., «quest'ultimo anche con riferimento agli artt. 6, 13 e 34 della CEDU» (p. 180). Ma cfr. Cass., n. 8617/2017, in *Leggi d'Italia on line*, in cui si afferma che «il *favor veritatis* non costituisce un valore di rilevanza costituzionale assoluta da affermarsi comunque, atteso che l'art. 30 Cost. non ha attribuito un valore indefettibilmente preminente alla verità biologica rispetto a quella legale», come dimostra il comma 4 del medesimo articolo. Il quale «ha demandato al legislatore ordinario il potere di privilegiare, nel rispetto degli altri valori di rango costituzionale, la paternità legale rispetto a quella naturale, nonché di fissare le condizioni e le modalità per far valere quest'ultima, così affidandogli anche la valutazione in via generale della soluzione più idonea per la realizzazione dell'interesse del figlio».

l'art. 244, co. 4, c.c., argomentando dalla tutela del diritto di azione, dal *favor veritatis* e dal diritto all'identità familiare del padre. In particolare è stata censurata «l'eccessiva rigidità del termine» che, in spregio all'art. 6 let. a) della *Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli* (ratificata con l. n. 77/2003), non consentirebbe al giudice di tutelare l'interesse del minore nel modo più consono alla situazione concreta, penalizzando eccessivamente il diritto del genitore genetico al riconoscimento della propria posizione nei confronti del figlio nato fuori del matrimonio (art. 30, co. 1, Cost.)⁷⁸.

Indubbiamente si fronteggiano interessi diversi (del genitore giuridico, del genitore genetico, del minore), ed è altrettanto vero che in ogni questione riguardante il minore, il giudice deve poter decidere all'esito di un'attenta valutazione del contesto esistenziale e socio-economico in cui è immerso il minore stesso. Ciò nonostante non si ritiene incostituzionale l'art. 244, co. 4, c.c. per le ragioni che seguono.

Occorre muovere da due dati. Il primo: l'art. 30, co. 4, Cost. riserva al legislatore il compito di «detta[re] le norme e i limiti per la ricerca della paternità». Egli, nel contenere l'esperibilità delle azioni di stato, non può annientare diritti fondamentali. Ma ciò non sembra proprio essersi determinato con il disposto dell'art. 244 co. 4: il termine quinquennale non cancella definitivamente posizioni di rilievo costituzionale.

Il secondo: in tutte le decisioni relative ai fanciulli, comprese quelle assunte dal legislatore, l'interesse superiore che deve avere una considerazione preminente è quello del minore (art. 3 Conv. ONU *sui diritti dell'infanzia*, 20.11.1988, ratificata con l. n. 176/1991 e art. 24, co. 2 Carta dei diritti fondamentali dell'UE). Non si può negare che, dopo 5 anni, il minore abbia assunto una piena consapevolezza delle figure genitoriali di riferimento. Questa condizione psichica va difesa, altrimenti si rischia il sopravvenire dell'alterazione del suo equilibrio psichico a detrimento della salute e della propria identità personale.

Si obietta che l'art. 244, co. 4, c.c. non consente al giudice di porre rimedio a quelle situazioni in cui il rapporto affettivo con il genitore non genetico non sia mai sorto o si sia deteriorato, in violazione dell'art. 6, co. 1 let. a), *Convenzione europea sull'esercizio del diritto dei fanciulli*; disposizione questa che obbliga il giudice ad assumere decisioni informate e giammai riferibili alla categoria astratta del minore di età. Si può replicare che queste o altre eventuali situazioni, espressive di una genitorialità inadeguata, non intaccano la scelta legislativa in parola e non la rendono irragionevole. Ad esse, nella misura in cui accadono, si risponde attraverso gli istituti appositamente previsti a tutela della salute e del diritto del minore di crescere in modo equilibrato, come ad esempio l'affidamento familiare [(artt. 2 ss. l. n. 184/1983), ma cfr. *amplius* cap. III-sez. III].

⁷⁸ G. CHIAPPETTA, *Riflessioni sul novellato sistema delle azioni di stato*, cit., 121.

Piuttosto appare discutibile la scelta legislativa di non prevedere tra i legittimati all'esercizio dell'azione di disconoscimento della paternità il soggetto che assume di essere il padre (art. 243-*bis* c.c.). Si è determinata così una differenza di disciplina - difficile da giustificare con riguardo al principio dell'unicità dello stato di figlio - rispetto alla filiazione nata fuori dal matrimonio, con riguardo alla quale chiunque vi abbia interesse può impugnare il riconoscimento per difetto di veridicità (art. 263, co. 1, c.c.). Qui il padre genetico ha modo di agire, contestando subito la veridicità del riconoscimento. Ma se sono decorsi 5 anni dalla nascita è ragionevole, per quanto detto, vietare l'eliminazione dello stato di figlio (art. 263, co. 3, c.c.), essendo stata peraltro, troppo lunga, l'inerzia del padre biologico (art. 263, co. 4, c.c.).

Se né l'art. 244, co. 4, c.c. né l'art. 263 coo. 3 e 4 c.c. sono affetti da incostituzionalità, qualche perplessità maggiore suscita la disposizione sull'imprescrittibilità dell'azione di disconoscimento della paternità riguardo al figlio (art. 244, co. 5, c.c.). Ciò soprattutto nel caso in cui egli, pur essendo stato accudito nel pieno rispetto dei suoi diritti e nella consapevolezza dell'assenza del legame genetico con il genitore giuridico, agisca, all'improvviso, dopo molti anni, per eliminare lo stato di figlio. Effettivamente se è il legame di fatto a costituire la relazione familiare, attribuire al figlio la facoltà di rivedere *ad libitum* e senza limiti di tempo il proprio *status* potrebbe confliggere, da un lato, con il principio della solidarietà familiare, dall'altro, con l'art. 8 Cedu che tutela il diritto alla vita familiare⁷⁹.

L'art. 244, co. 4, c.c. stimola una riflessione sul fondamento della filiazione. Il quale non può più essere identificato soltanto nel fatto della procreazione (art. 30, co. 1 Cost.), ma anche, in alternativa e in certe ipotesi, nell'assunzione della responsabilità. Tale considerazione è rafforzata dalla dichiarazione di incostituzionalità del divieto della procreazione medicalmente assistita (PMA) di tipo eterologo (cfr. *infra* cap. II-sez. II, § 4).

⁷⁹ G. CHIAPPETTA, *Riflessioni sul novellato sistema delle azioni di stato*, cit., 177, pone lucidamente la questione e propende per l'irragionevolezza della disposizione. L'autrice, più in generale, è convinta che il legislatore della riforma 2012/2013 non abbia regolamentato con equilibrio i nuovi termini di proponibilità delle azioni di disconoscimento della paternità e di impugnazione per riconoscimento per difetto di veridicità. Ella scrive che «nella disciplina delle azioni di stato novellata sembra ritornare la dimensione asimmetrica e verticale dei rapporti genitori-figli con posizioni invertite. Il figlio *tout court* gode di una tutela privilegiata, dotata di una intensità particolare senza alcun riferimento all'età, alla condizione di deficit psico-fisico o psico-sociale, alla sua «vulnerabilità» nella famiglia e, quindi, alla sua reale esigenza di protezione differente e rafforzata». Non sembra che il legislatore abbia addirittura invertito le posizioni. Vero è che il figlio gode di una tutela preminente e dunque superiore rispetto a quella riguardante altri soggetti coinvolti in una questione che lo riguardi. Non si nega tuttavia che la regola dell'imprescrittibilità reca in sé il rischio che possa risultare spropositata nella sua concreta applicazione.

Il decorso di cinque anni dalla nascita, pur nell'inconsapevolezza della propria impotenza o dell'adulterio, rende incontestabile lo stato di figlio da parte dei genitori. Ciò in quanto il consolidarsi del rapporto nel tempo e l'assunzione della responsabilità genitoriale che ne deriva fonda e stabilizza la filiazione. Ora, se si pensa che prima del 1975 solo il marito era titolare dell'azione di disconoscimento della paternità - azione da esercitarsi in un termine assai breve - è evidente come siano mutati i ruoli all'interno della famiglia e la gerarchia dei valori⁸⁰. Uguaglianza tra i coniugi e tutela forte dello stato di figlio (anche nel senso della sua conservazione) sono due aspetti qualificanti del diritto di famiglia.

Spostando il discorso sulla legittimazione passiva, l'art. 247, co. 1, c.c. stabilisce che «il presunto padre, la madre e il figlio sono litisconsorti necessari nel giudizio di disconoscimento». Se uno di questi non ha capacità di agire perché minore o interdetto, l'azione deve essere esperita in contraddittorio con un curatore nominato dallo stesso giudice davanti al quale andrà promosso il giudizio (art. 247, co. 2, c.c.).

Se, invece, la capacità di agire di uno dei medesimi soggetti non è piena, come per il minore emancipato o per il maggiore inabilitato, l'azione va comunque rivolta contro questi ultimi, sebbene assistiti da un curatore nominato dal giudice competente a conoscere dell'azione di disconoscimento.

Infine se uno dei legittimati passivi è morto, l'azione si propone nei confronti delle persone indicate dall'art. 246 (cfr. *infra* § 13) o, in loro mancanza, nei confronti di un curatore, nominato come si è appena detto (art. 247, ult. co., c.c.).

13. (SEGUE) SOSPENSIONE DEL TERMINE, TRASMISSIBILITÀ ED EFFETTI DELL'AZIONE.

La sospensione del termine di esercizio dell'azione di disconoscimento della paternità e la trasmissione dell'azione sono due aspetti importanti sui quali è intervenuto l'art. 19 d. lgs. n. 154/2013.

La sospensione è un effetto legale necessario che si ha quando il legittimato ad agire abbia perso la capacità di intendere e di volere e non possa, quindi, avere consapevolezza del fatto costitutivo dell'azio-

⁸⁰ G. FERRANDO, *Diritto di famiglia*, Torino, 2015, 1 ss., intitola il capitolo I «La famiglia e il diritto. Linee di tendenza, problemi, prospettive» a voler esprimere che la «famiglia è un istituto storicamente e socialmente condizionato». L'autrice dà atto che il diritto di famiglia attuale è «molto lontano da quello disegnato dal codice civile del 1942». Si è passati da un tipo di famiglia chiuso, connotato da rapporti gerarchici con al vertice il marito, a un diritto di famiglia «centrato sulla persona e sui suoi diritti». Cfr. anche M. SESTA, *Famiglia e figli a quarant'anni dalla riforma*, in *Fam. e dir.*, 2015, 11, 1009 ss.

ne. Il previgente art. 245 c.c. prevedeva solo il caso dell'interdizione per infermità di mente, a fronte del quale la decorrenza del termine indicato dall'art. 244 c.c. era sospesa nei confronti dell'interdetto sino a che durava lo *status* di incapace legale.

Già prima dell'intervento legislativo appena sopra richiamato, la Corte costituzionale era intervenuta con una pregevole sentenza. La quale, ai fini della sospensione del termine, aveva equiparato alla condizione dell'interdetto giudiziale quella dell'incapace naturale che versava in condizione di abituale e grave infermità di mente⁸¹. Così il nuovo art. 245, co. 1, c.c. è stato riscritto dal d.lgs. n. 154/2013, tenendo conto di questa pronuncia.

In forza della rinnovata disposizione, accanto all'ipotesi dell'interdizione compare quella del soggetto abituale e grave infermo di mente non interdetto. Vi è in essa la precisazione che la sospensione dura fino a che permangano «le condizioni di abituale grave infermità di mente».

Durante la sospensione, tuttavia, al soggetto incapace legale o naturale non è precluso l'esercizio dell'azione. In nome e per conto del figlio può agire un curatore speciale «nominato dal giudice, assunte sommarie informazioni, su istanza del pubblico ministero, del tutore o dell'altro genitore» (art. 245, co. 2, c.c.). Quanto agli altri legittimati attivi, l'art. 245, co. 2, c.c. prevede che l'azione di disconoscimento possa, invece, essere promossa dal «tutore o, in mancanza di questo, da un curatore speciale, previa autorizzazione del giudice».

La disciplina della sospensione della decorrenza del termine di esercizio dell'azione pone un delicato problema, la cui soluzione è influenzata dalla posizione che si intende assumere sul fondamento della filiazione. Esso riguarda l'applicabilità della sospensione anche al termine finale di 5 anni, cui sono assoggettati i genitori per la proponibilità dell'azione di disconoscimento della paternità (art. 244, co. 4, c.c.) e di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità (263 co. 3 e co. 4 nella parte in cui richiama l'art. 245 c.c.).

La questione è delicata e di non facile soluzione. La tesi negativa⁸² fa leva sulla finalità del termine quinquennale di garantire l'interesse del figlio alla stabilità del rapporto di filiazione e la certezza degli

⁸¹ Corte cost., n. 322/2011 (rel.: P. Grossi), dichiara l'art. 245 c.c. (nella formulazione previgente alla riforma 2012/2013) «costituzionalmente illegittimo nella parte in cui non prevede che la decorrenza del termine indicato dall'art. 244 cod. civ. è sospesa anche nei confronti di un soggetto che, sebbene non interdetto, versi in condizione di abituale grave infermità di mente, che lo renda incapace di provvedere ai propri interessi, sino a che duri lo stato di incapacità naturale». La Consulta si è posta giustamente il problema di stabilire quando debba intendersi cessata la sospensione del termine nel caso dell'incapacità naturale (problema risolto dalla legge solo in caso di interdizione). Secondo la Corte, la sospensione non ha più ragion d'essere a far data dal tempo in cui è venuto meno lo stato di incapacità naturale, fatto questo da provare.

⁸² G. CHIAPPETTA, *Riflessioni sul novellato sistema delle azioni di stato*, cit., 119 e 179, riprendendo l'opinione di R. Rosetti, sostiene che l'interesse del genitore interdet-

status. Si può anzitutto replicare che l'art. 245 c.c. è perentorio nel circoscrivere la fattispecie di sospensione, senza porre alcun distinguo con riguardo ai diversi termini dell'azione di stato. Non solo. Se si prescindere dalla generazione, il fondamento della filiazione deve basarsi su un rapporto genitoriale effettivo, realmente vissuto, e non sul mero decorso del tempo (cfr. *amplius* cap. II-sez. II § 8). Altrimenti, oltretutto, l'incapace legale, oggetto notoriamente di un *favor* del diritto civile (artt. 1442, co. 2, 1445 c.c.), o naturale, che riacquisti la capacità di intendere e di volere, si ritrova espropriato del diritto di dismettere lo *status* falso di genitore in ragione della propria pregressa incapacità.

Se la sospensione dell'azione tutela il soggetto del tutto privo della capacità di assumere determinazioni consapevoli, la trasmissione dell'azione di disconoscimento della paternità garantisce l'affermazione della verità.

L'istituto della trasmissione opera quando i legittimati ad agire siano deceduti. In tal caso, se non è ancora decorso il termine di decadenza dell'azione di cui all'art. 244 c.c., sono ammessi ad esercitare l'azione di disconoscimento della paternità, nella vece dei defunti, i loro discendenti o ascendenti (art. 246, co. 1, c.c.).

Presupposto della trasmissione è, dunque, il mancato decorso del termine dell'azione al momento della morte del presunto padre, della madre o del figlio. In questa ipotesi decorrerà un nuovo termine «dalla morte del presunto padre o della madre, o dalla nascita del figlio se si tratta di figlio postumo o dal raggiungimento della maggiore età da parte di ciascuno dei discendenti».

Il comma 2 dell'art. 246 c.c. tratta specificamente della fattispecie in cui sia morto il figlio titolare dell'azione di disconoscimento della paternità. Ove ciò si verifichi, «sono ammessi ad esercitarla in sua vece il coniuge o i discendenti nel termine di un anno che decorre dalla morte del figlio o dal raggiungimento della maggiore età da parte di ciascuno dei discendenti».

Autorevole dottrina⁸³ ha fatto notare che la trasmissione opera a favore non già degli eredi ma soltanto dei congiunti indicati dall'art. 246 c.c. La ragione sta nell'aver ritenuto eccessivo attribuire, per trasmissione, l'azione di disconoscimento anche a eredi estranei alle categorie della parentela più stretta e del coniuge. Si è voluto evitare che soggetti lontani nel grado di parentela potessero alterare i legami giuridici all'interno della famiglia nucleare estesa agli ascendenti (legittimati, questi ultimi, ai sensi dell'art. 246, co. 1, c.c.).

La sentenza che accoglie la domanda di disconoscimento elimina il rapporto di filiazione con effetto retroattivo, ossia dal momento della na-

to potrebbe trovare comunque attuazione attraverso la proposizione dell'azione giudiziale da parte del tutore dello stesso nei cinque anni dalla nascita del figlio «o da un curatore speciale previa autorizzazione del giudice ex art. 245, comma 2, c.c.».

⁸³ C. M. BIANCA, *La famiglia*, cit., 386; A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., 329.

scita o, più esattamente, dalla formazione dell'atto di nascita a margine del quale va annota la pronuncia giudiziale. La retroattività, tuttavia, non fa sorgere in capo al presunto padre il diritto di ripetere quanto corrisposto all'ex figlio a titolo di mantenimento. Vi è, infatti, un dovere morale di assistere chi, di fatto, faccia parte della famiglia (art. 2034 c.c.).

La retroattività non comporta neppure, necessariamente, la perdita del cognome paterno, qualora questo sia divenuto segno distintivo della persona nell'ambiente sociale che frequenta⁸⁴ ed elemento inseparabile dalla propria identità.

La rimozione dello *status* di figlio nei confronti del presunto padre non determina, secondo la dottrina maggioritaria, la perdita del rapporto di filiazione anche nei confronti della madre. Secondo una tesi minoritaria, invece, la madre dovrebbe effettuare il riconoscimento per ricostituire il rapporto di filiazione.

In verità non vi è alcun bisogno di un atto di riconoscimento, poiché l'atto di nascita, irregolare nei confronti del presunto padre è, invece, regolare nei riguardi della madre. La quale è tale non in forza di una presunzione, né dell'essere il figlio nato in costanza di matrimonio, ma per aver partorito.

Solo dopo la pronuncia giudiziale che disconosca la paternità, il padre vero (che non è legittimato ad agire in disconoscimento) può o riconoscere il proprio figlio (art. 253, co. 1, c.c.), ovvero essere convenuto in giudizio con l'azione volta a ottenere la dichiarazione giudiziale di paternità (art. 269 c.c.).

14. L'AZIONE DI CONTESTAZIONE DELLO STATO DI FIGLIO E IL PROBLEMA DELLA SUA APPLICABILITÀ ALLA FILIAZIONE NATA FUORI DEL MATRIMONIO.

L'azione di contestazione della maternità, come quella di disconoscimento, è volta a eliminare il rapporto di filiazione non veritiero. Anche qui l'atto di nascita indica come genitore un soggetto che, in realtà, non è legato geneticamente al nato.

Prima della riforma 2012/2013, la dottrina sottolineava che al di là del punto di contatto tra le due azioni, entrambe volte a rimuovere lo *status legitimitatis*, esse si differenziavano nella funzione. L'azione di

⁸⁴ Corte cost., n. 13/1994 (rel.: M. Ferri), pone in luce come il cognome abbia la funzione di rappresentare la discendenza familiare, ma anche di identificare la persona (viene in rilievo il diritto all'identità personale). Vi sono disposizioni che tutelano tale diritto: il nuovo art. 262, co. 3, c.c., introdotto dal d. lgs. n. 154/2013, che consente al figlio riconosciuto di mantenere il cognome attribuitogli dall'ufficiale dello stato civile, «ove tale cognome sia divenuto autonomo segno della sua identità personale»; l'art. 5, co. 3, l. div. che consente alla donna che ne faccia richiesta di conservare il cognome del marito aggiunto al proprio «quando sussista un interesse suo o dei figli meritevole di tutela».

disconoscimento era (ed è) deputata a vincere la presunzione di paternità risultante dall'atto di nascita, quella di contestazione mirava pur sempre a rimuovere lo stato di figlio legittimo, ma per ragioni diverse quali, tra l'altro, la supposizione di parto o la sostituzione di neonato.

La riforma del 2013 ha riformulato la denominazione dell'azione di contestazione, cancellando il riferimento alla filiazione legittima. Quindi oggi non si contesta più lo stato di figlio legittimo, ossia la mancanza dei presupposti della legittimità, ma semplicemente lo stato di figlio.

Questa modifica, sebbene necessaria, ha reso incerto il confine applicativo con l'azione di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità⁸⁵. Esattamente si discute sul se, qualora la supposizione di parto o la sostituzione di neonato sia avvenuta con riguardo alla filiazione nata fuori dal matrimonio, il riconoscimento possa essere rimosso soltanto con l'azione di cui all'art. 263 c.c., essendo esso non veridico, o anche con l'azione ex art. 240 c.c.

Su tale delicata questione ci soffermeremo tra un attimo, non prima di aver ricordato le fattispecie cui si applica l'azione di contestazione dello stato di figlio e i profili salienti della disciplina che possono contribuire a risolvere il problema interpretativo appena sopra enunciato.

L'art. 240 c.c., nel richiamare i commi 1 e 2 dell'art. 239 c.c., prevede che lo stato di figlio possa essere contestato soltanto nei seguenti casi: 1) supposizione di parto; 2) sostituzione di neonato; 3) nato nel matrimonio ma iscritto nei registri dello stato di civile come figlio di ignoti. Soltanto in queste ipotesi, essenzialmente nelle prime due⁸⁶, si può agire in contestazione, mentre, prima della riforma 2012/2013, l'azione era deputata a invocare la mancanza di uno dei presupposti della filiazione legittima: a) matrimonio valido; b) parto della donna indicata nell'atto di nascita; c) corrispondenza fra l'identità del nato e quella risultante dall'atto di nascita; d) concepimento in costanza di matrimonio.

La supposizione di parto si ha quando un soggetto è stato falsamente denunciato come figlio di una donna che, in verità, non lo ha

⁸⁵ M. SESTA, *L'accertamento dello stato di figlio dopo il decreto legislativo n. 154/2013*, cit., p. 9 della versione *on line*.

⁸⁶ M. SESTA, *op. loc. ult. cit.*, dubita che in tale ipotesi vi sia qualcosa da contestare. Egli rileva altresì che ove, invece, manchi il matrimonio o il figlio sia nato dopo i trecento giorni (art. 234 c.c.) e il medesimo sia stato erroneamente denunciato come matrimoniale, si possa agire non già con l'azione di contestazione ma con quella di disconoscimento della paternità. Se però, continua l'autore, il matrimonio è stato dichiarato nullo per incesto, si applica l'art. 128, ult. co., c.c. come modificato dal d. lgs. n. 154/2013. Perciò, a seguito della dichiarazione di nullità del matrimonio e dell'esercizio dell'azione di contestazione, il figlio potrà essere riconosciuto dai genitori nel rispetto della disciplina di cui all'art. 251 c.c.

partorito. La sostituzione di neonato⁸⁷ consiste, invece, nello scambio doloso o colposo di neonati, per cui il nato da una donna viene identificato come figlio di un'altra donna e viceversa. Entrambe sono fattispecie di reato (artt. 566-567 c.p.)⁸⁸. Dalle stesse scaturisce anche una responsabilità civile per violazione del diritto del figlio di non essere distolto dalle proprie origini genetiche⁸⁹.

Legittimati attivi all'esercizio dell'azione di contestazione sono colui che dall'atto di nascita risulti essere genitore e chiunque vi abbia interesse (art. 248, co. 1, c.c.). Quest'ultima locuzione non allarga indiscriminatamente il campo degli attori, poiché vi dovrà essere un interesse ad agire apprezzabile e attuale (art. 100 c.p.c.). Di certo il figlio può far valere il proprio interesse a rimuovere lo *status* falso. Se egli è stato interdetto o versò in condizioni di abituale e grave infermità mentale, l'azione può essere promossa da un curatore speciale (cfr. art. 245, co. 2, c.c. richiamato dall'art. 248, ult. co., c.c.).

È sempre il curatore speciale a dover promuovere l'azione nell'interesse del minore di età (art. 244, co. 6, c.c. richiamato dall'art. 248, ult. co., c.c.).

Interessati ad agire sono anche quei soggetti che, ove permanesse la filiazione non veritiera, sarebbero tenuti a corrispondere gli alimenti o subirebbero una riduzione dei loro diritti successori.

Legittimati passivi dell'azione sono, invece, i genitori che risultano formalmente dall'atto di nascita (art. 248, co. 4, c.c.). Anche il presunto figlio deve essere chiamato nel giudizio. Ancora: l'azione proposta nei confronti «di persone premorte o minori o altrimenti incapaci» ha come contraddittore un curatore speciale (art. 248, co. 3, c.c.). L'azione può essere proposta contro il minore emancipato o contro l'invalidato, purché assistiti da un curatore nominato dal giudice (art. 248, co. 3, c.c.).

L'azione è imprescrittibile nei confronti di tutti i legittimati attivi (art. 248, co. 2, c.c.); invece, come si è già constatato, l'azione di riconoscimento della paternità è imprescrittibile solo riguardo al figlio⁹⁰.

Tornando adesso al problema interpretativo sopra indicato, si deve anzitutto constatare come l'ambito applicativo e la disciplina delle azioni di contestazione dello stato di figlio e di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità siano diversi e ben circoscritti dal

⁸⁷ A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., 323-324, si sofferma sul termine «neonato», accogliendone, sulla scorta della giurisprudenza, un'accezione estensiva.

⁸⁸ A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., 320-325, rileva come, stante il nuovo Ordinamento dello stato civile (art. 30 d.P.R. n. 396/2000), la fattispecie della supposizione di parto, per essere integrata, necessita del concorso nel reato dell'ostetrica che ha assistito al parto e certificato falsamente la dichiarazione di nascita.

⁸⁹ A. PALAZZO, *op. ult. cit.*, 322.

⁹⁰ La pronuncia che accerti la fondatezza dell'azione deve essere pubblicizzata nel registro delle nascite.

legislatore⁹¹. Se si sviluppa questa considerazione si dovrebbe giungere ad una risposta negativa alla nostra questione, svolgendo il seguente ragionamento.

Applicando l'azione di contestazione anche alla filiazione nata fuori dal matrimonio, si aggirerebbe il termine quinquennale di proponibilità dell'azione di cui all'art. 263, co. 3 c.c., posto che l'azione di contestazione è, come già ricordato, imprescrittibile⁹². E tale termine, unitamente a quello analogo previsto dall'art. 244, co. 4, c.c., costituisce - lo si è sostenuto in queste pagine - uno degli indici normativi espressivi di un nuovo fondamento della filiazione, che oltrepassa, più decisamente che in passato, la derivazione genetica.

In altre parole, estendendo la contestazione dello stato di figlio alla filiazione extramatrimoniale, si rischierebbe di ledere il diritto del minore alla continuità dello stato di figlio. Il pericolo effettivamente c'è, ma ciò nonostante è stata sostenuta, non senza ragioni, un'interpretazione opposta dell'art. 240 c.c.

L'azione di contestazione può, dunque, essere esperita anche per contestare lo stato di figlio riconosciuto da genitori non coniugati, qualora il riconoscimento abbia riguardato un figlio non partorito dalla donna indicata come madre (a causa di supposizione di parto o di sostituzione di neonato). In tale ipotesi, pur trattandosi di un riconoscimento non veridico (da eliminare, pertanto, ai sensi dell'art. 263 c.c.), l'impugnativa - si sostiene - sarebbe riferita non tanto alla veridicità del riconoscimento, quanto piuttosto al fatto naturale del parto⁹³. Questo rilievo è pertinente e non può essere superato facilmente.

Si può aggiungere a sostegno della tesi in parola che se il parto

⁹¹ Sul piano dei confini tra le azioni di stato, la dottrina è stata spesso restia a superare i limiti di disciplina di un'azione di stato ritenendo applicabile un'altra azione. Ad esempio, secondo la dottrina pressoché unanime, l'azione di contestazione non può sostituire quella di disconoscimento della paternità, qualora il termine per agire con quest'ultima sia decorso. Opinando diversamente si violerebbe il principio del superiore interesse del minore, poiché il rapporto di filiazione sarebbe attaccabile da chiunque vi abbia interesse (art. 248, co. 1, c.c.). Invece, come si è già visto, soltanto il presunto padre, la madre o il figlio sono legittimati ad agire con l'azione di disconoscimento della paternità per vincere la presunzione di paternità del marito (art. 231 c.c.).

Si aggiunga che, ammettendo la contestazione, si aggirerebbe il termine di decadenza prescritto dall'art. 244, co. 4, c.c., a scapito della salvaguardia della stabilità del rapporto di filiazione. Interesse, questo, come già sopra rilevato, perseguito dal legislatore della riforma 2012/2013. Secondo una risalente sentenza di legittimità - Cass., n. 25/1989 - il padre naturale non può superare la presunzione di paternità, agendo con l'azione di contestazione dello stato di figlio (al tempo) legittimo. Ciò è consentito solo ai legittimati attivi all'azione di disconoscimento della paternità

⁹² G. CHIAPPETTA, *Riflessioni sul novellato sistema delle azioni di stato*, cit., 148, esclude che l'azione di contestazione dello stato di figlio sia applicabile per contestare la veridicità del riconoscimento.

⁹³ M. SESTA, *op. loc. ult. cit.*

non c'è stato o i neonati sono stati scambiati, non avrebbe senso e non sarebbe compatibile con la Costituzione ammettere la contestazione dello stato di figlio senza limiti di tempo per la filiazione nata nel matrimonio, negandola, invece, con riguardo alla filiazione extramatrimoniale se non nell'ambito del difetto di veridicità. Pertanto, se dopo cinque anni dall'annotazione del riconoscimento nell'atto di nascita non si possono più far valere le fattispecie della contestazione, avremmo un trattamento giuridico deteriore dei figli nati nel matrimonio. I quali sarebbero sempre esposti all'azione di contestazione dello stato di figlio, laddove quelli nati fuori dal matrimonio, dopo cinque anni, non potrebbero più subire la rimozione del loro stato.

Effettivamente, la tesi che esclude possa distinguersi tra filiazione matrimoniale e extra-matrimoniale con riguardo all'applicabilità della contestazione si espone alla critica di sopprimere (o di non considerare adeguatamente) il valore giuridico della continuità del legame affettivo con la madre non vera. La quale avrebbe difficoltà ad ottenere, una volta rimosso lo *status filitionis*, una pronuncia di adozione in casi particolari, non sussistendone, a stretto rigore, nessuna delle fattispecie previste dall'art. 44 l. n. 184/1983. Oltretutto, quand'anche dovesse ammettersi la praticabilità di tale tipo di adozione, il minore, ove sia accolga la tesi (da chi scrive comunque avversata) che nega l'estensibilità del sintagma «figlio adottivo» di cui all'art. 74 c.c. all'adozione in casi particolari (cfr. *amplius supra* § 4), non beneficerebbe di una parentela ampia, ma solo limitata al genitore adottivo.

Il problema interpretativo rimane di difficile soluzione. Se la tesi che nega l'applicabilità della contestazione dello stato di figlio alla filiazione nata fuori del matrimonio presta il fianco all'obiezione dell'ingiustificata disparità di trattamento di situazioni uguali e della contrarietà al principio dell'unicità dello stato di figlio, la tesi che l'ammette rischia di pregiudicare irrimediabilmente la stabilità del rapporto di filiazione.

Una via ulteriore per uscire dalle descritte difficoltà di una tesi e dell'altra potrebbe essere quella di sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 248 c.c. nella parte in cui non prevede il termine di prescrizione quinquennale dell'azione di contestazione per i soggetti diversi dal figlio. La dichiarazione di incostituzionalità, più problematica per la fattispecie della supposizione di parto, renderebbe maggiormente coerente il sistema delle azioni volte a rimuovere lo stato di figlio.

15. L'AZIONE DI RECLAMO DELLO STATO DI FIGLIO.

L'azione di reclamo, come quella di contestazione, ha perduto per effetto della riforma 2012/2013 il complemento di specificazione «della legittimità». La nuova rubrica dell'art. 239 c.c. recita «Reclamo dello stato di figlio». Questa modifica non ha ampliato l'ambito applicativo dell'azione in esame. Infatti se due genitori non coniugati non ab-

biano riconosciuto il loro figlio, quest'ultimo non può agire con l'azione di reclamo, ma deve chiedere al tribunale la dichiarazione giudiziale di paternità e di maternità (artt. 269 ss. c.c.).

Il reclamo garantisce il diritto fondamentale allo stato di figlio, attraverso l'accertamento formale del rapporto di filiazione con i propri genitori sposati tra loro. Pertanto chi reclama lo stato di figlio nato nel matrimonio deve provare tutti i presupposti di tale condizione: maternità, matrimonio tra i genitori, concepimento in costanza di matrimonio e paternità⁹⁴.

Le ipotesi in cui si ammette l'azione *de qua* sono indicate dall'art. 239 c.c.

Il comma 1 menziona la supposizione di parto e la sostituzione di neonato; di entrambe si è già detto con riguardo all'azione di contestazione (cfr. *supra* §14).

Il comma 2 prevede l'ipotesi in cui il figlio, pur nato nel matrimonio, sia stato iscritto come figlio di ignoti. Ciò può accadere se vi è stato abbandono da parte dei genitori non identificati, ovvero se la madre si sia avvalsa della facoltà di non essere nominata nell'atto di nascita (art. 30 d.p.r. n. 396/2000). In quest'ultimo caso, l'atto di nascita non indica neppure l'identità del marito. Solo ove la madre rinunci all'anonimato, diventa praticabile il reclamo. Il quale, tuttavia, non può essere esperito da parte del figlio se, nel frattempo, egli è stato adottato con sentenza di adozione piena passata in giudicato (art. 27 l. adoz.).

Il comma 3 indica due casi che hanno in comune la violazione della presunzione legale di paternità. Nel primo, il figlio concepito o nato nel matrimonio, prima della formazione dell'atto di nascita, viene falsamente riconosciuto in contrasto con la presunzione di paternità da parte di una persona diversa dal marito della madre. Qui occorrerà anzitutto accertare giudizialmente la non veridicità del riconoscimento (art. 263 c.c.); solo dopo, il figlio, nella permanenza della presunzione di paternità, potrà esercitare il reclamo provando la nascita nel matrimonio.

Nel secondo caso, a fronte della concorrenza di due presunzioni di paternità, il nato viene iscritto come figlio del genitore che, in realtà, non è tale. Ciò accade quando la donna, in violazione del divieto temporaneo di nuove nozze (art. 89 c.c.), contrae un nuovo matrimonio. Nel corso di questo viene concepito un figlio e il parto avviene prima che siano trascorsi trecento giorni dall'annullamento, scioglimento o cessazione degli effetti civili del precedente matrimonio. Così il nato risulta presunto figlio tanto del primo quanto del secondo marito⁹⁵. Prima di esperire l'azione di reclamo, occorrerà eliminare l'effetto costitutivo della presunzione falsa attraverso l'esercizio dell'azione di di-

⁹⁴ G. BISCONTINI, *La filiazione legittima*, in *Tratt. Bonilini-Cattaneo, Filiazione a adozione*, Torino, 2007, 85.

⁹⁵ G. BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, cit., 315.

sconoscimento della paternità. Successivamente potrà essere reclamato lo stato di figlio conforme all'altra presunzione di paternità.

L'ultimo comma dell'art. 239 c.c. contiene una disposizione di chiusura, secondo cui l'azione di reclamo è esperibile una volta rimosso il precedente stato.

A quest'ultima prescrizione sono riconducibili le seguenti situazioni: a) l'atto di nascita riporta correttamente i nomi dei genitori, ma il figlio risulta dall'atto stesso nato fuori anziché nel matrimonio; b) se il figlio nasce dopo trecento giorni dalla pronuncia di separazione giudiziale o dall'omologazione della separazione consensuale non opera la presunzione di paternità. Ove sia intervenuto un riconoscimento, è solo dopo aver eliminato lo stato di figlio riconosciuto che sarà possibile agire con l'azione di reclamo della nascita nel matrimonio, dimostrando che il concepimento è comunque avvenuto durante la convivenza dei coniugi separati e che la gravidanza ha avuto una durata eccezionale (art. 234 c.c.)⁹⁶.

Per ragioni di economia processuale, l'azione di reclamo può essere proposta nel medesimo procedimento in cui si agisce per rimuovere il falso stato di figlio⁹⁷.

Legittimato a esercitare l'azione di reclamo è il figlio (art. 249, co. 1, c.c.); qualora questi non abbia agito prima di morire, la legittimazione spetta ai suoi discendenti. Se il figlio è minore di età, si applica l'art. 244, co. 6, c.c.; se, invece, è interdetto o incapace naturale, è richiamato l'art. 245, co. 2, c.c. (art. 249, ult. co., c.c.) su cui ci siamo già soffermati (cfr. *supra* § 13).

Si discute, in ragione del diritto allo stato di genitore, se quest'ultimo sia legittimato ad agire *nomine proprio* per l'accertamento della filiazione. La dottrina ha fornito una risposta tanto affermativa quanto negativa⁹⁸. Tuttavia la tesi favorevole risulta rafforzata da argomenti tratti dalla riforma 2012/2013, la quale ha accresciuto il grado di effettività del diritto allo stato di figlio. Ciò attraverso sia l'indicazione dei diritti del figlio (art. 315-*bis* c.c., cfr. *amplius* cap. II-sez. I, § 4) i quali postulano la costituzione dello *status filiationis*, sia il mantenimento di quest'ultimo (artt. 244, co. 4 e 263, co. 3, c.c.)

Quanto alla legittimazione passiva, ai sensi dell'art. 249, co. 4, c.c., «nel giudizio devono essere chiamati entrambi i genitori». La norma allude, secondo una tesi, ai genitori veri. È stato però rilevato che, sebbene la norma non li menzioni, debbono ritenersi parti necessarie

⁹⁶ M. PORCELLI, *La contestazione ed il reclamo dello status di figlio legittimo*, in *Dir. fam. e pers.*, 2012, 4, 1751 ss.

⁹⁷ Così G. BISCONTINI, *La filiazione legittima*, cit., 85, «purché ovviamente siano chiamati in causa sia i genitori risultanti dal titolo che si contesta, sia quelli nei confronti dei quali si reclama lo stato».

⁹⁸ G. BISCONTINI, *La filiazione legittima*, cit., 85, argomenta a sostegno della tesi negativa.

del processo anche i titolari del rapporto di filiazione che si mette in discussione perché falso o erroneamente accertato.

Se l'azione è proposta nei confronti di persone premorte, minori o altrimenti incapaci, si osservano le disposizioni dell'art. 247 c.c.

La prova della filiazione può essere data con ogni mezzo. Trattandosi di casi in cui manca l'atto di nascita, di grande rilievo sono la prova testimoniale e quella documentale (ad es.: le carte private del padre o della madre).

L'azione di reclamo è imprescrittibile (art. 249, co. 2, c.c.). Il che non significa che detta azione sia sempre proponibile. Difatti si è detto che il reclamo postula la rimozione dello stato di figlio risultante dall'atto di nascita. Perciò l'azione volta a rimuovere lo stato non deve essere prescritta, altrimenti anche il reclamo è precluso. Ebbene, poiché tutte le azioni funzionali a eliminare le risultanze dell'atto di nascita - disconoscimento, contestazione e impugnazione per difetto di veridicità - sono imprescrittibili solo per il figlio, quest'ultimo potrà sempre far valere le proprie origini biologiche ed affermare la verità.

A diversa conclusione si perviene con riguardo ai genitori, ove ritenuti legittimati ad agire con il reclamo. Difatti per loro l'azione di disconoscimento e l'impugnazione del riconoscimento sono assoggettate a prescrizione. Di conseguenza, ove quest'ultima sia maturata, essi non potranno agire neppure con l'azione di reclamo.

Sulla base di quanto sopra esposto, l'azione di reclamo, sebbene sia diretta all'accertamento della paternità e della maternità, differisce dalla dichiarazione giudiziale di genitorialità esperibile «nei casi in cui il riconoscimento è ammesso», ossia con riguardo alla filiazione nata fuori del matrimonio.

Sezione II

Filiazione nata fuori del matrimonio: oltre il fondamento genetico.

SOMMARIO: - 1. Il riconoscimento del figlio: natura, forma, effetti. - 2. Riconoscimento del figlio quattordicenne o di età inferiore e limiti all'affermazione della verità biologica. - 3. Dal figlio incestuoso alla centralità del figlio e del rapporto di filiazione. - 4. L'inserimento del figlio nato fuori del matrimonio nella famiglia del genitore e declino del canone della compatibilità «con i diritti dei membri della famiglia legittima». - 5. Impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità. - 6. Altri casi di impugnazione: per violenza. - 7 (*Segue*) Per incapacità di agire. - 8. La dichiarazione giudiziale della paternità e della maternità: l'evoluzione normativa. - 9. (*Segue*) Legittimazione attiva e passiva. - 10 (*Segue*) Gli effetti della sentenza. - 11. La prova della maternità e della paternità.

1. IL RICONOSCIMENTO DEL FIGLIO: NATURA, FORMA, EFFETTI.

La filiazione nata fuori del matrimonio, diversamente da quella sorta in costanza di matrimonio, si costituisce con un atto formale, il riconoscimento, da annotare nell'atto di nascita (art. 43 ord. stato civ.). Inoltre la filiazione extramatrimoniale non è interessata dalla presunzione di paternità, né da alcun automatismo al fine di individuare la madre, la quale resta libera di riconoscere o meno il figlio (c.d. principio volontaristico).

Non è così in altri ordinamenti dove la legge considera madre la donna che ha partorito, senza il medio di un atto formale di riconoscimento¹.

Tornando al nostro diritto, a causa del diverso meccanismo di costituzione dello *status filiationis*, il matrimonio conserva la prerogativa dell'attribuzione automatica dello stato di figlio a fronte della volontarietà della costituzione dello stato di figlio extramatrimoniale.

Il riconoscimento consta di una dichiarazione della madre e del padre, resa congiuntamente o separatamente, con cui ciascuno assume

¹ C. M. BIANCA, *La famiglia*, cit., 366; L. LENTI, *La sedicente riforma della filiazione*, cit., 207.

di essere genitore di un determinato soggetto (art. 250, co. 1, c.c.). Con tale atto si ha un'esplicita assunzione di responsabilità, ammessa anche se il dichiarante era unito in matrimonio con altra persona all'epoca del concepimento.

È controverso in dottrina se il riconoscimento sia un negozio giuridico, quindi un atto di autonomia privata, oppure un atto non negoziale come la dichiarazione di scienza². La soluzione è influenzata dal profondo mutamento intervenuto nel sistema della filiazione con la legge di riforma del 1975.

Prima di questa normativa che, nel dare attuazione ai principi e ai valori costituzionali, ha segnato una rottura con il passato, soltanto il riconoscimento poteva dare luogo alla costituzione dello stato di figlio, essendo la dichiarazione giudiziale di paternità limitata a pochi eccezionali casi (art. 269 cod. civ. del 1865). L'instaurazione del rapporto di filiazione dipendeva, dunque, pressoché esclusivamente, da un atto di autonomia privata³.

La riforma del 1975 ha ribaltato siffatta impostazione, riconoscendo il diritto allo stato di figlio, ossia il diritto di veder accertato il rapporto di filiazione. Di conseguenza la dichiarazione giudiziale di genitorialità perde il carattere di eccezionalità. Pertanto, qualora i genitori non procedano al riconoscimento, il figlio può in qualunque momento agire giudizialmente per imporre la costituzione dello *status filiationis* (art. 270 co. 1 c.c.). Ciò in conformità all'art. 30, co. 1, Cost. che impone ai genitori di «mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio» (art. 30 co. 1 Cost.).

Coerentemente la Cassazione, muovendo proprio dal fondamento costituzionale del diritto allo stato di figlio, ha ammesso il risarcimento del danno non patrimoniale subito dal figlio a causa del mancato riconoscimento⁴ (cfr. *infra* cap. III-sez. III, § 7).

Ebbene, l'esistenza del diritto allo stato di figlio fa sì che la costituzione della filiazione non possa dipendere esclusivamente dalla vo-

² G. F. BASINI, *Il riconoscimento del figlio naturale*, in *Filiazione e adozione*, Trattato continuato da G. Bonilini, Milano, 2007, 178 ss.

³ A. CICU, *La filiazione*, cit., 131-136, assume una posizione peculiare. Egli, dopo aver criticato tutte le tesi che all'epoca erano state sostenute, muta la propria più risalente opinione, ritenendo che l'atto di riconoscimento sia un «atto di volontà di creare per il figlio il titolo dello stato di figlio naturale».

⁴ Cass., n. 26205/2013, argomenta l'esistenza del diritto fondamentale di ricevere dai propri genitori assistenza morale e materiale dall'art. 30, co. 1, Cost. coordinato con gli artt. 2 Cost., 24, co. 3, Carta dei diritti fondamentali UE e 7-8 Convenzione di New York 1989 ratificata dall'Italia. L'endiadi diritto a essere educato e mantenuto - si legge nella sentenza - «contiene e presuppone il diritto di condividere fin dalla nascita con il proprio genitore la relazione filiale, sia nella sfera intima e affettiva, di primario rilievo nella costituzione e sviluppo dell'equilibrio psicofisico di ogni persona, sia nella sfera sociale, mediante la condivisione e il riconoscimento esterno dello status conseguente alla procreazione». Cfr. anche Cass., n. 5652/2012.

lontà del genitore. Quest'ultima più che altro, se sussiste, ha l'effetto di rendere superfluo l'intervento del giudice. Ma allora, ritiene un'autorevole dottrina⁵, il riconoscimento va qualificato come negozio di accertamento (formale) della filiazione, essendo volto ad attribuire certezza giuridica a una situazione preesistente⁶. Così si giustifica l'efficacia retroattiva (alla nascita) della sentenza dichiarativa dello stato di figlio⁷.

La tesi che, invece, qualifica il riconoscimento quale atto dichiarativo espressivo dell'autonomia privata si espone a due obiezioni: 1) l'intento di colui che riconosce non penetra la disciplina dell'atto, modellandone gli effetti che sono prefissati dalla legge; 2) talvolta il riconoscimento non produce il complesso degli effetti giuridici, come accade nell'ipotesi in cui la norma richiede l'assenso del figlio ultraquattordicenne (art. 250, co., 2, c.c.).

Il riconoscimento è un atto unilaterale. L'assenso (si badi: non il consenso) del minore ultraquattordicenne è solo una condizione di efficacia di un atto che si è già perfezionato, come si evince dall'art. 250 co. 2 c.c. Il quale si esprime in termini di mancata produzione di effetto senza l'assenso. È vero che il comma 3 dell'art. 250 adopera sia il lemma «consenso» (e non assenso) dell'altro genitore sia l'espressione «non può avvenire», ma si tratta di una imperfezione della tecnica le-

⁵ U. MAJELLO, *Della filiazione naturale e della legittimazione*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1982, 139 ss. C. M. BIANCA, *La famiglia*, cit., 366, afferma che «Non sembra condivisibile l'idea del riconoscimento quale atto giuridico in senso stretto, e più specificamente quale dichiarazione di scienza, dato che chi riconosce non si limita a manifestare una conoscenza (so che questo è mio figlio) ma vuol accettare pubblicamente la posizione di genitore». Secondo G. BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, cit., 322, nel riconoscimento «si combinano l'attestazione della verità del fatto della nascita di una persona da un'altra - poiché presuppone la veridicità del rapporto biologico, che mira ad accertare - e la volontà di accertare lo status di figlio». Affermava A. CICU, *La filiazione*, cit., 133, che occorre distinguere il negozio familiare (se proprio di negozio si vuol discorrere) dal negozio giuridico, perché «nel campo del diritto familiare, ed in specie nella materia della filiazione, non è riconosciuta una privata autonomia, per cui il potere di riconoscere non può rientrare in essa».

⁶ Cass., n. 24848/2015, conformemente a un orientamento giurisprudenziale consolidato, ribadisce che il negozio di accertamento «è caratterizzato, quanto alla causa, dallo scopo di imprimere certezza giuridica a un preesistente rapporto o di precisarne definitivamente il contenuto e l'essenza quanto agli effetti». E esso, continua la Suprema Corte, non è, dunque, fonte autonoma degli effetti che produce, giacché si limita soltanto a rendere definitiva «la situazione connessa con il rapporto preesistente, la quale sia, di per sé, idonea al conseguimento degli effetti definitivamente fissati dal negozio accertativo».

⁷ Cass., n. 15756/2006, riconosce un diritto di regresso *pro quota* al genitore che abbia assunto per intero l'onere di mantenimento del figlio. È dal momento della sentenza di accertamento della filiazione naturale (e non già dalla nascita) che decorre il termine di prescrizione di tale diritto. Già A. CICU, *La filiazione*, cit., 134, parlava di sentenza dichiarativa dello stato di figlio con riguardo all'accoglimento del reclamo.

gislativa. Il riconoscimento è una fattispecie complessa e la giurisprudenza ne sottolinea la doverosità, pena, come si diceva, la risarcibilità del danno non patrimoniale al nato per lesione di un diritto fondamentale⁸.

La forma del riconoscimento è richiesta *ad substantiam*, ossia a pena di nullità dell'atto. Le ragioni del formalismo sono intuibili: richiamare l'attenzione sulle conseguenze dell'atto e preconstituire una documentazione necessaria alla pubblicità nei registri dello stato civile.

Diversi e tassativi sono gli atti attraverso cui riconoscere. Secondo l'art. 254 c.c. il riconoscimento può essere effettuato nell'atto di nascita o con un'apposita dichiarazione, posteriore alla nascita o al concepimento, davanti ad un ufficiale dello stato civile, o in un atto pubblico redatto da un notaio o da un console o, infine, in un testamento qualunque sia la forma di questo.

L'espressione «qualunque sia la forma» significa che anche il testamento olografo (non solo quello per atto di notaio) può contenere il riconoscimento, la cui efficacia permane anche in caso di revoca del medesimo testamento (art. 256 c.c.). Naturalmente è solo dall'apertura della successione, ossia dal momento della morte del testatore (art. 456 c.c.), che il riconoscimento avrà efficacia.

Il riconoscimento è un *actus legitimus*, non tollerando né termini né condizioni (art. 257 c.c.). Esso può riguardare anche il figlio già morto al solo scopo di favorire i suoi discendenti (art. 255 c.c.). Perciò se il riconosciuto premorto non ha lasciato discendenti, il riconoscimento è privo di effetti. Con questa disposizione si vuole evitare che il genitore riconosca al solo scopo di succedere al figlio⁹. Se vi sono discendenti, questi succederanno per diritto di rappresentazione, subentrando nel luogo e nel grado del loro ascendente (di primo grado) che non ha potuto accettare l'eredità.

Quanto agli effetti del riconoscimento, la legge n. 219/2012 ha modificato l'art. 258, co. 1, c.c. in conseguenza della codificazione del principio dell'unicità dello stato di figlio. Il nuovo testo stabilisce che il riconoscimento produce effetti riguardo non più soltanto al genitore da cui fu fatto, ma anche ai parenti di quest'ultimo.

Le conseguenze dell'ingresso del figlio riconosciuto nella famiglia del genitore sono molteplici. Si applicherà l'art. 316-*bis* c.c. sul concorso al mantenimento del figlio nato fuori del matrimonio da parte de-

⁸ Cass., n. 26205/2013, ammette la risarcibilità del danno non patrimoniale subito dal figlio per non essere stato riconosciuto dal padre, pur consapevole della concreta possibilità di essere genitore. Il diritto leso è quello di cui all'art. 30, co. 1, Cost., come interpretato dalla Suprema Corte (cfr. in senso conforme Cass., n. 5652/2012). La Cassazione ritiene, inoltre, per il principio di economia processuale, che la domanda risarcitoria possa essere proposta nello stesso giudizio in cui si chiede la dichiarazione giudiziale di paternità o di maternità.

⁹ C. M. BIANCA, *La famiglia*, cit., 368.

gli altri ascendenti, qualora i genitori che abbiano effettuato il riconoscimento siano privi di mezzi sufficienti.

Ma è soprattutto con riguardo alla capacità a succedere che si apprezzano gli effetti più consistenti dell'unicità dello stato di figlio e della modifica dell'art. 258 c.c. Il soggetto riconosciuto diviene chiamato ad eredità cui prima era estraneo e, al contempo, nuovi soggetti sono legittimati a succedergli. Su questi aspetti si rinvia la trattazione al cap. III-sez. II, §§ 1-3.

2. RICONOSCIMENTO DEL FIGLIO QUATTORDICENNE O DI ETÀ INFERIORE E LIMITI ALL'AFFERMAZIONE DELLA VERITÀ BIOLOGICA.

L'art. 1 l. n. 219/2012 ha introdotto due novità nell'art. 250 c.c.: 1) l'abbassamento da sedici a quattordici anni dell'età che attribuisce al figlio la capacità di dare il proprio assenso al riconoscimento; 2) la semplificazione del procedimento giudiziale in caso di opposizione al riconoscimento da parte del genitore che abbia già riconosciuto.

Il primo aspetto non è di poco conto, poiché il diniego dell'assenso da parte del minore che abbia compiuto 14 anni non è superabile attraverso un provvedimento giudiziale. Pertanto, ove manchi l'assenso, il genitore si vedrà preclusa la possibilità del riconoscimento che, se già intervenuto, sarà privo di effetto (art. 250, co. 2 c.c.)¹⁰. La disposizione è coerente con una linea più generale di politica del diritto che ha valorizzato la maturità del minore, diminuendo l'età richiesta per interloquire su questioni che lo riguardino (art. 4, co. 1, l. adoz.) o per assumere iniziative (art. 244, ult. co., c.c.).

Se il figlio ha meno di quattordici anni si applica, invece, un'altra disciplina. Secondo l'art. 250, co. 3, c.c., «il riconoscimento del figlio che non ha compiuto i quattordici anni non può avvenire senza il consenso dell'altro genitore che abbia già effettuato il riconoscimento». Chi riconosce per primo ha dunque il potere di impedire, sia pur non definitivamente, il secondo riconoscimento. Si tratta di un potere da esercitare con equilibrio nell'esclusivo interesse del minore. Difatti l'art. 250, co. 4, c.c. stabilisce che «il consenso non può essere rifiutato se risponde all'interesse del figlio».

Se chi ha già riconosciuto nega il proprio consenso al secondo riconoscimento, al genitore che intenda costituire formalmente il vincolo di filiazione non resta che rivolgersi al giudice competente. Il quale, a

¹⁰ P. VIRGADAMO, *Il riconoscimento del figlio a seguito della riforma della filiazione*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, a cura di R. Pane, Napoli, 2015, 194, il quale, riprendendo il pensiero di A. FIGONE, *La riforma della filiazione e della responsabilità genitoriale*, Torino, 2014, 20, ritiene che il consenso del figlio quattordicenne sia un insindacabile requisito di efficacia del riconoscimento genitoriale.

seguito della riforma 2012, non è più il tribunale per i minorenni ma il tribunale ordinario (art. 38, co. 2, disp. att. c.c.).

Ed è su questa ipotesi che interessa riflettere, al fine di comprendere se ma soprattutto quando la volontà dell'*infra*-quattordicenne possa influire sulla decisione giudiziale. La questione ci interessa particolarmente perché incide, ancora una volta, sul tema del fondamento della filiazione.

È bene rilevare subito - anche se è affermazione quasi scontata - che il genitore intenzionato a riconoscere per secondo non ha un diritto assoluto alla costituzione nei suoi confronti dello stato di figlio, nonostante che il disposto dell'art. 30, co. 1, Cost. preveda, com'è noto, il «diritto» del genitore di mantenere, educare ed istruire la prole. Il punto è piuttosto un altro e nasce dal disposto secondo cui il riconoscimento deve essere autorizzato dal giudice se esso sia «rispondente all'interesse del figlio» (art. 250, co. 4, 1° periodo). E in questa valutazione, assume un ruolo rilevante la posizione assunta dal figlio stesso, il quale deve essere sentito se dodicenne o di età inferiore ma capace di discernimento.

Il minore, durante l'audizione, potrebbe convintamente opporsi al (secondo) riconoscimento a tutela della stabilità dei rapporti familiari esistenti e della propria identità personale, che egli non sente essere correlata al soggetto che vorrebbe riconoscere, nonostante il legame biologico con quest'ultimo. Ecco che la verità biologica, sia pur in questa ipotesi particolare, può risultare soccombente a tutela del minore.

La Cassazione, di recente, ha valorizzato questi due profili appena menzionati - la stabilità dei legami familiari esistenti e l'identità personale - quali argini da contrapporre legittimamente all'affermazione della verità biologica, qualora quest'ultima dovesse compromettere lo sviluppo psicofisico del minore¹¹.

Il giudice, senza indulgere a valutazioni astratte o a massime stereotipate, dovrà valutare se il (secondo) riconoscimento attui in concreto l'interesse del minore, non incidendo negativamente sullo sviluppo armonioso della psicologia e della personalità del medesimo.

La delicatezza di questa indagine ha giustificato la seconda novità cui si faceva cenno all'inizio del paragrafo: la semplificazione del procedimento che deve necessariamente intraprendere chi si sia visto ne-

¹¹ Cass., n. 7762/2017, in *www.cassazione.net*, afferma, in un caso di secondo riconoscimento del figlio nato fuori del matrimonio, che la verità biologica non deve necessariamente affermarsi quale base dello stato di figlio. Il prioritario interesse del minore va temperato con il diritto del genitore di riconoscere il proprio figlio, deducibile dall'art. 30, co. 1 Cost., diritto, quest'ultimo, «che può essere sacrificato soltanto in presenza del rischio della compromissione dello sviluppo psicofisico del minore». Questo rischio si valuta sia ascoltando il minore, parte sostanziale del procedimento, sia valutando la personalità del ricorrente ai sensi dell'art. 250, co. 4, c.c.

gare, da parte del genitore che abbia già riconosciuto, il consenso al riconoscimento del figlio nato fuori dal matrimonio.

Depositato il ricorso da parte del genitore che intende riconoscere, il tribunale fissa un termine per la notifica all'altro genitore che abbia già riconosciuto. Successivamente si aprono due scenari alternativi: a) se non è proposta opposizione da parte del genitore che ha già riconosciuto entro trenta giorni dalla notifica, il giudice decide con sentenza che tiene luogo del consenso mancante (è una tutela in forma specifica). Il procedimento, pertanto, si chiude più velocemente¹². Qui il legislatore ha presunto che la mancata opposizione abbia realizzato il miglior interesse del minore; b) se invece è fatta opposizione, il giudice, assunta ogni opportuna informazione, dispone l'audizione del figlio¹³ che abbia compiuto dodici anni o di età inferiore se capace di discernimento «e assume eventuali provvedimenti provvisori e urgenti al fine di instaurare la relazione, salvo che l'opposizione non sia palesemente fondata».

In sostanza al genitore che abbia già riconosciuto, diversamente dal figlio quattordicenne che dia o neghi l'assenso al riconoscimento, non spetta l'ultima parola sulla valutazione dell'interesse del figlio ad acquisire il legame di parentela anche con l'altro genitore. È il giudice il soggetto istituzionale che garantisce protezione all'interesse del minore¹⁴. Il quale però, se dodicenne o comunque capace di discernimen-

¹² S. TROIANO, *Le innovazioni alla disciplina del riconoscimento del figlio naturale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, 463 in nota, rileva come la mancata opposizione da parte del genitore che abbia già riconosciuto equivale alla volontà tacita di prestare, sia pur più tardivamente, il consenso al secondo riconoscimento del figlio nato fuori dal matrimonio. Si può osservare che secondo il previgente testo dell'art. 250 c.c., il rifiuto del secondo riconoscimento dava luogo ad un giudizio tra i genitori. Con la riforma vi è una sorta di fase preliminare volta a verificare se il genitore che abbia già riconosciuto confermi il proprio rifiuto extraprocessuale del consenso al secondo riconoscimento. Il giudizio contenzioso è, dunque, soltanto eventuale.

¹³ Rispetto al testo previgente, l'audizione del minore non deve più svolgersi «in contraddittorio con il genitore che si oppone»; ciò al fine di garantire una maggiore spontaneità delle dichiarazioni dello stesso. La nuova disposizione procedimentale è particolarmente importante, perché funzionale all'attuazione del miglior interesse del minore. Un interesse che si realizza se vi sono le condizioni per esprimere liberamente il proprio pensiero. Un punto messo maggiormente in rilievo dalla riforma 2012/2013 è proprio il seguente: il minore deve essere protagonista delle decisioni che lo riguardano, come si ricava dalla normativa sovranazionale. In questa direzione di rafforzamento della capacità di autodeterminarsi si colloca anche l'art. 336-bis, co. 2, c.c.

¹⁴ Sia consentito un raffronto. E. ROPPO, *Il giudice nel conflitto coniugale*, cit., 300, spiega magistralmente quali finalità abbia l'intervento del giudice ai sensi degli artt. 145 e 316 c.c. nel quadro sovraordinato dell'art. 29, co. 2 Cost. Egli tiene a sottolineare che la mediazione giudiziale è funzionale non già a privilegiare il gruppo sugli individui che vi appartengono, ma a sostenere, se possibile, «l'interesse dei singoli membri della famiglia a continuare a fruire di un'esperienza familiare che ne arricchisce e potenzia la personalità, e a fruirne in quel modo più pieno, che solo l'unità e la coesione del gruppo». Quando però viene in gioco l'interesse del minore, il giudice

to, collabora a conformare il contenuto della decisione giudiziaria. Sulla rilevanza giuridica delle dichiarazioni del minore ci soffermeremo estesamente in seguito (cap. III-sez. I, § 6). Basti qui rilevare che un'opposizione decisa e motivata al riconoscimento da parte del minore infra-quattordicenne non può essere minimizzata dal giudice, il quale, piuttosto, dovrà valutarla con riguardo al suo concreto interesse «a realizzarsi nel contesto delle relazioni affettive che consentano uno sviluppo armonico della sua identità sotto il profilo psichico, culturale e relazionale»¹⁵.

Con la sentenza di rigetto dell'opposizione che tiene luogo del consenso mancante, ma che non sostituisce il riconoscimento¹⁶, il giudice assume anche i provvedimenti riguardanti l'affidamento e il mantenimento. Sia in caso di affido condiviso che esclusivo, andranno stabiliti tempi e modalità di permanenza presso ciascun genitore, nonché la misura del mantenimento in applicazione dei criteri indicati dall'art. 337-ter, co. 4, c.c.

Il giudice dovrà assumere anche i provvedimenti sul cognome ai sensi dell'art. 262 c.c., pertanto il figlio potrà acquisire il cognome del padre aggiungendolo, antepoendolo o sostituendolo a quello della madre.

Siano consentiti pochi cenni alla capacità di riconoscere, in cui emerge come uno dei tratti fondamentali della disciplina della filiazione sia la sua elasticità.

La riforma del 2012 ha modificato il secondo comma dell'art. 250 c.c. Si è scelto non di abbassare l'età minima richiesta per l'atto, rima-

non svolge più una mediazione, ma si concentra unicamente sulla valorizzazione della posizione giuridica di tale soggetto. Sottolinea Roppo che il legislatore, nel riscrivere l'art. 316 c.c. non ha consentito l'imposizione di una soluzione dettata dall'esterno, giacché quest'ultima origina pur sempre in ambito familiare (si legge nell'ultimo periodo dell'art. 316 co. 3 che «se il contrasto permane il giudice attribuisce il potere di decisione a quello dei genitori che, nel singolo caso, ritiene il più idoneo a curare l'interesse del figlio»).

È evidente la ragione per cui il potere del giudice in caso di opposizione al secondo riconoscimento sia così penetrante. L'esigenza di garantire una protezione forte del minore impedisce di lasciare alla sovrana determinazione dei privati una questione di rilevanza pubblica come lo *status filiationis*.

¹⁵ Così Cass., n. 7762/2017, cit.

¹⁶ La sentenza che tiene luogo del consenso mancante si limita a sostituire quest'ultimo, ma non surroga il riconoscimento, che rimane un atto ad iniziativa del genitore. Si è posto perciò il problema di come conciliare i provvedimenti opportuni sull'affidamento e mantenimento del minore con l'eventualità che il genitore, dopo il procedimento ex art. 250, co. 3, c.c., cambi idea e non effettui il riconoscimento. La soluzione migliore è sintetizzata da P. VIRGADAMO, *Il riconoscimento del figlio a seguito della riforma della filiazione*, cit., 200, nel senso di «scomporre la procedura in una prima fase da concludersi con la sentenza parziale che tiene luogo del consenso mancante ed in una seconda finalizzata a regolare i rapporti genitoriali e a disporre anche in ordine al cognome del minore riconosciuto, da attuarsi una volta riconosciuto il figlio». La seconda fase postula, quindi, l'avvenuto riconoscimento del figlio, atto, questo, propeutico ai provvedimenti sull'affidamento, mantenimento e cognome.

sta ancorata al compimento del sedicesimo anno di età, ma di introdurre un elemento di flessibilità. Stabilisce infatti l'art. 250, ult. co., c.c. che il giudice - ossia il tribunale collegiale e non il giudice tutelare - valutate le circostanze, possa autorizzare un infra-sedicenne a riconoscere il proprio figlio¹⁷.

Quest'ultima previsione è apprezzabile se si considera, come si vedrà anche in altre situazioni (cfr. *infra* cap. II-sez. II, § 10 e cap. II-sez. I, § 12), che il principio della preminenza dell'interesse del minore confligge, talvolta, con soluzioni normative rigide, codificate in disposizioni precettive che, nella loro generalità ed astrattezza, non sempre garantiscono una tutela effettiva ed efficiente del minore rispetto alla fattispecie concreta posta *sub iudice*. Ciò vale anche con riguardo a taluni problemi su cui ci soffermeremo che coinvolgono il fondamento della filiazione.

Qualora l'infra-sedicenne effettui il riconoscimento senza la preventiva autorizzazione giudiziale, l'atto è, secondo la tesi preferibile, annullabile e non già nullo. Opinando diversamente si determinerebbe un'ingiustificata diversità di disciplina con il riconoscimento compiuto dall'interdetto, che è invece un atto annullabile (art. 266 c.c.).

3. DAL FIGLIO INCESTUOSO ALLA CENTRALITÀ DEL FIGLIO E DEL RAPPORTO DI FILIAZIONE.

La verità biologica e il diritto di formalizzare la propria genitorialità (art. 30, co. 1, Cost.) non sono valori assoluti. Essi, in taluni casi, devono essere bilanciati con situazioni giuridiche soggettive del minore. Tra queste vi è il diritto alla stabilità dei rapporti familiari già in essere, che discende sia dal principio del preminente interesse del minore sia dal diritto all'identità personale, cui la giurisprudenza fa spesso riferimento nelle questioni di stato¹⁸.

Proprio la tematica sopra esposta del secondo riconoscimento del figlio nato fuori dal matrimonio, disciplinato dall'art. 250, coo. 3 e 4, c.c., mostra plasticamente la necessità del bilanciamento tra confliggenti posizioni di rilievo costituzionale. Che sia così è dimostrato anche dalla regolazione della filiazione incestuosa, dove il legislatore del 2012, da un lato, ha rafforzato - con le precisazioni di seguito svolte - il legame genetico con i genitori, dall'altro, ha subordinato siffatta novità

¹⁷ Secondo il Trib. Milano, 2.12.2013, l'autorizzazione a riconoscere il proprio figlio può essere chiesta solo dal minore (che abbia procreato), non anche da altri soggetti come il Comune in persona dell'assistente sociale. Ciò in quanto le ipotesi di sostituzione processuale sono tassative (art. 81 c.p.c.), oltre al fatto che, ai sensi dell'art. 254 c.c., l'atto giuridico del riconoscimento spetta solo a chi riconosce, ossia a chi acquista la qualifica di genitore.

¹⁸ Cass., n. 7762/2017, cit.

alla valutazione giudiziale dell'inesistenza per il minore di ogni pregiudizio derivante dalla costituzione dello *status filiationis*.

La legge n. 219/2012, rispetto alla riforma del 1975, ha introdotto una condivisibile e significativa ulteriore apertura alla costituzione dello *status filiationis*, pur se conseguente a un rapporto incestuoso (art. 251 c.c.). È bene premettere che l'aggettivo incestuoso è stato eliminato dal codice civile, in quanto lesivo della dignità del nato. Il codice penale, invece, intitola la rubrica dell'art. 564 «incesto» ed inserisce questa fattispecie criminosa nel capo II sui «Delitti contro la morale familiare».

Com'è noto - sia consentita un'altra premessa - l'art. 251 c.c. delimita l'incesto alle ipotesi in cui il figlio nasca da persone tra le quali vi è un vincolo di parentela in linea retta all'infinito (padre figlio) o in linea collaterale di secondo grado (fratelli), ovvero un vincolo di affinità in linea retta (coniuge suocera).

Ora, per comprendere l'innovazione legislativa cui si accennava poco sopra e le ragioni che la giustificano, occorre conoscere l'evoluzione normativa e giurisprudenziale che ha riguardato la condizione giuridica del nato da parenti o affini.

Nel passaggio dal codice civile del 1865 (art. 180, n. 2) a quello del 1942, vi è stato il superamento del divieto assoluto di riconoscimento del figlio incestuoso. L'art. 251 cod. civ. 1942, nel testo antecedente alla riforma del 1975, consentiva il riconoscimento soltanto al genitore in buona fede, ossia all'oscuro, al tempo del concepimento, del vincolo esistente con l'altro futuro genitore.

Di certo il più risalente radicale divieto penalizzava il genitore inconsapevole della propria condizione di parente/affine e il figlio. La ragione di questa impostazione si scorge nella volontà del legislatore di salvaguardare una concezione astratta di famiglia, la cui struttura sarebbe stata intollerabilmente alterata dalla costituzione di un rapporto di filiazione generato da un incesto, sia pur attuato nella completa buona fede della coppia. Ma già nel 1942 si registra, come si accennava, un mutamento della coscienza sociale, che spinge la politica a valorizzare almeno la buona fede del genitore. Così la costituzione dello stato di figlio incestuoso non era più ritenuta incompatibile con la nozione di famiglia e di filiazione.

La riforma del 1975 è intervenuta sull'art. 251 c.c., introducendo due nuove disposizioni: ammissibilità del riconoscimento anche qualora fosse intervenuta la dichiarazione di nullità del matrimonio da cui deriva l'affinità; necessità dell'autorizzazione giudiziale al riconoscimento nei casi di buona fede o di nullità del matrimonio, «avuto riguardo all'interesse del figlio ed alla necessità di evitare allo stesso qualsiasi pregiudizio».

Si può notare come l'art. 251 c.c., come modificato nel 1975, si concentrasse soprattutto sulle figure dei genitori, delimitando troppo rigidamente le ipotesi di riconoscimento della filiazione incestuosa. Lo scopo era di tutelare di più una certa idea di famiglia - inammissibile

se fondata sulla consapevolezza dell'incesto - piuttosto che il nato. Tant'è che per effetto della lettura combinata degli artt. 251 e 278 c.c., al figlio incestuoso era preclusa l'azione volta ad ottenere la dichiarazione giudiziale della paternità o della maternità, qualora il riconoscimento non fosse possibile a causa della mala fede dei genitori. In questa ipotesi, tuttavia, il figlio non riconoscibile minore d'età aveva diritto di ottenere il mantenimento, l'istruzione e l'educazione; il maggiorenne aveva invece diritto agli alimenti qualora versasse in stato di bisogno (art. 279 c.c.).

Prima della legge n. 219/2012, la dottrina ha criticato, sotto il profilo degli effetti dell'incesto, l'equiparazione della condizione giuridica del figlio a quella dei genitori¹⁹. Si è sottolineato che l'interesse del minore è diverso da quello di questi ultimi, ponendosi su un piano di superiorità, anche rispetto all'interesse pubblico. Il fatto che i genitori in mala fede non fossero legittimati a riconoscere il figlio incestuoso, non avrebbe dovuto precludere al figlio, quasi fosse una conseguenza ineluttabile, di agire per la dichiarazione di genitorialità. Perciò correttamente, nel 2002, è intervenuta la Corte costituzionale che ha introdotto, attraverso una declaratoria di incostituzionalità, la dichiarazione di paternità o di maternità naturale nell'interesse del figlio incestuoso²⁰.

Ma rimaneva ancora un passo da compiere, nient'affatto scontato almeno secondo una certa impostazione fatta propria dalla legge n. 219/2012. La quale ha modificato l'art. 251 c.c., consentendo ai genitori di riconoscere il figlio "incestuoso" anche in caso di loro mala fede, cioè nella consapevolezza, fin da prima del concepimento, del vin-

¹⁹ M. GIORGIANNI, *La filiazione fuori del matrimonio*, in *La riforma del diritto di famiglia*, Atti del Convegno di Venezia, 11-12 marzo, Padova, 1972, 135 e ivi altri interventi della più autorevole dottrina del tempo; G. FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, Milano, 1979, 211; S. LANDINI, *Incostituzionalità dei limiti alle indagini sulla maternità e paternità ex art. 278 e posizione giuridica del figlio incestuoso*, in *Familia*, 2003, 841 ss. Cfr. le considerazioni di M. SESTA, *La condizione dei figli incestuosi tra principi costituzionali e discrezionalità del legislatore*, in *Familia*, 2002, 1127.

²⁰ Corte Cost., n. 494/2002 (rel. G. Zagrebelsky), in *Giust. cost.*, 2002, 4058, con nota di 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 *Fam. e dir.*, 2003, 2, 119 ss., con nota di M. DOGLIOTTI, *La Corte costituzionale interviene a metà sulla filiazione incestuosa*, dichiara incostituzionale l'art. 278, co.1, c.c. nella parte in cui escludeva la dichiarazione giudiziale della paternità e della maternità naturali e le relative indagini, nei casi in cui, a norma dell'art. 251, co.1, c.c., era vietato il riconoscimento dei figli incestuosi. Si tratta di una sentenza cosiddetta manipolativa che, in quanto tale, introduce una nuova regola nell'ordinamento (nel caso di specie l'ammissibilità dell'azione da parte del figlio incestuoso). La Consulta ha argomentato dagli artt. 2 e 3 Cost. ossia dai principi di uguaglianza, di «pari dignità sociale» e dal divieto di differenziare la disciplina sulla base di «condizioni personali e sociali».

colo di parentela o di affinità che li lega. Il riconoscimento diviene perciò legittimo a prescindere dall'elemento soggettivo.

Va precisato che i genitori non sono però titolari del diritto di riconoscere; è il figlio che ha, in certi casi, l'interesse a essere riconosciuto dai genitori, nonostante l'incesto in mala fede. Questo è un punto da sottolineare: la riconoscibilità è una previsione a tutela del minore e non vi è contraddizione con la prescrizione del reato. Le finalità del diritto penale non assorbono quelle del diritto civile.

Si diceva che non vi è diritto di riconoscere, tant'è che l'art. 251 c.c. subordina il riconoscimento alla «previa autorizzazione giudiziale avuto riguardo [appunto] all'interesse del figlio e alla necessità di evitare allo stesso qualsiasi pregiudizio». Il giudice basa la propria decisione esclusivamente sull'interesse del minore, valutando il contesto in cui si inserisce l'incesto e soprattutto *il tipo di rapporto* che si è sviluppato successivamente tra i soggetti coinvolti, come emerge da una prima applicazione giurisprudenziale²¹.

Rilevante al fine della costituzione dello stato figlio nato da incesto non è, quindi, soltanto il legame genetico, ma anche e soprattutto la qualità della relazione che si è instaurata con i genitori o con quel genitore divenuto imprescindibile per la crescita. Il cuore della disciplina è, pertanto, la posizione giuridica non già dei genitori - quindi non rileva primariamente il diritto di far valere il legame genetico - ma del nato in stretto rapporto con chi abbia generato. Da qui la necessità dell'autorizzazione giudiziale, che deve giungere all'esito di una valutazione complessa, in definitiva, sulla rilevanza del rapporto di filiazione che dalla nascita si sia sviluppato.

Il presupposto normativo dell'autorizzazione richiede, tuttavia, qualche considerazione ulteriore.

Se il figlio è maggiorenne occorre ritenere che il giudice non possa valutare l'esistenza o meno del pregiudizio derivante dal riconoscimento della filiazione, poiché chi è legalmente capace effettua da sé

²¹ Trib. min. Caltanissetta, decr. 20.12.2013, autorizza la madre, oggetto di violenza da parte del di lei padre, a riconoscere la propria figlia. L'autorizzazione è giustificata dalle seguenti considerazioni: 1) la bambina «che ha sempre convissuto con la madre biologica può e deve continuare a ricevere dalla predetta ogni forma di tutela nell'esercizio della potestà [oggi responsabilità] genitoriale»; 2) vi è un palese interesse della minore ad essere riconosciuta, poiché «la madre costituisce [per la minore] da sempre l'unica figura parentale socialmente riconosciuta e accreditata». Sottolinea P. VIRGADAMO, *Il riconoscimento del figlio a seguito della riforma della filiazione*, cit., 208, come responsabilità genitoriale e riconoscimento del figlio siano istituti diversi. Questa considerazione è utile qualora sia proprio l'autore della violenza sessuale a chiedere il riconoscimento. Qualora fosse concessa l'autorizzazione ed effettuato il riconoscimento, si instaurerebbe lo stato di figlio, ma il padre non potrebbe esercitare la responsabilità genitoriale essendone decaduto (art. 564, ult. co., c.p.). L'obbligo di mantenere il figlio non cessa né viene sospeso in conseguenza della decadenza dalla responsabilità.

siffatta valutazione. L'opinione opposta creerebbe un problema di costituzionalità dell'art. 251, co. 1, c.c. rispetto agli artt. 2, 3 e 30 Cost.²².

Ora, poiché il comma 1 dell'art. 251 c.c. prescrive l'autorizzazione come regola generale, laddove il comma 2 la richiede soltanto con riguardo alla persona minore di età, deve concludersi, per riconoscere effettività al comma 1, che il giudice debba concedere l'autorizzazione tutte le volte in cui abbia accertato che il maggiorenne sia favorevole a essere riconosciuto. Si tratterebbe di un'udienza filtro. Disposta l'autorizzazione, il giudice, come si diceva, non potrà valutare l'esistenza o meno del pregiudizio²³. Quest'ulteriore attività viene in rilievo, ed è necessaria secondo quest'impostazione dottrinale²⁴, solo nell'interesse esclusivo del minore²⁵.

Si discute se l'autorizzazione sia requisito di validità o di efficacia del riconoscimento; qualora si accolga la prima tesi²⁶, non è ammissibile l'autorizzazione successiva, il che non è talvolta privo di inconvenienti²⁷.

È un altro, però, l'aspetto sul quale interessa prendere posizione. L'introduzione della facoltà di riconoscere il figlio ai sensi dell'art. 251 c.c. ha fatto discutere. È stato rilevato come, nella sostanza, si sia legittimato l'incesto, non senza una spiccata incoerenza sistematica,

²² G. LISELLA, *Dichiarazione giudiziale di maternità e di paternità di figlio nato da relazione incestuosa e autorizzazione giudiziale*, in *Fam. e dir.*, 2014, 8-9, 846 ss. (pp. 2-3 versione on line); G. F. BASINI, «*Braut und schwester bist du dem bruder – so blühe denn, wälsungen-blut!*». Considerazioni critiche riguardo alla rinnovata disciplina sul riconoscimento dei figli, così detti, incestuosi, in *Fam. e dir.*, 2015, 1, 81 ss. (cfr. p. 4 versione on line).

²³ G. LISELLA, *Dichiarazione giudiziale di maternità e di paternità*, cit., p. 2 versione on line, riconosce all'autorizzazione giudiziale una duplice funzione. La prima di filtro, «finalizzata a verificare che il figlio accetti che, a seguito del riconoscimento, diventi conoscibile il carattere incestuoso del concepimento: essa è richiesta in ogni caso, ma, se riguarda il figlio maggiorenne e capace, il giudice la deve concedere sulla base del semplice accertamento della sua volontà. Ovviamente, la mancanza di autorizzazione rende irricevibile il riconoscimento». La seconda funzione, sempre con le parole dell'autore, è «volta a valutare se l'instaurazione del rapporto di filiazione risponda effettivamente all'interesse del figlio legalmente incapace. In tal caso l'autorizzazione, come nel passato, assume la natura di requisito di efficacia dell'atto». Dunque la disposizione che prevede una valutazione di merito circa l'esistenza del pregiudizio deve essere riferita soltanto al minore d'età.

²⁴ G. LISELLA, *op. loc. ult. cit.*

²⁵ Se il genitore che ha già riconosciuto non dà il proprio consenso al genitore che pure intenda riconoscere, si pone un problema di coordinamento tra l'art. 250, co. 4 c.c. e 251 c.c. sotto il profilo del giudice competente.

²⁶ Trib. min. Caltanissetta, decr. 20.12.2013, cit.

²⁷ Tali inconvenienti sono posti bene in luce, anche sulla scorta delle considerazioni di Gaspare Lisella, da P. VIRGADAMO, *Il riconoscimento del figlio a seguito della riforma della filiazione*, cit., 209. In particolare l'invalidità del riconoscimento non autorizzato obbligherebbe il figlio, divenuto maggiorenne, che intendesse costituire lo *status filiationis*, a chiedere la dichiarazione giudiziale di paternità, piuttosto che sottoporre il suo assenso al riconoscimento al mero controllo autorizzativo del giudice.

stante la natura delittuosa della condotta (art. 564 c.c.). Ma, oltre a quanto già rilevato sulle diverse finalità e differenti principi del diritto penale e civile, può aggiungersi che la regola giuridica deve essere ragionevole prima che assolutamente coerente e logica.

Si può, allora, obiettare come sia irragionevole far dipendere la condizione della prole dalla buona o mala fede dei genitori, giacché i figli non sono responsabili delle circostanze del loro concepimento. V'è di più sotto un profilo di inarrestabile sviluppo dell'ordinamento giuridico. Consentire il riconoscimento, sia pur autorizzato dal giudice, contribuisce a proseguire il percorso già avviato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 494/2002, già sopra ricordata.

Secondo la Consulta i limiti all'accertamento della filiazione nata da incesto si giustificano solo se posti nell'interesse del figlio. È in forza di questo principio che la stessa Corte ha legittimato, come si diceva, l'azione volta ad ottenere la dichiarazione giudiziale di genitorialità. Rispetto a questa pronuncia, il d. lgs. n. 154/2013 ha aggiunto la necessità che via sia «la previa autorizzazione [giudiziale] ai sensi dell'art. 251 c.c.» (art. 278 c.c.). Anche questo intervento legislativo ha sollevato perspicue critiche dottrinali²⁸, soprattutto in punto di legittimità costituzionale dell'autorizzazione qualora il figlio sia maggiorenne.

Critiche ribadite con riguardo alla previsione (introdotta sempre dal d. lgs. n. 154/2013) dell'autorizzazione giudiziale ai sensi dell'art. 279, co. 2, c.c.²⁹, ossia qualora non possa proporsi l'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità o di maternità.

Insomma il legislatore non avrebbe dovuto prevedere l'autorizzazione giudiziale ai sensi degli artt. 251 e 278 c.c., né per l'azione prevista dall'art. 279 c.c. quando il nato sia maggiore d'età.

Scindendo le posizioni del minore e del figlio maggiorenne, si può

²⁸ G. LISELLA, *Dichiarazione giudiziale di maternità e di paternità di figlio nato da relazione incestuosa e autorizzazione giudiziale*, cit., p. 4 (testo on line), parla di giurisdizione condizionata. Si svolge un procedimento giudiziario in cui «il condizionamento dell'azione è particolarmente forte». G. F. BASINI, *op. ult. cit.*, 4-5 (testo on line) rileva come, rispetto alla sentenza della Corte costituzionale del n. 494/2002, il legislatore del 2013 abbia reso «più incerto, più lungo, e più complicato, attualmente, per i figli c.d. "incestuosi" maggiori di età, giungere alla dichiarazione giudiziale di filiazione, ed all'acquisto dello stato, di quanto non fosse sotto la disciplina previgente, a partire dal 2002». Secondo l'autore, da un lato, il figlio dovrà provare il legame biologico, dall'altro, il giudice è chiamato a valutare l'interesse alla costituzione del rapporto di filiazione. Inoltre, il procedimento si allunga ancora di più ove dovessero ammettersi impugnazioni del provvedimento di autorizzazione. Si aggiunga che mentre ai sensi dell'art. 251 c.c. competente a decidere è il tribunale per i minorenni, ai sensi dell'art. 278 c.c. chiamato a pronunciarsi è il tribunale ordinario anche quando si discute dello stato di un minore (cfr. art. 38, co. 1, disp. att. c.c.).

²⁹ G. F. BASINI, *op. ult. cit.*, 5-6 (testo on line), ravvisa la violazione del parametro costituzionale di cui all'art. 30, co. 1 Cost.

ritenere che l'autorizzazione giudiziale sia uno strumento duttile in grado di realizzare volta per volta l'interesse del minore, dando rilievo al rapporto genitoriale di fatto eventualmente costituitosi, rifuggendo così da ingiuste e irragionevoli equiparazioni di singole e delicatissime vicende umane³⁰.

4. INSERIMENTO DEL FIGLIO NATO FUORI DEL MATRIMONIO NELLA FAMIGLIA DEL GENITORE E DECLINO DEL CANONE DELLA COMPATIBILITÀ «CON I DIRITTI DEI MEMBRI DELLA FAMIGLIA LEGITTIMA».

La nascita di un figlio fuori del matrimonio può generare un conflitto tra il nato e la famiglia del genitore sposato. È il caso in cui chi è coniugato intenda inserire nella propria famiglia il figlio avuto con un'altra donna prima di sposarsi, oppure il figlio scoperto e riconosciuto dopo il matrimonio.

La Costituzione, all'art. 30, co. 3, subordina la tutela dei figli nati fuori dal matrimonio al canone della compatibilità con i diritti dei membri della «famiglia legittima» (sintagma, quest'ultimo, superato dall'espressione famiglia fondata sul matrimonio). Di conseguenza non è configurabile un diritto del nato fuori del matrimonio a essere inserito nella famiglia del genitore sposato. Difatti l'art. 252 c.c. prevede regole volte a contemperare i contrapposti interessi che vengono in rilievo nella fattispecie in esame.

La formulazione di quest'ultimo articolo è stata ritoccata nel 2013 in attuazione della delega al Governo contenuta nell'art. 2 let. e) l. n. 219/2012. Il quale stabilisce che la disciplina dell'inserimento del figlio riconosciuto nella famiglia dell'uno o dell'altro genitore deve essere adeguata «al principio della unificazione dello stato di figlio, demandando *esclusivamente al giudice* la valutazione di compatibilità di cui all'art. 30, terzo comma, della Costituzione».

La modifica legislativa è stata preparata, da un lato, dall'evoluzione della coscienza sociale che non avverte più la famiglia non fondata sul matrimonio come un disordine individuale e un cattivo modello del vivere comune. Dall'altro la dottrina più attenta³¹ ha sottolineato ed avvertito il limite più evidente dell'art. 252 c.c. nella stesura previgen-

³⁰ Ingiuste e irragionevoli equiparazioni - si può commentare - si sono verificate nella vigenza della previgente disciplina, che vietava in assoluto il riconoscimento del figlio incestuoso da parte dei genitori in mala fede all'atto del concepimento.

³¹ G. FERRANDO, *La filiazione legittima e la filiazione naturale*, in *Tratt. di diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, coordinato da A. Zoppini, *Fonti, soggetti, famiglia*, Milano, 2009, II, 409; Id., *La filiazione naturale*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno. Torino, 1997, 196 ss.; D. VALENTINO, *L'inserimento del figlio naturale nella famiglia legittima*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, 142 ss.; L. CARRARO, in *Comm. Cian, Oppo, Trabucchi*, Padova, IV, 1992, 121 ss.

te, rappresentato da una tutela sbilanciata a favore della filiazione legittima rispetto a quella spettante al figlio naturale riconosciuto.

È opportuno allora ricordare che l'art. 252 c.c., prima dell'ultima modifica, subordinava l'inserimento del figlio naturale nella famiglia legittima ai seguenti consensi: 1) dell'altro coniuge; 2) dei figli conviventi di sedici anni; 3) dell'altro genitore naturale che avesse effettuato il riconoscimento.

Non era del tutto chiaro se la mancanza di uno di questi consensi precludesse definitivamente l'inserimento del figlio nella famiglia legittima. Secondo la giurisprudenza, il rifiuto dei consensi di cui sopra ai nn. 1) e 2) impediva irrimediabilmente l'inserimento, mentre il rifiuto del consenso di cui al n. 3) era superabile mediante l'intervento del giudice³².

In sostanza tutti i membri della famiglia legittima dovevano approvare l'ingresso nella propria compagine dell'ulteriore figlio del genitore, salvo che - la regola è tutt'ora vigente - il figlio fosse già convivente con il genitore all'atto del matrimonio o l'altro coniuge conoscesse l'esistenza del figlio stesso. In altri termini se il coniuge scopriva solo dopo essersi sposato di aver avuto un figlio, vi era una maggiore tutela della famiglia legittima nella sua composizione e in particolare dei figli legittimi, i quali, se sedicenni e conviventi, potevano opporsi all'inserimento del figlio naturale.

Il legislatore, quindi, proteggeva la situazione familiare preesistente al matrimonio, ma, in mancanza di essa, attribuiva maggior rilievo all'assetto della famiglia matrimoniale.

La disposizione non convinceva soprattutto sotto il profilo della eccessiva subordinazione della posizione dei figli naturali rispetto a quelli legittimi. L'art. 252 c.c., nella previgente versione, finiva per discriminare i primi tutelando maggiormente una formazione sociale (la famiglia legittima) rispetto a un individuo (il figlio naturale). Ciò lasciava intravedere, almeno secondo un'interpretazione, profili di illegittimità costituzionale dell'articolo in esame, con riguardo al principio personalistico (art. 2 Cost.) e a quello di uguaglianza (art. 3 Cost.).

La strada dell'incostituzionalità, tuttavia, non era agevole, scontrandosi da un lato con la posizione privilegiata di cui gode, secondo l'insegnamento diffuso, il matrimonio nella Costituzione rispetto alle altre formazioni sociali (art. 29, co. 1, Cost.); dall'altro con la convinzione di una certa inferiorità della filiazione naturale rispetto a quella legittima che la Carta fondamentale ha alimentato per anni [il riferimento è al limite di compatibilità di cui all'art. 30 ult. co. Cost., il qua-

³² Corte cost., n. 229/1987 (rel: afferma che se il rifiuto dell'altro genitore è contrario all'interesse del minore, il giudice può autorizzare l'inserimento di quest'ultimo nella famiglia legittima, escludendo l'opponente dall'esercizio della potestà (ai sensi dell'art. 317-bis c.c. nel testo previgente alla modifica 2012/2013).

le peraltro è posto a vantaggio dei «membri (non già solo dei figli) della famiglia legittima»].

Non si intende indugiare oltre sul punto. Preme piuttosto affermare che, sulla base di quanto accennato, la delega a riscrivere l'art. 252 c.c. si giustifica pienamente al fine non tanto di porre sullo stesso piano la tutela del figlio nato fuori del matrimonio rispetto a quello matrimoniale, quanto piuttosto di bilanciare più adeguatamente i contrapposti interessi. Non ha senso, infatti, nella fattispecie in esame invocare diritti identici. Non foss'altro perché si fronteggiano due esigenze contrapposte: quella propria dei membri della famiglia matrimoniale di conservare il loro assetto, l'altra del figlio extramatrimoniale di godere dell'habitat familiare del genitore sposato.

Si constata che il legislatore delegato ha confermato l'autorizzazione giudiziale all'inserimento del figlio nato fuori del matrimonio nella famiglia del genitore coniugato; autorizzazione subordinata alla verifica che non vi sia alcuna contrarietà all'interesse del minore da inserire. Allo stesso tempo è stato giustamente tenuto fermo il consenso all'inserimento da parte dell'altro genitore che abbia effettuato il riconoscimento (art. 252, co. 4, c.c.).

Il primo elemento aggiunto dal legislatore delegato riguarda l'altro coniuge e consiste nell'aver subordinato la sua legittimazione a prestare il consenso all'essere egli stesso convivente nella famiglia in cui inserire il minore. Il coniuge non convivente non può dunque influire sulla decisione dell'altro di far vivere il figlio non matrimoniale nella propria famiglia insieme con gli altri figli.

Simmetricamente anche il consenso dei figli nati nel matrimonio è richiesto solo in caso di convivenza di questi stessi col genitore intenzionato a inserire il figlio extramatrimoniale nella famiglia.

Ma la novità più significativa è rappresentata dall'attribuzione al giudice dell'ultima parola, qualora via sia «disaccordo tra i genitori, ovvero mancato consenso degli altri figli conviventi». Egli deve decidere tenendo conto dell'interesse di tutti i minori coinvolti. A questa valutazione contribuiscono gli stessi minori, i quali devono essere ascoltati qualora abbiano compiuto dodici anni e anche se di età inferiore ove capaci di discernimento.

Di certo il diniego dell'autorizzazione giudiziale all'inserimento deve basarsi su motivi seri e palesemente fondati, tali da mettere in pericolo la serenità della crescita del minore ove inserito, ovvero la stabilità e la tranquillità psichica dei figli nati nel matrimonio. Una spiccata ostilità da parte degli altri figli o tra i genitori potrebbe indurre il giudice a negare l'inserimento. Non sarebbe, invece, sufficiente la mera volontà espressa dai figli matrimoniali di conservare l'originaria composizione della loro famiglia nella casa familiare.

La regola, quindi, non parifica la posizione dei figli astraendo dal contesto concreto, ma consente al giudice di valutarlo al fine di assumere la decisione che meglio contemperi le contrapposte esigenze. Il diniego del figlio matrimoniale sedicenne non è più motivo ostativo al-

l'inserimento; tale volontà contraria deve essere analizzata dal giudice tenendo conto, da un lato, dell'esistenza della famiglia basata sul matrimonio, dall'altro del principio della unicità dello stato di figlio.

Proseguendo nella disamina dell'art. 252 c.c., non può sfuggire come il mancato consenso da parte dell'altro coniuge, stante la lettera dell'ultimo comma, impedisca irrimediabilmente l'inserimento del figlio extramatrimoniale nella famiglia fondata sul matrimonio. Qui il giudice non ha il potere di decidere diversamente ed è chiaro il perché. Si tutela l'unità matrimoniale (art. 29, co. 2, Cost.), la quale sarebbe pregiudicata se il giudice potesse far prevalere la propria volontà su quella del coniuge che si oppone all'inserimento³³.

Del resto va rilevato, sul piano sistematico, che l'art. 145, co. 2, c.c., in caso di disaccordo tra i coniugi sulla fissazione della residenza o su altri affari essenziali, attribuisce al giudice il potere di adottare la soluzione più adeguata soltanto se «ne sia richiesto espressamente e congiuntamente dai coniugi». Anche nella fattispecie di cui all'art. 316 c.c., il giudice non sovrappone il proprio volere a quello dei genitori, limitandosi a concentrare l'esercizio della responsabilità genitoriale sul genitore «più idoneo a curare l'interesse del figlio».

Ad ogni modo la riforma 2012/2013 ha configurato un maggior equilibrio tra l'interesse dei figli matrimoniali e quello del figlio extramatrimoniale. Le modifiche all'art. 252 c.c. appaiono coerenti con il quadro normativo più generale. A tal proposito si consideri che l'art. 315-bis, co. 2, c.c. sancisce il diritto del figlio «di crescere *in famiglia*», a significare comunanza di vita senza alcuna distinzione tra figli nati nel e fuori del matrimonio. Ancora: l'art. 24, co. 3, *Carta dei diritti fondamentali UE* prevede il diritto del minore «di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori». Ed è ovvio che la via principale della regolarità delle relazioni e del contatto diretto sia la convivenza nella casa familiare.

Le modifiche dell'art. 252 c.c. e il principio della unicità dello stato di figlio inducono a chiedersi quale sia, oggi, il grado di effettività del limite costituzionale di compatibilità cui è assoggettata la tutela dei figli nati fuori del matrimonio rispetto «ai diritti dei membri della famiglia legittima» (art. 30, co. 3 Cost.). Una cosa è certa: tale limite ha visto attenuarsi nel tempo, significativamente, la sua portata applicativa. Ciò in ragione anche dell'abrogazione del diritto di commutazione (art. 537, co. 3, c.c.) da parte dell'art. 71 let. d) d. lgs. n. 154/2013, nonostante che la Corte costituzionale ne avesse affermato la piena compatibilità con il dettato costituzionale³⁴ e con la specificità della situazione concreta.

³³ G. F. BASINI, *La filiazione fuori del matrimonio*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da G. Bonilini, vol. IV, *La filiazione e l'adozione*, Milano, 2016, 3598-3599.

³⁴ Corte cost., n. 335/2009 (rel. P. Grossi). A favore del mantenimento dell'isti-

È difficile intravedere oggi un ambito applicativo del canone costituzionale della compatibilità «con i diritti dei membri della famiglia legittima». In definitiva anche la disciplina dell'inserimento di cui all'art. 252 c.c. non può dirsi espressione compiuta di esso. Le disposizioni contenute in quest'articolo si giustificano più che altro in ragione di un conflitto da risolvere tra due situazioni diverse. Da un lato ci sono i membri della famiglia nucleare fondata sul matrimonio che hanno interesse a non alterare il proprio assetto familiare a tutela dell'unità. Dall'altro vi è l'interesse di un figlio ulteriore a far parte della famiglia del proprio genitore.

Non sarebbe ragionevole (art. 3 Cost.) la regola che prevedesse un diritto assoluto del figlio nato fuori del matrimonio ad essere inserito nella famiglia del genitore coniugato. Altrettanto irragionevole apparirebbe una regola che consentisse ai componenti della famiglia fondata sul matrimonio di impedire in ogni caso l'ingresso in essa del figlio extramatrimoniale.

L'unità familiare e il principio dell'unicità dello *status* di figlio devono trovare, nel caso di specie, un giusto bilanciamento, nella ricerca del quale il canone della compatibilità poco o nulla rileva.

5. IMPUGNAZIONE DEL RICONOSCIMENTO PER DIFETTO DI VERIDICITÀ.

L'accertamento volontario della filiazione fuori del matrimonio può essere contestato con l'impugnativa del riconoscimento in tre casi: 1) per difetto di veridicità (art. 263 c.c.); 2) per violenza (art. 265 c.c.); 3) per incapacità di agire (artt. 250 ult. co. e 266 c.c.). Il primo attiene alla falsa attestazione della propria genitorialità. Il secondo e il terzo hanno in comune una volontà viziata che giustifica l'impugnazione del riconoscimento anche se veridico.

L'errore e il dolo, invece, sebbene non previsti quali cause di impugnazione, rilevano indirettamente soltanto per falsità del riconoscimento. La mancata previsione di tali vizi del volere esprime l'intenzione del legislatore di tutelare maggiormente l'interesse generale alla certezza degli stati personali piuttosto che la spontaneità del riconoscimento da parte del genitore³⁵ (salvo, come si diceva, l'ipotesi ben più grave della violenza).

tuto della commutazione si sono espressi: G. BONILINI, *L'abrogazione della norma concernente il diritto di commutazione*, in *Fam. e dir.*, 2014, 517 ss.; A. GORGONI, *La commutazione e la compatibilità con i membri della famiglia legittima*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 571. Diversa è la posizione di M. DOSSETTI, *I diritti successori dei figli, degli ascendenti, dei fratelli e degli altri parenti*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da G. Bonilini, cit., 4413.

³⁵ G. F. BASINI, *La filiazione fuori del matrimonio*, cit., 3600-3601. Sull'impugnazione per incapacità naturale del riconoscimento per difetto di veridicità da ritenersi ammissibile cfr. V. PIETROBON, *Riconoscimento del figlio naturale e incapacità di in-*

Il riconoscimento non veridico, oltre a determinare una responsabilità penale (artt. 495 e 567 c.p.), è impugnabile ai sensi dell'art. 263 c.c. Sul piano civilistico occorre distinguere due situazioni: sapere già all'atto del riconoscimento di non essere il genitore, oppure venire a conoscenza di tale fatto in un momento successivo.

Nella prima ipotesi si è posto il problema dell'ammissibilità dell'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità. Prima della modifica dell'art. 263 c.c. è stata sostenuta sia la tesi affermativa (posto che l'azione era imprescrittibile) che negativa.

Nell'attuale contesto normativo c'è un dato nuovo: il termine di decadenza dall'azione di un anno, introdotto dal d. lgs. n. 154/2013. La sua decorrenza avviene, per espressa disposizione dell'art. 263, co. 1, c.c., dal giorno dell'annotazione del riconoscimento sull'atto di nascita. Ma la questione appena sopra ricordata rimane ancora aperta nei termini seguenti: ci si deve chiedere se chi ha riconosciuto falsamente possa, durante la decorrenza del termine annuale di decadenza³⁶, impugnare per difetto di veridicità.

La giurisprudenza ha accolto la tesi negativa sulla base dell'evoluzione dell'ordinamento giuridico da cui emergerebbe un «concetto sociale di famiglia»³⁷. Più volte i giudici delle Corti interne e della Corte EDU hanno riconosciuto la rilevanza dell'interesse del figlio

tendere e di volere, in *Riv. dir. civ.*, 1966, II, 466 ss. La validità del riconoscimento, nella logica del legislatore, non può dipendere dalle motivazioni soggettive che abbiano indotto erroneamente il genitore a riconoscere il figlio nato fuori del matrimonio.

³⁶ È stata sostenuta anche la tesi della nullità del riconoscimento non veridico, ma la previsione di un termine di prescrizione la sconfigge.

³⁷ Secondo il Trib. Firenze, ord. 30.7.2015, l'azione di cui all'art. 263 c.c. non può essere esercitata dall'autore del riconoscimento consapevolmente non veridico, ma anche dal coniuge e dai discendenti dello stesso. Nel caso di specie agiscono in giudizio (con un accertamento tecnico preventivo ex art. 696 c.p.c., propedeutico all'azione ex art. 263 c.c., volto ad accertare la non corrispondenza del DNA del defunto con la figlia naturale) la figlia legittima e la coniuge del *de cuius*. La convenuta, figlia naturale, eccepisce di aver convissuto per tanti anni col padre e con la di lui figlia legittima come una vera e propria famiglia. Il trib. fiorentino, mosso dall'intento dichiarato di «riscoprire la fattualità del diritto» (riecheggiano qui le parole del P. Grossi, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, 33 ss.), respinge il ricorso. Si afferma nell'ordinanza che consentire l'impugnazione ex art. 263 c.c. determinerebbe le seguenti lesioni: 1) dell'interesse della figlia naturale (maggiorrenne) a conservare un rapporto che, di fatto, è stato quello tra un figlio e un genitore; 2) dell'identità personale e sociale acquisita attraverso il rapporto con la figura genitoriale di riferimento; 3) della dignità della persona. Oltretutto, rileva ancora il trib., l'azione ex art. 263 c.c. che vorrebbe esercitare la figlia legittima, pure in passato convivente con la figlia naturale del *de cuius*, «contrasta con i criteri di buona fede, solidarietà e reciproco affidamento che connotano in modo particolare i rapporti di famiglia (Cass., n. 2315/1999)». Analogamente Trib. Roma, 17.10.2012, in *Fam. e dir.*, 2013, 10, 909 ss., con nota di F. FAROLFI, *Riconoscimento per compiacenza e legittimità dell'impugnazione*, secondo cui la proposizione dell'azione di impugnazione ex art. 263 c.c. dopo dieci anni dal riconoscimento è contraria ai doveri di buona fede, lealtà e correttezza, i quali permeano, come corollari del principio costituzionale di solidarietà, anche la materia familiare oltre ai rapporti obbligatori.

di conservare il rapporto genitoriale, dispiegatosi nel tempo, con un soggetto con cui non vi è legame biologico.

È questo un aspetto delicato. Come si è osservato nel capitolo precedente (cfr. *supra* cap. I-sez. I, §12), vi sono indici normativi di rilevanza del rapporto di fatto consolidatosi nel tempo con il minore (cfr. *amplius infra* cap. II-sez. II §§, 7-8). Ora è vero che nel caso di specie vi è già un termine breve entro cui agire; termine da ritenere applicabile anche a colui che, pur non impotente, sia consapevole di non essere il genitore. Tuttavia non può escludersi che anche pochi mesi siano sufficienti a creare un legame giuridicamente inscindibile.

Quale sia la durata temporale occorrente a precludere l'azione non può che dipendere dalla valutazione delle circostanze del caso concreto.

Un'autorevole dottrina ha, invece, addotto un argomento diverso e più radicale per concludere che la consapevole assunzione di paternità non può essere mai rinnegata ad arbitrio del suo autore. Quest'affermazione costituirebbe un corollario del principio di apparenza del diritto, «secondo il quale chi crea l'apparenza di una condizione di diritto o di fatto è assoggettato alle conseguenze di tale condizione nei confronti di chi vi abbia fatto ragionevole affidamento»³⁸.

Il legislatore ha comunque cercato di contrastare il fenomeno del falso riconoscimento finalizzato a eludere la normativa sull'adozione con l'art. 74 l. adoz.³⁹ Tale disposizione prevede l'obbligo a carico dell'ufficiale dello stato civile di trasmettere al tribunale per i minorenni una comunicazione, sottoscritta dal dichiarante, che vi è stato il riconoscimento da parte di una persona coniugata di un figlio nato fuori del matrimonio e non riconosciuto dall'altro genitore. Il tribunale per i minorenni, se del caso, nominerà un curatore speciale per impugnare davanti al tribunale ordinario (art. 38 disp. att. c.c.) il riconoscimento per difetto di veridicità. Secondo la Cassazione, il tribunale può altresì ordinare, in via cautelare, l'allontanamento del minore dall'autore del falso riconoscimento, disponendo l'affidamento a terzi⁴⁰, nonché l'apertura del procedimento per la dichiarazione di adottabilità.

A parte quest'ultima particolare ipotesi, legittimati attivi all'esercizio dell'azione sono, ai sensi dell'art. 263, co. 1, c.c.: 1) chi ha riconosciuto falsamente; 2) chi è stato riconosciuto; 3) chiunque vi abbia

³⁸ C. M. BIANCA, *La famiglia*, cit., 398, ricorda come il principio del valore impegnativo dell'atto di consapevole assunzione di responsabilità sia stato già riconosciuto dalla Cassazione con riguardo al consenso prestato dal marito alla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo (Cass. n. 2315/1999).

³⁹ G. F. BASINI, *La filiazione fuori del matrimonio*, in *Trattato di diritto di famiglia*, cit., 3599, rileva come a un riconoscimento non veridico faceva seguito l'istanza di inserimento del minore riconosciuto nella famiglia legittima di chi aveva effettuato il riconoscimento.

⁴⁰ Cass., n. 4147/1996, in *Leggi d'Italia on line*.

interesse (ad es.: la madre, il padre biologico o un successibile del dichiarante a fini successori).

Se il riconosciuto è minore di età, legittimato ad agire è il curatore speciale nominato dal giudice, assunte sommarie informazioni, su istanza dello stesso minore purché quattordicenne (e non più del sedicenne per effetto del d. lgs. n. 154/2013), ovvero, quando si tratti di infra-quattordicenne, su istanza del pubblico ministero o dell'altro genitore che abbia validamente riconosciuto (art. 264 c.c.).

L'azione, qualora non sia stata esercitata, si trasmette in caso di morte sia dell'autore del riconoscimento (art. 267, co. 2, c.c.) che del figlio riconosciuto (art. 267, co. 3, c.c.). Nella prima ipotesi, ove non sia decorso il termine di cui all'art. 263, co. 3, c.c., l'azione può essere proposta dai discendenti o dagli ascendenti dell'autore del riconoscimento entro un anno dalla morte di quest'ultimo «o dalla nascita del figlio se si tratta di figlio postumo o dal raggiungimento della maggiore età da parte di ciascuno dei discendenti» (art. 267, co. 2 c.c.).

Nella seconda ipotesi (morte del figlio riconosciuto), legittimati ad agire in sua vece sono il coniuge o i discendenti «nel termine di un anno che decorre dalla morte del figlio riconosciuto o dal raggiungimento della maggiore età da parte di ciascuno dei discendenti» (art. 267, co. 3, c.c.).

Legittimato passivo è il figlio riconosciuto, qualora ad agire sia l'autore del riconoscimento (si ritiene che non debba essere chiamato in giudizio l'altro genitore); se ad agire è il figlio riconosciuto, deve essere evocato l'autore del riconoscimento.

Nel giudizio occorrerà dimostrare che l'autore del riconoscimento non è il vero genitore, perché quest'ultimo era incapace di generare al momento del concepimento o perché genitore è un altro soggetto. Ora, poiché nel processo deve emergere l'oggettiva inesistenza del rapporto di filiazione, non è sufficiente l'*exceptio plurium concubentium*. Di certo l'indisponibilità dello *status* di figlio esclude che abbia valore confessorio la dichiarazione del figlio (art. 2733, co. 2, c.c.). Decisiva è invece la prova scientifica che si distingue in genetica o ematologica (cfr. *infra* § 11).

Quanto ai termini di esercizio dell'azione, il d. lgs. n. 154/2013 ha, come si accennava, innovato profondamente. Il previgente art. 263, co. 3, c.c., con riguardo a tutti i legittimati attivi, stabiliva che: «L'azione è imprescrittibile». Il decreto legislativo, invece, ha inteso bilanciare più adeguatamente l'interesse del figlio alla stabilità del rapporto di filiazione con l'interesse - pubblico (dello Stato) e privato (del genitore vero e di quello falso) - alla verità dello *status filiationis*.

A tal fine è stata sancita l'imprescrittibilità dell'azione solo con riguardo al figlio (art. 263, co. 2, c.c.)⁴¹. Il quale, sebbene sia trascorso

⁴¹ È utile ricordare che la Corte cost., n. 158/1991 (rel.: F. P. Casavola), non ha ritenuto in contrasto con il principio di uguaglianza il previgente art. 263 c.c. che, nel pre-

un tempo anche lungo dall'avvenuto riconoscimento, può sempre eliminare lo stato (falso), agendo eventualmente per la costituzione del legame di filiazione con il genitore vero (cfr. *infra* § 8). Chi ottiene l'eliminazione dello stato di figlio ha diritto di conservare il cognome originario (magari in aggiunta a quello del genitore biologico), qualora esso caratterizzi la propria identità personale e la propria famiglia (art. 33 ord. stato civ.)

Se prima della più recente riforma della filiazione, l'azione era imprescrittibile per tutti i legittimati attivi, il decreto legislativo 154/2013 ha introdotto nell'art. 263 c.c. un termine di decadenza per i soggetti diversi dal figlio.

Il comma 3 dell'art. 263 c.c. fissa il termine breve di un anno entro cui l'autore del riconoscimento deve agire. La decorrenza è dal giorno dell'annotazione del riconoscimento sull'atto di nascita. Nell'ipotesi specifica di impotenza il *dies a quo* di esordio è postergato al giorno della scoperta dell'incapacità di procreare. Ugualmente per la madre, la quale può provare di aver ignorato l'impotenza del supposto padre, così da spostare la decorrenza del termine dalla conoscenza di questa circostanza.

Sempre il comma 3, all'ultimo periodo, prevede per il padre e per la madre un termine massimo di cinque anni entro cui agire. La cui decorrenza dall'annotazione del riconoscimento prescinde dalla conoscenza del fatto preclusivo del legame genetico (*id est*: dell'*impotentia generandi*). Parimenti dispone il comma 4 con riguardo a chiunque via abbia interesse, prevedendo altresì la sospensione della decorrenza nei casi di cui all'art. 245 c.c. (interdizione, incapacità naturale).

Si noti che, per effetto del comma 4, il padre biologico ha cinque anni di tempo per contestare il riconoscimento falso effettuato da un altro soggetto, mentre quest'ultimo non può più impugnare dopo un anno dall'annotazione.

Il termine quinquennale vale anche con riguardo a coloro che han-

vedere l'imprescrittibilità dell'impugnazione per difetto di veridicità a fronte della decadenza dall'azione di disconoscimento della paternità (art. 244 c.c.), finiva col diversificare la condizione del figlio naturale rispetto a quella del figlio legittimo. Il figlio naturale, in caso di riconoscimento non veridico, non poteva mai beneficiare della incontestabilità del proprio stato, neppure se, come nel caso di specie, il genitore fosse consapevole fin dal riconoscimento della falsità di quest'ultimo e fosse trascorso molto tempo dal riconoscimento stesso. La Corte cost. ha escluso che fosse invocabile, quale motivo di illegittimità dell'art. 263 c.c., il parametro inderogabile dei doveri di solidarietà (art. 2 Cost.). Ciò in quanto le due condizioni di figlio naturale e di figlio legittimo non sono comparabili. Con riguardo alla prima, vale l'interesse oggettivo dell'ordinamento alla verità dello *status* (in tal senso si è evoluta la normativa a partire dall'art. 339 del Codice Napoleone); la seconda è dominata invece dalla presunzione di paternità, superabile solo con l'azione di disconoscimento nel breve termine di un anno. Alla Corte cost. non sfugge, tuttavia, che l'imprescrittibilità dell'azione di impugnazione per difetto di veridicità «potrebbe apparire eccessivamente rigorosa». Si invoca pertanto nella pronuncia un intervento legislativo volto a «bilanciare la incertezza della durata dello "status" del riconosciuto con l'interesse sociale alla sua verità». In gioco ci sono due importanti valori: la stabilità dei rapporti familiari (segnatamente del rapporto di filiazione) e la tutela dell'identità del genitore.

no interesse ad agire per effetto della trasmissione dell'azione in caso di morte dell'autore del riconoscimento o del figlio riconosciuto (art. 267, co. 4 c.c.).

Le disposizioni che impediscono l'impugnazione per difetto di veridicità dopo il quinquennio sono di particolare importanza. Esse, parallelamente a quanto stabilito con riguardo all'azione di disconoscimento della paternità (art. 244, co. 4, c.c.), valorizzano il legame concreto creatosi col figlio a dispetto della mancanza della derivazione genetica. Di conseguenza può dirsi che il fondamento del rapporto di filiazione non risiede esclusivamente nell'aver generato, ma anche, in talune ipotesi, nell'essersi preso cura del figlio per un certo tempo come se si fosse il vero genitore.

La sostanza del rapporto di filiazione prevale talvolta, per volontà della legge, sulla verità della derivazione genetica.

La disposizione che fissa un termine massimo entro cui impugnare il riconoscimento per difetto di veridicità è, unitamente ad altre (come quelle previste dalla l. n. 173/2015, sul diritto alla continuità affettiva), espressiva di un nuovo sistema della filiazione, in cui alla procreazione si affianca l'assunzione del ruolo del genitore, quale elemento confermativo dello stato di figlio. È stato, dunque, introdotto un nuovo diritto del minore a tenere fermo il proprio *status filiationis* a prescindere dal legame genetico.

Ciò vale indipendentemente dall'istituto che legghi i supposti genitori: che sia il matrimonio, l'unione civile o la convivenza di fatto dichiarata o meno all'anagrafe (art. 1, co. 37, l. n. 76/2016), la tutela della filiazione, di quello specifico rapporto tra il genitore che abbia riconosciuto falsamente ed il figlio, segue regole e principi suoi propri, nuovi rispetto al passato. Essenzialmente: la rilevanza giuridica della continuità affettiva (art. 1 l. n. 173/2015, art. 8 Cedu) e la necessità di salvaguardare l'identità personale del minore. Tutto questo in piena armonia con il principio fondamentale del preminente interesse del minore.

6. ALTRI CASI DI IMPUGNAZIONE DEL RICONOSCIMENTO: PER VIOLENZA.

Il riconoscimento effettuato a causa della violenza subita può essere impugnato soltanto dall'autore dell'atto entro il termine di un anno dal giorno in cui la violenza è cessata. Se, invece, l'autore del riconoscimento è minore di età, l'anno decorre dal conseguimento della maggiore età (art. 265, co. 2 c.c.).

La violenza rileva se presenta i caratteri di cui agli artt. 1435 ss. c.c. Di conseguenza, secondo parte della dottrina⁴², la minaccia rivolta

⁴² F. D. BUSNELLI, *La disciplina dei vizi del volere nella confessione e nel riconoscimento dei figli naturali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, 1261 ss.; A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., 420.

dal figlio al supposto genitore di agire con la dichiarazione giudiziale di paternità o di maternità non invalida per violenza il riconoscimento, ove quest'ultimo sia veridico. Ciò in quanto mancherebbe la finalità di conseguire un «vantaggio ingiusto», elemento, questo, costitutivo della minaccia di far valere un diritto (art. 1438 c.c.).

Analoga conclusione vale con riguardo alla violenza morale esercitata dalla madre sul padre biologico per indurlo al riconoscimento attraverso la minaccia di agire per la dichiarazione giudiziale di paternità.

Se la violenza non integra la minaccia di cui all'art. 1438 c.c., l'impugnazione del riconoscimento è ammissibile anche in caso di verità dello stesso⁴³.

La previsione dell'impugnativa per violenza riapre la questione già ricordata (cfr. *supra* § 1) della natura giuridica dell'atto di riconoscimento. Ebbene l'impugnabilità per violenza attesta la volontarietà dell'atto e non già una volontà dispositiva degli effetti. Perciò si confermerebbe anche da questo angolo di osservazione, la tesi del riconoscimento quale atto di accertamento.

Secondo una tesi autorevolmente sostenuta⁴⁴, la natura dell'atto di riconoscimento dovrebbe spingere l'interprete a qualificare come di decadenza il termine annuale dell'azione di impugnazione per violenza (art. 265 c.c.). Così, da un lato, si giustifica la maggiore lunghezza del termine di impugnazione del contratto annullabile (art. 1442 c.c.), dall'altro, anche in ragione dell'indisponibilità dello stato, deve escludersi che il soggetto riconosciuto possa rinunciare alla decadenza (art. 2968 c.c.) ed ammettersi il potere del giudice di rilevarla d'ufficio (art. 2969 c.c.)⁴⁵.

La sentenza di accoglimento dell'impugnazione per violenza non preclude un nuovo riconoscimento, questa volta libero e consapevole degli effetti, del figlio extramatrimoniale.

7. (SEGUE) PER INCAPACITÀ DI AGIRE.

Oltre che per difetto di veridicità e per violenza, il riconoscimento può essere impugnato per incapacità di agire.

Il soggetto infra-sedicenne non ha l'età minima richiesta dalla leg-

⁴³ G. BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, cit. 331.

⁴⁴ A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., 420, riprende la tesi di U. Majello.

⁴⁵ A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., 421. Va segnalato, tuttavia, che in dottrina è stata sostenuta anche la tesi secondo cui il termine annuale è di prescrizione; di conseguenza si applicano gli istituti della sospensione e della interruzione del termine. Si argomenta dall'analogia disciplinare con l'annullabilità per violenza sotto i profili sia della legittimazione ad agire sia del *dies a quo* di decorrenza del termine (cfr. artt. 1441, co. 1, e 1442, co. 2, c.c.).

ge per riconoscere il proprio figlio (art. 250, ult. co., c.c.). L'atto di riconoscimento ugualmente posto in essere dal minore di anni sedici è, secondo una tesi dottrinale più recente⁴⁶, non già nullo ma annullabile. Si argomenta, su un piano sistematico, dalla regola generale dell'annullabilità degli atti compiuti dall'incapace legale; più specificamente si fa leva sull'art. 266 c.c. che prevede l'impugnazione (*id est*: l'annullamento) del riconoscimento compiuto dall'interdetto giudiziale.

Il soggetto maggiorenne può impugnare il proprio atto di riconoscimento effettuato senza preventiva autorizzazione giudiziale quando ancora non erano stati compiuti sedici anni (art. 250, ult. co., c.c.). L'azione, in applicazione analogica dell'art. 265, co. 2, c.c., si prescrive entro un anno dal raggiungimento della maggiore età⁴⁷.

Se l'incapacità di agire è causata dall'interdizione giudiziale, il riconoscimento effettuato dall'interdetto è annullabile. Il fine dell'invalidità è duplice: da un alto si garantisce la libertà dell'atto e la consapevolezza degli effetti di questo, poiché chi riconosce, stante la propria condizione, non sarebbe in grado di adempiere ai propri obblighi. Dall'altro, specularmente, si protegge il figlio che si troverebbe assoggettato alla responsabilità genitoriale di un soggetto incapace ad esercitarla.

Legittimato ad agire è il tutore e, dopo la revoca dell'interdizione, lo stesso autore del riconoscimento entro un anno dalla data della revoca (art. 266 c.c.).

È risalente la discussione dottrinale sull'impugnabilità del riconoscimento anche da parte dell'incapace naturale. La tesi affermativa muove dalla natura negoziale del riconoscimento⁴⁸. La tesi negativa⁴⁹ obietta che il codice civile detta una specifica e unica disposizione, quella contenuta nell'art. 266 c.c., che non dà alcun rilievo all'incapacità naturale. Se l'incapacità di intendere e di volere ha indotto a un riconoscimento non veritiero, vi è sempre la possibilità di impugnare l'atto per difetto di veridicità (art. 263 c.c.). Non vi sarebbe, quindi, alcun vuoto di tutela.

La tesi negativa si espone, tuttavia, a qualche rilievo. Intanto per-

⁴⁶ C. M. BIANCA, *La famiglia*, cit., 400-401, si discosta apertamente dalla tesi del Carraro.

⁴⁷ S. TROIANO, *La riforma del diritto di filiazione (l. 10 dicembre 2012, n. 219) – Il le innovazioni alla disciplina del riconoscimento del figlio naturale (art. 250 c.c. come modificato dall'art. 1, comma 2, n. 219/2012)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, 471.

⁴⁸ F. D. BUSNELLI, *L'incapacità di intendere e di volere nel riconoscimento dei figli naturali*, in *Foro pad.*, 1962, I, 946 ss.; V. PIETROBON, *Riconoscimento del figlio naturale e incapacità di intendere e di volere*, cit., 466.

⁴⁹ U. MAJELLO, *Della filiazione naturale*, cit., 166, ritiene che l'art. 428 c.c. sia applicabile solo agli atti a contenuto patrimoniale e che il grave pregiudizio richiesto dal comma 1 di tale articolo sussista solo in caso di difetto di veridicità. In giurisprudenza cfr. Cass., n. 10838/1997.

ché la fattispecie legale di cui all'art. 263 non sembra riguardare l'ipotesi del vizio di mente. Si aggiunga che la Corte costituzionale, nella sentenza n. 322/2011, quanto alla sospensione del termine di decorrenza dell'azione di disconoscimento della paternità, ha equiparato alla condizione di interdetto giudiziale quella di incapace naturale che versi in condizioni di abituale e grave infermità di mente⁵⁰.

È dunque preferibile l'impostazione che, con riguardo a certe fattispecie, accomuna, quanto alla disciplina applicabile, l'incapace naturale all'interdetto giudiziale. Di conseguenza qualora l'autore del riconoscimento sia un incapace naturale, legittimato ad agire è non già chiunque vi abbia interesse (come vorrebbe la tesi che ritiene applicabile l'art. 263, co. 1, c.c.), ma solo l'incapace di intendere e di volere una volta cessata la causa dell'incapacità. Da tale momento decorrerà il termine di prescrizione di un anno.

Naturalmente il figlio riconosciuto potrà sempre agire, stante l'imprecrittibilità dell'azione solo per tale legittimato (art. 263, co. 2, c.c.).

Una considerazione a parte merita il beneficiario dell'amministrazione di sostegno (artt. 404 ss. c.c.). Egli, tendenzialmente, può riconoscere validamente il figlio nato fuori del matrimonio, in applicazione del principio della minore limitazione possibile della capacità di agire (arg. ex art. 1 l. n. 6/2004, art. 405, co. 5 nn. 3 e 4 c.c.). Il giudice tutelare, tuttavia, ai sensi dell'art. 411 ult. co., c.c., può estendere al beneficiario la limitazione di cui all'art. 266 c.c., precludendogli così il riconoscimento, pena la sua invalidità.

8. LA DICHIARAZIONE GIUDIZIALE DELLA PATERNITÀ E DELLA MATERNITÀ: L'EVOLUZIONE NORMATIVA.

Il figlio nato fuori del matrimonio e non riconosciuto dai propri genitori (o da uno di questi) può esercitare l'azione volta a ottenere la dichiarazione giudiziale di paternità o di maternità (artt. 269 ss. c.c.). Egli, ove vittorioso in giudizio, consegue l'accertamento formale dello stato di figlio.

La disciplina dell'azione è mutata progressivamente negli ultimi due secoli, soprattutto in attuazione delle prescrizioni contenute nell'art. 30 Cost.⁵¹. Il comma 1 qualifica come dovere dei genitori, del tutto svincolato dal vincolo matrimoniale, quello di mantenere, educare

⁵⁰ Corte cost., n. 322/2011, in *Corr. giur.*, 2012, 4, 478 ss., con nota di P. MOROZZO DELLA ROCCA, *La Consulta e le azioni di stato: una pezza ben cucita su un vestito troppo vecchio*.

⁵¹ Le novità riscontrabile nel passaggio dal codice civile del 1865 a quello del 1942 sono limpidamente trattate da A. CICU, *La filiazione*, cit., 173 ss. Più di recente, per una trattazione chiarissima ed esaustiva cfr. G. F. BASINI, *La dichiarazione giudiziale di paternità e maternità*, in *Trattato di diritto di famiglia*, cit., 3614 ss.

ed istruire i figli. il comma 3 riguarda specificamente i figli nati fuori dal matrimonio, stabilendo che la legge assicura loro «ogni tutela giuridica e sociale».

Queste disposizioni, se interpretate nella loro pienezza, non tollerano limitazioni all'azione di accertamento della genitorialità, pena l'ineffettività dei diritti del nato corrispondenti a ciascun dovere genitoriale di cui all'art. 30, co. 1, Cost. Tuttavia, procedendo con ordine, va ricordato che prima dell'entrata in vigore della Costituzione, l'ordinamento precludeva, a tutela del matrimonio e della sua stabilità, l'emersione della filiazione naturale.

L'art. 180 del codice civile del 1865 stabiliva che «non possono essere riconosciuti i figli nati da persone, di cui anche una soltanto fosse al tempo del concepimento legata in matrimonio con altra persona». Il figlio non poteva essere ammesso a fare indagini né sulla paternità né sulla maternità (art. 193 c.c. 1865)⁵². C'era (e rimarrà anche in seguito sia pur in modo meno stringente) uno stretto rapporto di influenza tra il riconoscimento e la dichiarazione giudiziale: se era vietato il primo non era ammessa la seconda.

Il codice civile del 1942 c.c. ha eliminato il matrimonio quale condizione impeditiva dell'azione, ma non ha slegato il destino dei figli dal rapporto tra i genitori. L'art. 269 c.c., nella versione antecedente a quella riformata dalla legge n. 151/1975, limitava la proponibilità dell'azione a quattro casi tassativi: 1) quando la madre e il presunto padre hanno notoriamente convissuto come coniugi nel tempo a cui risale il concepimento; 2) quando la paternità risulta indirettamente da sentenza civile o penale ovvero da non equivoca dichiarazione scritta di colui al quale si attribuisce la paternità; 3) quando v'è stato ratto o violenza carnale nel tempo che corrisponde al tempo del concepimento; 4) quando v'è possesso di stato di figlio naturale.

Successivamente la legge di riforma del diritto di famiglia del 1975 ha rafforzato i diritti del figlio alla costituzione dello *status filiationis* e all'affermazione dell'identità biologica. Ciò è stato attuato attraverso due modifiche: 1) eliminazione dei casi tassativi e delle limitazioni dell'azione giudiziale⁵³; 2) abrogazione della disposizione che

⁵² A. CICU, *La filiazione*, cit., 175, ricorda che nel codice civile del 1865, le indagini sulla paternità erano ammesse in via eccezionale in caso di ratto e stupro violento.

⁵³ A. DE CUPIS, *Note introduttive agli artt. 269-279*, in *Comm. al dir. it. fam.*, diretto da Cian-Oppo-Trabucchi, Padova, 1992, 167-168, ricorda che la paternità poteva essere dichiarata giudizialmente nei seguenti casi: «convivenza del presunto padre colla madre, indiretta risultanza della paternità da sentenza pronunciata ad altro fine, manifesto convincimento della propria paternità, determinate circostanze della generazione (ratto o violenza carnale), possesso di stato di figlio naturale». Si aggiunga che i figli adulterini non erano riconoscibili in presenza di figli legittimi nati dallo sciolto matrimonio, salvo autorizzazione del Presidente della Repubblica (art. 252, co. 3, ante riforma 1975)

prevedeva la prescrizione dell'azione in capo al figlio entro due anni dal raggiungimento della maggiore età.

Il legislatore - notarono i commentatori⁵⁴ - ha espresso un rafforzamento del *favor veritatis* rispetto al *favor legitimitatis*, che rischiava, però, di essere svuotato in concreto dalla regola procedimentale che imponeva un preventivo giudizio di ammissibilità dell'azione. Giudizio diretto a verificare la concorrenza di «specifiche circostanze» tali da far apparire la fondatezza dell'azione (c.d. *fumus boni iuris*). Tra esse rilevavano, ad esempio, i caratteri somatici di chi assumeva di essere figlio o l'ammissione da parte del preteso padre di aver intrattenuto rapporti sessuali con la madre al tempo del concepimento. L'inchiesta sommaria, senza pubblicità e in segreto, terminava con decreto reclamabile alla Corte d'appello e, secondo la Cassazione, ricorribile in Cassazione.

Secondo alcuni studiosi, nelle opinioni più risalenti, tale rito preliminare era giustificato dall'art. 30, co. 4, Cost. ai sensi del quale «La legge detta le norme e i limiti per la ricerca della paternità»; per altri, invece, il giudizio di ammissibilità era diventato un ramo secco dell'ordinamento⁵⁵. La Corte costituzionale ha accolto quest'ultima prospettiva, dichiarando l'illegittimità dell'art. 274 c.c.⁵⁶

Il procedimento, per come era regolato, non rispondeva più alle finalità iniziali (evitare lo *strepitus fori* e azioni del tutto infondate), oltre a contrastare col diritto di azione (art. 24 Cost.) e con il principio della ragionevole durata del processo (art. 111 Cost.). Inoltre, scrive la Corte costituzionale, «l'evoluzione della tecnica consente oramai di pervenire alla decisione di merito, in termini di pressoché assoluta certezza, in tempi estremamente concentrati»⁵⁷.

⁵⁴ A. DE CUPIS, *Note introduttive agli artt. 231-243*, in *Comm. al dir. it. fam.*, cit., 3 ss., individua due indici della prevalenza della verità reale (o detta anche biologica) sulla verità legale: 1) l'esclusione della presunzione di paternità del marito nel regime legale di separazione personale dei coniugi; 2) più estesa legittimazione attiva all'esercizio dell'azione di disconoscimento.

⁵⁵ G. BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, cit., 335 ss.; E. CARBONE, *Della dichiarazione giudiziale della paternità e della maternità naturale*, in *Commentario al codice civile*, diretto da G. Gabrielli, *Della famiglia*, a cura di L. Balestra, Torino, Milano, 615-616.

⁵⁶ La Corte cost., n. 50/2006 (rel.: A. Finocchiaro), in *Fam. pers. e succ.*, 2006, 5, 403 ss., con nota di G. F. BASINI, *La morte del Minotauro: la Consulta dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 274 c.c.*, e in *Fam. e dir.*, 2006, 3, 237, con nota di M. SESTA, *L'incostituzionalità dell'art. 274 c.c.: è ancora possibile la delibazione dell'interesse del minore?*, fa leva, tra l'altro, sulle modifiche normative che la legge n. 1047/1971 ha introdotto nell'art. 274 c.c. (obbligo di motivazione del decreto e reclamabilità); modifiche che hanno fatto venir meno il carattere di segretezza dell'azione, posto essenzialmente a difesa del preteso padre.

⁵⁷ E. CARBONE, *op. ult. cit.*, 616, osserva come «la scomparsa della *causa cognitio appa[ia]* un'ulteriore manifestazione della rivoluzione tecnologica che attraversa il diritto di filiazione».

Si arriva così alla riforma 2012/2013 che ha proseguito nel solco del rafforzamento della posizione del figlio nato fuori del matrimonio, ampliando i soggetti legittimati passivi dell'azione (cfr. *infra* § 9).

9. (SEGUE) LEGITTIMAZIONE ATTIVA E PASSIVA.

Legittimato attivo alla dichiarazione giudiziale è il figlio maggiorenne e l'azione è imprescrittibile (art. 270, co.1, c.c.), perciò la sentenza dichiarativa dello stato di figlio può essere pronunciata anche dopo la morte del supposto genitore. Ne consegue, come rilevato in dottrina⁵⁸, che sebbene siano decorsi dieci anni dall'apertura della successione, il figlio non riconosciuto può sempre acquisire diritti successori e agire in loro difesa, decorrendo il diritto di accettare l'eredità non già dall'apertura della successione, ma dal passaggio in giudicato della sentenza che dichiara la filiazione (cfr. art. 480, co. 2, c.c.).

Si argomenta dall'art. 2935 c.c. che pone un principio generale in tema di prescrizione, secondo il quale il termine di estinzione di un diritto comincia a decorrere solo dal giorno in cui il diritto stesso può essere fatto valere.

Sempre sulla legittimazione all'esercizio dell'azione, in caso di minore età occorre distinguere:

a) se si tratta di un infra-quattordicenne, l'azione per ottenere la dichiarazione giudiziale può essere promossa, nell'interesse dello stesso, dal genitore che esercita la responsabilità genitoriale o dal tutore, il quale necessita della previa autorizzazione giudiziale (art. 273, co. 1 c.c.). Il minore non ha il potere di bloccare l'azione, ma è titolare del diritto di essere ascoltato (art. 316-*bis*, co. 3, c.c.) attraverso le modalità di cui all'art. 336-*bis* c.c.;

b) il quattordicenne ha, invece, il potere dispositivo dell'azione esercitata da altri, occorrendo il suo consenso sia per promuoverla che per proseguirla (art. 273, co. 2 c.c.). Un suo eventuale dissenso non potrà essere superato con un intervento giudiziale. Ciò in coerenza con le regole secondo cui, da un lato, «il riconoscimento del figlio che ha compiuto i quattordici anni non produce effetto senza il suo assenso» (art. 250, co. 2, c.c.), dall'altro, la sentenza che dichiara l'adozione non può essere pronunciata qualora non sia stato espresso il consenso all'adozione nei confronti della coppia prescelta da parte del minore che abbia compiuto i quattordici anni (art. 25, co. 1, l. adoz.).

Qualora sia intervenuto il consenso ai sensi dell'art. 273, co. 2 c.c., l'azione dovrà essere comunque esercitata dal rappresentante legale.

Dopo la morte del figlio, l'azione spetta non già ai suoi eredi, ma più limitatamente ai suoi discendenti entro due anni dalla morte (art.

⁵⁸ G. BONILINI, *op. ult. cit.*, 333.

270, co. 2, c.c.). Tale termine non è incostituzionale, ma si giustifica in ragione del valore della certezza dei rapporti giuridici che è alla base dell'istituto della decadenza.

L'azione deve essere rivolta contro determinati soggetti. Legittimato passivo è in primo luogo colui il quale si ritenga essere il genitore o, in sua mancanza, gli eredi dello stesso. Quanto a questi ultimi, il legislatore non ha ristretto la *legitimatio* successiva ai soli discendenti; ciò al fine di favorire al massimo il diritto allo stato di figlio. A tal proposito vi è stata un'importante (e attesa) innovazione introdotta nell'art. 276 dall'art. 1, co. 5, l. n. 219/2012. Si tratta della proponibilità dell'azione nei confronti di un curatore speciale nominato dal giudice davanti al quale il giudizio deve essere promosso, qualora non vi siano eredi del soggetto ritenuto genitore.

La nuova disposizione si è resa necessaria per superare l'impasse che coinvolgeva chi voleva vedere affermato il proprio stato di figlio, ma incontrava l'ostacolo tecnico della mancanza dei legittimati passivi: il supposto genitore (perché deceduto) e i suoi eredi (perché inesistenti o deceduti). In questa ipotesi, prima della recente modifica, l'azione per la dichiarazione giudiziale, pur essendo imprescrittibile, non poteva essere proposta⁵⁹.

Oggi, invece, chi ritiene di essere figlio di un soggetto deceduto senza eredi potrà agire contro il curatore speciale. Egli, in caso di vittoria in giudizio, potrà succedere *mortis causa* al genitore defunto, salvo il limite costituito dal giudicato formatosi prima dell'1/1/2013⁶⁰. In definitiva è stata adottata una soluzione normativa analoga a quella già prevista in caso di azione di disconoscimento della paternità (art. 247, ult. co., c.c.).

Legittimato passivo può essere il minore e, secondo un autore, an-

⁵⁹ La Cass. Sez. un., 21287/2005, ha escluso che l'azione per la dichiarazione giudiziale della genitorialità potesse essere esercitata contro gli eredi degli eredi (arg. ex artt. 30, co. 4 e 42, co. 4, Cost.), pur riconoscendo che l'art. 276 c.c., sul punto, dovesse essere rivisto a tutela dell'identità personale del figlio. Neppure la Corte costituzionale ha risolto il problema, rigettando, con la pronuncia n. 278/2009 (rel.: A. Finocchiaro), la questione di legittimità costituzionale dell'art. 276 c.c. nella parte in cui non prevedeva che l'azione in parola potesse essere rivolta contro gli eredi degli eredi o contro il curatore speciale. Si è sostenuto che spettasse al potere discrezionale del legislatore disciplinare la materia della legittimazione passiva.

⁶⁰ Cass., n. 19790/2014, chiarisce che l'art. 276 c.c., nella parte in cui prevede la nomina del curatore, è applicabile anche ai giudizi pendenti alla data dell'1.1.2013. Si argomenta dalla legge n. 219/2012 e dall'art. 104 d. lgs n. 154/2013, per affermare che il legislatore della riforma 2012/2013 ha voluto «rimuovere gli ostacoli, i limiti e i pregressi divieti all'accertamento della filiazione, in ossequio all'opzione legislativa di dare preminenza all'interesse del figlio verso la propria discendenza biologica, indipendentemente dalla natura del rapporto dal quale la filiazione è sorta e dal tempo trascorso dalla nascita o dal concepimento». Ciò con il limite del giudicato. Il giudice deputato a nominare il curatore speciale è quello di primo grado, pertanto, in caso di nullità del giudizio, la causa deve essere rimessa a detto giudice.

che se questi sia infra-sedecenne e dunque privo della capacità di riconoscere, salva l'ipotesi eccezionale di cui all'art. 250, ult. co., c.c. In ogni caso il minore sta in giudizio solo a mezzo del suo legale rappresentante e non di persona⁶¹.

10. (SEGUE) GLI EFFETTI DELLA SENTENZA.

Gli effetti della sentenza che dichiara lo stato di figlio sono gli stessi del riconoscimento (art. 277, co.1, c.c.); essi retroagiscono, pertanto, al momento della nascita (*ex tunc*) e non già alla domanda giudiziale (*ex nunc*)⁶². Si ha qui la conferma della tesi secondo cui il rapporto di filiazione scaturisce dal fatto della procreazione, laddove il riconoscimento e la dichiarazione giudiziale sono solo atti di mero accertamento dello stato di figlio, attributivi della titolarità formale del rapporto di filiazione.

Se l'obbligazione di mantenimento del figlio sorge fin dal tempo della nascita, il genitore che abbia assolto ad essa in via esclusiva può esercitare azione di regresso per la quota di competenza dell'altro genitore dichiarato tale giudizialmente⁶³. Tale rimborso deve essere richiesto con un'espressa domanda giudiziale, vertendosi in materia di diritti patrimoniali e disponibili. Il termine di prescrizione di quest'azione aggiuntiva rispetto alla domanda di accertamento della genitorialità non può che decorrere dal momento del passaggio in giudicato della sentenza di accertamento della filiazione extra-matrimoniale.

Qualora attore in giudizio sia il rappresentante legale del minore, competente a decidere è non più il tribunale per i minorenni ma il tribunale ordinario, stante la modifica dell'art. 38 disp. att. c.c. ad opera della legge n. 219/2012.

⁶¹ G. F. BASINI, *La dichiarazione giudiziale di paternità e maternità*, in *Trattato di diritto di famiglia*, cit. 3622.

⁶² Così si è espressa la giurisprudenza prima della riforma 2012-2013. Cfr.: Cass., n. 26575/2007, in *Fam. e dir.*, 2008, 6, 563 ss., con nota di R. RUSSO, *Dichiarazione giudiziale di paternità: rimborsi e risarcimenti*; Cass., n. 8042/1998, in *Fam. e dir.*, 1999, 3, 271 ss., con nota di G. AMADIO, *Obblighi di mantenimento, accertamento della filiazione e rapporti tra i genitori*. Più di recente e nello stesso senso Corte d'App. Napoli, 6.7.2015, n. 3066, massima in *Guida al dir.*, 2016, 7, 58.

⁶³ Cass., n. 22506/2010, sotto il profilo del *quantum* dell'assegno mensile da porre a carico del genitore dichiarato tale giudizialmente, ammonisce di distinguere due periodi di tempo: quello che intercorre tra la domanda giudiziale di rimborso e la nascita e quello che esordisce dalla domanda stessa. Difatti la misura dell'assegno individuata per il tempo seguente alla domanda giudiziale non può valere, *sic et simpliciter*, a partire dalla nascita. Secondo la Suprema Corte non si può prescindere dalla molteplicità e variabilità nel tempo delle esigenze di un figlio, dalle sostanze e dai redditi di ciascun genitore e dal tenore di vita di cui il figlio ha diritto di fruire comparato con quello dei suoi genitori. Cfr. anche Cass., n. 23596/2006 e Cass., n. 15100/2005.

È importante ricordare che l'azione per la dichiarazione giudiziale non può essere esperita in presenza di uno stato di figlio formalmente accertato (cfr. artt. 253 e 269, co. 1, c.c.). In tal caso occorre prima rimuovere lo stato di figlio risultante dall'atto di nascita con l'azione a ciò preposta.

Si aggiunge che la dichiarazione di adottabilità impedisce il riconoscimento e sospende il giudizio per la dichiarazione giudiziale; giudizio che si estingue ove segua la pronuncia di adozione divenuta definitiva (art. 11 ult. co. l. adoz.). La *ratio* è di evitare che si costituisca un rapporto di filiazione nei confronti di chi ha abbandonato il proprio figlio.

Il giudice che dichiara lo stato di figlio può dare i provvedimenti che ritiene «utili per l'affidamento, il mantenimento [quelli ex artt. 337-ter, 337-quater c.c.], l'istruzione e l'educazione del figlio e per la tutela degli interessi patrimoniali di lui». La parola affidamento è stata inserita dal d. lgs. n. 154/2013. Si è trattato di un completamento di poteri, resosi necessario in ragione dell'automatico sorgere dell'esercizio della responsabilità genitoriale a prescindere dalla convivenza con il genitore dichiarato tale (cfr. art. 317-bis c.c. nel testo antecedente alla riforma 2012/2013).

Se quest'ultimo non ha i requisiti per esercitare la responsabilità genitoriale, il giudice, ai sensi dell'art. 277, co. 2, c.c., potrà modulare l'affidamento ai sensi dell'art. 337-quater c.c. (cfr. *amplius infra* cap. III-sez. I, § 17).

Solo un cenno a un caso in cui, stante il disposto di cui all'art. 269, co. 1, c.c., non vi può essere dichiarazione giudiziale di genitorialità se è precluso il riconoscimento. Ciò accade qualora il tribunale per i minorenni non autorizzi il riconoscimento del figlio incestuoso. Il quale non rimane però senza tutela, potendo egli agire con l'azione per ottenere il mantenimento, l'istruzione e l'educazione ai sensi dell'art. 279 c.c.

11. LA PROVA DELLA MATERNITÀ E DELLA PATERNITÀ.

L'art. 269, co. 2, c.c. pone il principio generale secondo cui «La prova della paternità e della maternità può essere data con ogni mezzo» (cfr. anche l'art. 243-bis co. 2 c.c.).

Si distingue l'una prova dall'altra. Quella della maternità, secondo la regola di natura, si raggiunge dimostrando «l'identità di colui che si pretende essere figlio e di colui che fu partorito dalla donna, la quale si assume essere madre» (art. 269, co. 3, c.c.). Dimostrare con qualunque mezzo di prova, diretto (attraverso l'ospedale in cui è avvenuto il parto) o indiretto (presunzioni o altre sentenze da cui risulti la maternità), che quel soggetto è stato partorito da quella donna conferisce certezza dell'esistenza del legame genetico.

Questa certezza, tuttavia, non è più assoluta, poiché la pratica della

surroga biologica c.d. portante (dove i gameti provengono dalla coppia committente) consente di scindere le figure della madre-genetica (quella che fornisce gli ovuli) dalla donna che si limita a condurre a termine la gravidanza. La donna che partorisce non è dunque legata geneticamente al nato e non intende assumere la responsabilità della sua crescita; responsabilità che, invece, viene assunta dalla madre committente (cfr. *infra* cap. II-sez. II, § 8). In questa ipotesi l'art. 269, co. 3 non è in grado di cogliere la realtà sostanziale del fenomeno.

La surroga di maternità, sebbene sia vietata dalla legge n. 40/2004 in tutte le sue forme, ha determinato ugualmente il problema della disciplina giuridica applicabile ai figli nati mediante tale tecnica attuata legittimamente in un altro paese. Il fenomeno del turismo procreativo fa sì che le persone abbienti si rechino in paesi che ammettono la surroga di maternità, per poi ritornare in Italia e chiedere il riconoscimento del rapporto di filiazione validamente costituitosi all'estero (cfr. *amplius infra* cap. II-sez. II, § 8).

Vero è che l'interprete è in difficoltà quando si confronta con una normativa inadatta a disciplinare il caso concreto, perché le acquisizioni scientifiche che ne costituiscono il sostrato risultano superate dai progressi della scienza e della tecnica. Quando ciò accade, la legge deve essere duttile, altrimenti si scolla dalla fattispecie concreta, determinando una tensione sociale e un disordine.

La norma, secondo un autorevole storico del diritto⁶⁴, deve essere disponibile a «farsi permeare da quanto avviene nel magma sociale economico». Il fatto condiziona e plasma il diritto attraverso la mediazione della dottrina e della giurisprudenza. Lo studioso e il giudice, di fronte a casi non sussumibili in una determinata fattispecie normativa, sempre più spesso applicano i principi⁶⁵.

Va ricordato che l'accertamento della maternità non è ammesso qualora la madre abbia dichiarato di non voler essere nominata nell'atto di nascita (art. 30, co. 1 ord. s.c.). Il diritto della madre all'anonimato prevale sul diritto all'accertamento dello stato di figlio. V'è da aggiungere che la Corte costituzionale è intervenuta consentendo alla madre di revocare la propria dichiarazione di non volere essere nominata qualora vi sia stata una richiesta del figlio adottato⁶⁶.

Quanto alla prova della paternità del figlio nato fuori del matrimonio, non opera la presunzione di cui all'art. 231 c.c. La prova principe è

⁶⁴ P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., 34.

⁶⁵ G. VETTORI, *Regole e principi. Un decalogo*, in *Persona e mercato*, 2015, 2, 51 ss.

⁶⁶ Corte cost., n. 278/2013 (rel.: P. Grossi), in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 4, 10279, con nota di J. LONG, *Adozione e segreti: costituzionalmente illegittima l'irreversibilità dell'anonimato del parto*, in *Corr. giur.*, 2014, 4, 471, con nota di T. AULETTA, *Sul diritto dell'adottato di conoscere la propria storia: un'occasione per ripensare alla disciplina della materia*.

quella tecnica - ematologica o genetica⁶⁷ - stante anche il disposto dell'art. 269, ult. co. c.c. secondo cui «la sola dichiarazione della madre e la sola esistenza di rapporti tra la madre e il preteso padre all'epoca del concepimento non costituiscono prova della paternità».

Se è spesso necessario ricorrere alla prova scientifica, non vi è certo un obbligo a sottoporvisi (art. 32, co. 2 Cost.). Ma ciò non determina un ostacolo insuperabile a vedere riconosciuto il rapporto di filiazione. L'art. 116, co. 2 c.p.c. consente al giudice di desumere argomenti di prova da diverse circostanze quali il contegno processuale delle parti. E in effetti, secondo la Cassazione, il giudice può ritenere fondata la domanda volta ad ottenere lo *status* di figlio «anche soltanto dal rifiuto ingiustificato a sottoporsi all'esame ematologico del [preteso] padre, posto in opportuna correlazione con le dichiarazioni della madre»⁶⁸.

Afferma sempre la Suprema Corte che non vi è alcuna gerarchia tra i mezzi di prova, così non si deve dar corso preliminarmente all'istruttoria orale, potendosi esperire subito la prova ematologica o genetica. La loro ammissione, tuttavia, non è necessaria qualora il giudice abbia già acquisito elementi adeguati a fondare il suo convincimento.

La paternità può essere provata anche per presunzioni, attraverso la produzione di scritti inequivocabili del supposto padre o il possesso di stato o, infine, dando rilievo a precedenti sentenze civili o penali⁶⁹.

⁶⁷ Si legge che queste prove hanno un'attendibilità superiore al 99,9 %.

⁶⁸ Cass., n. 12971/2012, in *Leggi d'Italia on line*.

⁶⁹ G. F. BASINI, *La dichiarazione giudiziale di paternità e maternità*, cit., 3626, ne dà conto con i dovuti riferimenti giurisprudenziali.

CAPITOLO II

DALLA PATRIA POTESTÀ ALLA RESPONSABILITÀ GENITORIALE

Sezione I

Diritti del figlio e responsabilità genitoriale

SOMMARIO: 1. Dalla patria potestà alla responsabilità genitoriale: la linea evolutiva dal 1865 alla riforma del 1975. - 2. Dalla normativa sovranazionale alla nuova stagione di riforme. - 3. Rinnovata struttura del Titolo IX: priorità dei diritti del figlio e responsabilità genitoriale. 4. I diritti del figlio. - 5. Il diritto del minore di essere ascoltato. - 6. La rilevanza delle dichiarazioni del minore. - 7. Concorso nel mantenimento e solidarietà familiare. - 8. Il mantenimento nella crisi di coppia e la tutela del rapporto tra il genitore economicamente più debole e il figlio. - 9. Titolarità ed esercizio della responsabilità genitoriale. Contrasto tra i genitori, impedimento e ordine pubblico familiare. - 10. Rappresentanza legale e amministrazione dei beni. - 11. L'annullabilità: fattispecie, disciplina e rilievo della volontà del minore. - 12. (*Segue*) Applicazioni giurisprudenziali dell'art. 322 c.c. In particolare sull'annullabilità parziale del contratto e sull'applicabilità dei principi. - 13. Il conflitto di interessi. - 14. (*Segue*) La donazione al figlio minore. - 15. L'usufrutto legale. - 16. L'esercizio della responsabilità nella crisi di coppia: affidamento condiviso, negoziazione assistita e attenuazione della litigiosità. - 17. La flessibilità dell'affidamento esclusivo e l'affidamento super-esclusivo.

1. DALLA PATRIA POTESTÀ ALLA RESPONSABILITÀ GENITORIALE: EVOLUZIONE DAL 1865 ALLA RIFORMA DEL 1975.

La riforma della filiazione 2012/2013 è intervenuta sull'istituto della potestà, mutandone la denominazione in responsabilità genitoriale. Per comprendere questo cambiamento, che non è solo terminologico, è utile ripercorrere, sia pur in sintesi, alcune tappe dell'evoluzione del più antico istituto della potestà.

Il codice civile non ha mai definito la potestà. La quale, secondo la dottrina¹, è un complesso di poteri strumentali all'attuazione dei doveri genitoriali di mantenere, istruire ed educare i figli (art. 30 Cost.). I doveri costituiscono al contempo il presupposto e il fondamento dei poteri esercitati dai genitori nell'interesse dei figli.

Occorre distinguere, come si vedrà meglio in seguito, tra poteri personali, attinenti ai doveri di cui all'art. 147 c.c. e patrimoniali da esercitarsi tramite la rappresentanza legale e la gestione degli interessi economici della prole (art. 320 c.c.).

Ciò che è mutato nel tempo è soprattutto il modo in cui si esercita la potestà (oggi responsabilità genitoriale) e il rilievo che il figlio assume nella dialettica con i genitori. Questo esito è il risultato di una lunga evoluzione della società italiana e delle istituzioni, che qui non può essere ripercorsa, ma che deve essere conosciuta². Si può solo

¹ G. BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, cit., 349; M. SESTA, *La potestà dei genitori*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, *Filiazione, adozione, alimenti*, a cura di T. Auletta, Torino, 2011, 28 ss.

² Letture dense, di più ampio respiro, preziose per comprendere questo passaggio dalla potestà alla responsabilità genitoriale nel fluire della storia, sono: P. RESCIGNO, *Intervento introduttivo*, in *I valori della convivenza civile e i codici dell'Italia unita*, a cura di P. Rescigno e S. Mazzamuto, Torino, 1 ss., si sofferma sui tratti innovativi del codice civile del 1865. Egli ricorda come la famiglia fosse gerarchicamente strutturata, di conseguenza «la potestà dominava l'area dei rapporti familiari». La dittatura fascista, successivamente, ha accentuato la visione pubblicistica della famiglia; P. RESCIGNO, *Le formazioni sociali intermedie*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, 319 ss.; G. B. FERRI, *Il codice civile italiano del 1942 e l'ideologia corporativa fascista*, in *I valori della convivenza civile*, cit., 45 ss., chiarisce che l'ideologia corporativa fu più una reazione contro l'individualismo che contro il capitalismo. La teoria del diritto soggettivo indietreggia rispetto alla funzione sociale dell'attività del singolo (l'ordinamento economico e quello politico coincidono con l'ordinamento corporativo). Tutto è funzione dell'interesse diretto o indiretto della nazione, fino al punto che l'individuo e lo Stato devono identificarsi. Si può dire, di conseguenza, che, nel regime fascista, la distinzione tra diritto privato e diritto pubblico assume minor rilievo. Queste idee, sebbene abbiano avuto una rilevanza assai limitata nel codice civile del 1942 (espressione della cultura giuridica e dell'evoluzione socio-economica del tempo), hanno contribuito in una certa misura al mantenimento di una concezione istituzionale della famiglia, la cui dimensione collettiva, autoritaria e funzionale all'interesse sociale prevalse su quella più centrata sugli interessi della persona. Del resto non si può scindere il modo di intendere la famiglia dalle regole morali e giuridiche che pervadono la società umana e neppure dalle impostazioni filosofiche e culturali del tempo. Di grande interesse sono le pagine di P. GINSBORG, *Famiglia Novecento. Vita familiare, rivoluzione e dittature 1900-1950*, Torino, 2013, 245 ss., intitolate «Famiglie fasciste», in cui si vede come, in quell'epoca, le famiglie fossero pensate per servire lo Stato (ciò è particolarmente evidente nel pensiero del filosofo Giovanni Gentile secondo il quale famiglia e Stato si compenetrano al punto da essere, per come venivano «vissuti spiritualmente», *una cosa sola*; la prima è compartecipe della missione nazionale italiana e perde ogni autonomia; diversa era la posizione di Antonio Gramsci della famiglia come «organo di vita morale»). Il fascismo però era interessato più che alla famiglia direttamente - è stato il cattolicesimo a dettare le regole delle politiche familiari durante il ventennio fascista) a formare individui fedeli alle idee di Stato e di società propuginate dal regime (si leggano le pa-

constatare, nell'economia di un lavoro giuridico, che vi è stato il passaggio nel tessuto normativo dalla subordinazione alla valorizzazione della capacità di autodeterminarsi del figlio³. La cui personalità i genitori hanno il compito di far emergere, invece di plasmarla a immagine della propria.

Il termine responsabilità, rispetto a quello di potestà⁴, esprime più adeguatamente il tratto fondamentale della relazione genitori-figli: l'essere basata non già sull'autorità e sugli ordini indiscutibili di un capo, ma sul rispetto dell'indole della prole e sulla condivisione delle de-

gine di P. GINSBORG, cit., 286 ss., sui due enti fascisti denominati «Opera nazionale Balilla» e «Opera nazionale Dopolavoro» che avevano principalmente la finalità di plasmare bambini, ragazzi e adulti). Cfr. anche il capitolo di D. SANTORO, *Famiglia*, in *Filosofia del diritto*, a cura di M. Ricciardi-A. Rossetti-V. Velluzzi, Roma, 2015, 221 ss., che fa comprendere, attraverso la trattazione delle teorie di grandi filosofi e pensatori, come la storia della famiglia si intrecci o si discosti (nota è la distinzione di Hegel nella sua opera *Lineamenti di filosofia del diritto* tra le tre sfere più rilevanti dell'attività umana, ossia la famiglia, la società e lo Stato) con la società e con lo Stato nelle diverse epoche storiche.

È solo con l'entrata in vigore della Costituzione del 1948 che si pongono le basi per un mutamento radicale delle regole di governo del matrimonio e della filiazione. Alcuni fili conduttori legano le modifiche normative che hanno interessato negli anni successivi questi due istituti: la separazione tra Stato e famiglia, il superamento della supremazia del marito-padre (il capofamiglia) e la centralità della persona, di ogni membro della famiglia, con i propri diritti individuali non più soffocati da una istituzione sovraordinata rispetto al singolo (nella descrizione della famiglia di Alfredo Rocco, ministro della Giustizia tra il 1925 e il 1932, emerge il legame dell'individuo alla famiglia e della famiglia allo Stato, cfr. ancora P. GINSBORG, cit., 280-282).

³ C. M. BIANCA, *La famiglia*, cit., 343 ss., afferma che con la riforma 2012/2013 si è voluto sottolineare più efficacemente il passaggio dalla concezione della filiazione incentrata sull'autorità spettante ai genitori e, più indietro nel tempo, al capo della famiglia, all'idea che i genitori sono titolari di un ufficio da esercitare nell'interesse della prole. Anche G. FERRANDO, *Diritto di famiglia*, cit., 277, sottolinea che vi era oramai, anche in ragione dell'evoluzione del diritto europeo, la necessità di cancellare dal lessico giuridico il termine potestà, alludendo questo ad un potere di tipo autoritativo dei genitori e alla corrispondente soggezione dei figli. Se di poteri si vuol discorrere, deve essere chiaro, rileva T. AULETTA, *Diritto di famiglia*, Torino, 2014, 371, che essi sono esercitati dai genitori «nell'esclusivo interesse del figlio e non anche per soddisfare propri desideri o aspirazioni».

⁴ M. DOGLIOTTI, *La potestà dei genitori*, in *Tratt. di diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, *La famiglia*, 2009, II, 562 ss., rileva esattamente come il termine potestà, sebbene nella sua origine etimologia esprima l'idea del «potere», del «comando» e della «supremazia di un soggetto su altri» (emblematica è la figura del *pater familias* nell'esperienza romana, ma anche del padre, in posizione di supremazia rispetto ai figli, fino alla riforma del 1975), non esprima più, in modo veritiero, il tipo di rapporto che deve instaurarsi tra genitori e figli. L'art. 316, co. 1, prima di essere riformato nel 2013, sottolineava la soggezione del figlio alla potestà dei genitori fino al compimento della maggiore età o all'emancipazione. È significativo, invece, che la Costituzione (davvero lungimirante) non si riferisca alla potestà e dunque al profilo della soggezione, ma ai doveri dei genitori nei confronti dei figli (art. 30, co. 1), doveri da assolvere tramite lo strumento della potestà. L'autore invocava in questo scritto l'abbandono del termine potestà da parte del legislatore; fatto verificatosi con la riforma 2012/2013.

cisioni. La responsabilità genitoriale costituisce esplicazione di un ufficio di diritto privato di cui sono titolari i genitori (art. 316, co. 1, c.c.) da esercitare - proprio perché è ufficio - nell'esclusivo interesse della prole.

Se si guarda al passato, il codice civile del 1865 non riconosceva alcun rilievo alla personalità e alla volontà del figlio nel rapporto con i genitori. L'art. 138 si limitava a porre l'obbligo dei coniugi di mantenere, istruire ed educare la prole, senza alcuna precisazione; c'era la libertà di imporre ideali, valori e obiettivi in un flusso comunicativo unidirezionale.

Il fatto di essere «soggetto alla potestà dei genitori» (art. 220 cod. civ. 1865) esprimeva la soggezione del figlio all'autorità genitoriale. Solo il padre era titolare dell'esercizio della potestà durante il matrimonio (art. 220, co. 3 cod. civ. 1865) ed egli, qualora ravvisasse «traviamenti del figlio» e previo ricorso al Presidente del tribunale, era legittimato finanche a collocarlo presso un istituto di educazione o di correzione (art. 222 cod. civ. 1865).

Il codice civile del 1942 non ha mutato nella sostanza la posizione del figlio nei confronti dei genitori; esso - è stato osservato - «contribuì ben poco a creare un nuovo *ethos*»⁵. Alla fisiologica e crescente maturità del minorenne, il legislatore del tempo non riconosceva alcun rilievo. Il figlio era sempre «soggetto alla potestà dei genitori» (art. 316, co. 1), i quali dovevano educarlo ed istruirlo in «conformità ai principi della morale» (art. 147, co. 2) e, durante il regime totalitario, in accordo «al sentimento nazionale fascista»⁶. La scena era dominata da parametri esterni che orientavano il potere genitoriale nei confronti di un soggetto sotto ordinato e non interlocutore dialogante sulla base della propria interiorità.

Nel 1942 veniva confermata la patria potestà e il suo esercizio esclusivo da parte del padre. Il quale continuava ad avere penetranti poteri educativi per contrastare la «cattiva condotta del figlio» (art. 319)⁷.

È solo con la legge di riforma del 1975 che, in attuazione del principio personalistico costituzionale (art. 2 Cost.), il figlio minore acquista una posizione preminente rispetto alla potestà, tanto da conformarne l'esercizio⁸. Il nuovo art. 147 c.c. (ancora in vigore) non si limita a

⁵ P. GINSBORG, *Famiglia Novecento. Vita familiare, rivoluzione e dittature 1900-1950*, cit., 282.

⁶ M. PARADISO, *La comunità familiare*, Milano, 1984, *passim*, tratteggia l'evoluzione dell'art. 147 c.c.

⁷ G. AZZARITI, *Filiazione legittima e naturale* (voce), in *Noviss. Digesto it.*, Torino, 1961, 315 ss. In questa voce enciclopedica vi sono diversi riferimenti alla normativa del codice civile del 1865.

⁸ A. G. CIANCI, *La responsabilità genitoriale*, in *Trattato di diritto di famiglia*, cit., 4103 ss., sottolinea come l'elemento di maggiore novità portato dalla sostituzione

obbligare i genitori a mantenere, istruire ed educare la prole, ma impone loro di adempire a tali obblighi «tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli».

Per la prima volta il legislatore inquadra la relazione genitori figli in una dimensione dialogica biunivoca, estranea a una concezione assoluta del potere. Non ci sono più ordini provenienti dal superiore gerarchico, ma un processo di maturazione delle scelte da parte della prole che deve essere seguito e non già condizionato dai genitori. Del resto gli studi della Montessori avevano già rilevato da tempo che il genitore deve aiutare il bambino a esprimere sé stesso, nella consapevolezza che non siamo noi i creatori dell'uomo o della donna che verrà⁹.

Non è sfuggito a un'attenta dottrina¹⁰ che il sostantivo «aspirazioni», adoperato dal legislatore, ancor più del riferimento alle capacità e alle inclinazioni naturali, attribuisce inequivocabilmente «rilevanza alla volontà del figlio ed alla sua valutazione dei propri interessi».

La prole, sotto il profilo del proprio esserci nel mondo, assume un preciso rilievo giuridico di fronte al potere dei genitori: essa non è più mera destinataria di un'autorità onnipotente, ma è chiamata a dialogare, influenzando l'esercizio - divenuto comune ai genitori - della potestà. Un potere, quest'ultimo, che deve non più conformarsi a modelli valoriali astratti e costringenti, ma favorire il manifestarsi dell'unicità

della potestà genitoriale alla patria potestà è stato la parità dei soggetti titolari della stessa: l'uguaglianza tra il padre e la madre. L'autore attribuisce una «minor portata sistematica» al profilo del rapporto genitori-figlio, sebbene anche quest'ultimo sia stato ispirato alla parità tra i soggetti. È, nella visione condivisibile di Cianci, solo con la riforma 2012/2013 che si è raggiunta la prevalenza della «funzionalizzazione del nuovo istituto della responsabilità genitoriale alla tutela del figlio, piuttosto che ad altri profili» (p. 4108).

⁹ M. MONTESSORI, *Il metodo della pedagogia applicato all'educazione infantile nelle Case dei bambini*, Città di Castello, 1909, V edizione 1950. Alcuni grandi filosofi del passato hanno affermato - lo ricorda U. SCARPELLI, *La persona nella filosofia giuridica moderna*, cit., 49 - che l'anima umana «è tanto più virtuosa quanto meno è passiva» rispetto all'influenza degli altri. I genitori, pertanto, devono operare affinché i figli acquisiscano sempre maggiore indipendenza dalle decisioni altrui e capacità autonoma di giudizio.

¹⁰ A. BELVEDERE, *Potestà dei genitori* (voce), in *Enc. giur.*, 1990, 1 ss.; M. SESTA, *La potestà dei genitori*, in *Filiazione, adozione, alimenti*, cit., 27 ss. M. PARADISO, *Potestà dei genitori, abuso e interesse morale e materiale della prole*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 2, 210, dopo aver sintetizzato la linea evolutiva delle riforme sulla filiazione, caratterizzata da un incremento crescente degli ambiti di autonomia del minore, rileva come debba parlarsi con maggior nettezza di «carattere partecipativo dell'educazione, che si affranca dalla logica soltanto unilaterale della "cura dell'incapace": una evoluzione che merita pieno assenso, come la sola coerente alla natura maieutica dell'educazione». Tuttavia, sottolinea opportunamente Paradiso, come il sintagma «educazione partecipata» non debba depotenziare il ruolo dei genitori, i quali «mancherebbero al loro dovere se rinunciassero a coltivare le *capacità effettive*, a correggere le *inclinazioni disordinate*, a suggerire un orientamento alle *aspirazioni ancora indistinte o velleitarie* [del figlio]».

del figlio in ossequio al principio costituzionale della centralità di ogni persona ¹¹.

L'art. 147 c.c., secondo un'autorevole studioso ¹², deve essere ritenuto «parte integrante della nozione della potestà genitoriale». Ciò significa che il genitore deve saper cogliere e favorire i desideri, le inclinazioni e i convincimenti del figlio ¹³.

Nonostante la profonda innovazione normativa della seconda metà del Novecento, alcuni autori ¹⁴ hanno rilevato come la potestà fosse ancora sbilanciata dal lato dei genitori. La normativa continuava a dare spazio alla costruzione della figura del minore come destinatario di decisioni altrui. Nei procedimenti giudiziari, infatti, egli, pur dotato di sufficiente maturità, spesso non riusciva a veicolare efficacemente il proprio pensiero, rimanendo così del tutto assoggettato alla decisione che lo riguardava.

Questo è un punto decisivo; viene in gioco il problema dell'attuazione delle posizioni giuridiche soggettive che, altrimenti, rimarrebbero sulla carta. La riforma 2012/2013, come si vedrà in questo capitolo, ha contribuito a rafforzare l'effettività dei diritti dei figli, in particolare attraverso regole sull'audizione di questi ultimi nel procedimento giudiziale (c.d. diritti processuali). La responsabilità genitoriale non si configura tanto come «autorità personale e patrimoniale» ¹⁵, graduabile in relazione al livello di maturità progressivamente raggiunto dal minore - prospettiva indubbiamente realistica - quanto soprattutto come uno strumento attraverso il quale si impartiscono anche comandi, ma essenzialmente si favorisce la formazione della personalità del minore.

¹¹ Naturalmente si ammette un'«interferenza dei genitori sull'esercizio delle libertà fondamentali del minore, [ma] solo in quanto obiettivamente ed effettivamente giustificata dalla funzione di educazione e di cura (così C. M. BIANCA, *La famiglia*, cit., 344). A parte questo aspetto, sono ancora una volta i filosofi del passato a dirci - lo rammenta nuovamente U. SCARPELLI, *La persona nella filosofia giuridica moderna*, cit., 85-86 - che l'uomo costruisce la propria persona nel confronto, anche teso, con gli altri. Si va qui dall'esistenzialismo di Sartre al personalismo sociale di Norberto Bobbio.

¹² M. SESTA, *La potestà dei genitori*, cit., 29.

¹³ P. RESCIGNO, *Interessi, diritti, esercizio dei diritti nell'età minorile*, in *Matrimonio e famiglia*, Torino, 2000, 319 ss.

¹⁴ P. STANZIONE, *Minori e diritti fondamentali*, Milano, 2006, 17 ss.; G. FERRANDO, *Diritto di famiglia*, cit., 277 ss.; E. AL MUREDEN, *La responsabilità genitoriale tra condizione unica del figlio e pluralità di modelli familiari*, in *Fam. e dir.*, 2014, 5, 466 ss.; L. AMBROSINI, *Dalla "potestà" alla "responsabilità": la rinnovata valenza dell'impegno genitoriale*, *Dir. fam. e pers.*, 2015, 2, 687 ss.; M. DOGLIOTTI, *Persone fisiche. Capacità, status, diritti*, Torino, 2014, 71 ss.; A. G. CIANCI, *Nuovo titolo IX del libro I rubricato «Della responsabilità genitoriale e dei diritti e doveri del figlio»*, in *Filiazione. Commento al decreto attuativo*, a cura di M. Bianca, 2014, 92.

¹⁵ M. PARADISO, *Potestà dei genitori, abuso e interesse morale e materiale della prole*, cit., 211, sintetizza efficacemente le diverse ricostruzioni della responsabilità genitoriale.

Si è parlato in dottrina, già prima della riforma 2012/2013, di un passaggio dalla potestà da potere-dovere a pura funzione¹⁶, assoggettata ad un controllo esterno, qualora l'esercizio scorretto della stessa arrechi pregiudizio al figlio.

Si vedrà nel prosieguo come la fattispecie legale dell'abuso dei poteri genitoriali sia integrata anche da quelle imposizioni dei genitori al figlio volte a perseguire un interesse diverso da quello di quest'ultimo, sacrificandone le capacità e le inclinazioni naturali (cfr. *infra* cap. III-sez. I § 6).

2. DALLA NORMATIVA SOVRANAZIONALE ALLA NUOVA STAGIONE DI RIFORME.

Dopo il 1975 la normativa si è evoluta soprattutto a livello sovranazionale. In particolare essa ha attribuito una più evidente centralità al minore nel rapporto non solo con i genitori, ma anche con i pubblici poteri. Imprescindibile è il richiamo di due atti: la Convenzione dell'ONU sui diritti dell'infanzia del 20 novembre 1989, ratificata con legge n. 176/1991, vero e proprio statuto dei diritti del bambino a vent'anni dalla Dichiarazione dei diritti del fanciullo (1959)¹⁷ e la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori del 25 gennaio 1996, ratificata con legge n. 77/2003.

La prima pone principi e regole che hanno contribuito a riconfigurare contenuto e funzione della potestà genitoriale già prima della riforma 2012/2013. In sintesi si riportano alcuni punti essenziali della Convenzione: 1) la preminenza dell'interesse superiore del fanciullo in tutte le decisioni che lo riguardano; 2) l'impiego del termine «responsabilità» (e non potestà) genitoriale al fine di valorizzare, anche lessicalmente, la pari dignità di tutti i membri della famiglia piuttosto che la soggezione dell'uno all'altro (cfr. il preambolo e gli artt. 3, 5 e 18); 3) il diritto del minore di esprimere liberamente la propria opinione

¹⁶ Ne dà conto sempre M. PARADISO, *op. ult. cit.*, 211 e 219, il quale rileva come non è più l'interesse della famiglia come individuato dai coniugi a condizionare i figli, quanto piuttosto il contrario. Condivisibile quanto scrive l'autore: «il figlio diviene così centro e ragione della famiglia, fino a costituire elemento determinante per la stessa esistenza di una «comunità familiare»: la costituisce là dove manchi una unione coniugale tra i genitori, la prolunga là dove quell'unione sia venuta meno. La giurisprudenza che si esaminerà in seguito sulla c.d. *step child adoption* e sull'applicabilità anche al genitore sociale dell'art. 337-ter, co. 1, c.c. dimostra non solo la centralità del figlio, ma anche la forza di penetrazione del principio del preminente interesse del minore nella reinterpretazione di istituti riguardanti la filiazione.

¹⁷ M. DOGLIOTTI, *Persone fisiche*, cit., 178 ss., afferma che dalla Convenzione emerge «la figura di un fanciullo, e soprattutto di un adolescente, veramente arbitro del proprio destino, sicuramente in grado di far valere le proprie scelte esistenziali e di veder garantito il proprio interesse nei confronti di qualsiasi altro soggetto»; P. STANZIONE, *Minori e diritti fondamentali*, cit., 48.

su ogni questione che lo interessi, opinione di cui tener conto in ogni procedura giudiziaria o amministrativa a seconda dell'età e del grado di maturità (art. 12); 4) la previsione dello sviluppo della personalità del fanciullo quale scopo dell'educazione, la quale deve veicolare «il rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dei principi consacrati nella Carta delle Nazioni Unite» (art. 29).

Si tratta di una rivoluzione rispetto alla situazione ante 1975. Non ci sono più principi e modelli da inculcare al figlio per plasmarne la personalità, ma solo principi, diritti e libertà che esigono rispetto. Il principio del preminente interesse del minore, stella polare della materia, si attua sia col sacrificio, ove occorra, di contrapposti interessi privati o pubblici, sia valorizzando la capacità di autodeterminarsi del minore stesso.

La seconda Convenzione sopra citata (sull'esercizio dei diritti del minore) adotta strumenti e regole processuali per garantire l'attuazione dei diritti del minore quali: 1) il diritto di ricevere informazioni sul procedimento che lo riguarda e sulle sue conseguenze (art. 3); 2) il diritto di essere ascoltato dall'autorità giudiziaria ove egli «abbia una capacità di discernimento sufficiente»¹⁸; 3) il diritto di essere rappresentato adeguatamente (da un rappresentante speciale in caso di conflitto di interessi con i genitori) e il diritto di essere assistito da un avvocato (artt. 5, 10 e 14).

Oltre alla predetta normativa, cui deve aggiungersi la legge n. 149/2001 (di modifica della l. n. 184/1983) che ha rafforzato lo statuto giuridico del minore sotto il profilo del diritto a una famiglia (che sia primariamente quella di origine)¹⁹, vi è stato un significativo apporto giurisprudenziale nell'attuazione del diritto del minore di essere ascoltato.

¹⁸ P. STANZIONE, *Minori e diritti fondamentali*, cit., 76-77, cita una interessante sentenza della Cassazione, la n. 317/1998, che, in applicazione della Convenzione internazionale di Strasburgo sull'esercizio dei diritti dei minori, conferma la pronuncia d'Appello che, nella regolamentazione di un divorzio, aveva subordinato la visita del padre al figlio al consenso di quest'ultimo. Si osserva che tale Convenzione è volta ad «attribuire all'infanzia, ed alle componenti affettive e sentimentali di cui essa si nutre, la priorità che le spetta nell'ambito della società». Il giudice, di conseguenza, deve accertare la maturità e la capacità di discernimento del minore, così da poter decidere nel rispetto della dimensione psicologica e del volere del minore.

¹⁹ In particolare la legge n. 149/2001 ha rafforzato il diritto del bambino alla conservazione della propria famiglia, risaldando il principio costituzionale di sussidiarietà dell'adozione (arg. ex artt. 31, co. 1, 30, co. 2 e 3, co. 2, Cost.). Lo Stato interviene primariamente a sostegno della famiglia di origine del minore (cfr. art. 1 l. n. 184/1983). Anche l'istituto dell'affidamento del minore (artt. 2 ss. l. n. 184/1983), operante solo in caso di fallimento degli interventi di sostegno e aiuto di cui all'art. 1 l. n. 184/1983, è una forma di assistenza volta al recupero della famiglia d'origine. Solo in caso di stato di abbandono (non transitorio) del minore, può essere dichiarato lo stato di adottabilità. Tra l'altro, per effetto della riforma 2012/2013, la nozione di abbandono è stata collegata alla «provata irrecuperabilità delle capacità genitoriali in un tempo ra-

Si è affermato a chiare lettere che il minore è parte sostanziale di ogni procedimento che lo riguardi²⁰.

Con riferimento alla potestà genitoriale, va segnalata la legge n. 154/2006 («*Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli*») che ha previsto il diritto del figlio minore di ricevere cura da parte dei genitori «anche» in caso di separazione personale (così l'art. 155, co. 1 c.c. il cui testo è stato sostituito dal d. lgs. n. 154/2013). L'uso dell'avverbio «anche» lasciava intendere che in primo luogo i genitori fossero tenuti alla cura nella fase fisiologica del rapporto coniugale. Qui l'esercizio della potestà attiene più strettamente alla sfera personale, non patrimoniale, del figlio.

La legge n. 154/2006 ha introdotto altresì il diritto del minore di «conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale» (art. 155 co. 1 il cui testo è stato trasfuso dal d. lgs. n. 154/2013 nell'art. 337-ter, co. 1, c.c.); diritto questo che limita l'esercizio della potestà genitoriale, non potendosi precludere la frequentazione dei nonni se non per ragioni di tutela del minore (cfr. anche l'art. 315-bis, co. 2 e 317-bis c.c.)²¹.

Quanto appena esposto pone in rilievo come il legislatore abbia avvertito la necessità di specificare i diritti del minore. È un approccio tecnico nuovo, poiché l'art. 147 c.c. nella versione della legge di riforma del 1975 non sanciva diritti, limitandosi a funzionalizzare l'esercizio della potestà genitoriale. Il recente intervento normativo 2012/2013 ha non solo equiparato la condizione giuridica dei figli nati fuori del matrimonio a quelli matrimoniali. È stato fatto di più: attraverso la previsione di nuovi diritti (art. 315-bis c.c.) e le modifiche alle azioni di stato (cfr. *supra* cap. I-sez. I-II), il legislatore ha elevato lo statuto giuridico e la tutela del figlio sia sotto il profilo della difesa della propria

gionevole» (art. 12, co. 1, let. c l. n. 184/1983). Per un'efficacissima sintesi sull'evoluzione dell'adozione e sulla graduazione degli interventi dello Stato a garanzia del diritto del minore a una famiglia cfr. G. FERRANDO, *Diritto di famiglia*, cit., 301 ss.

²⁰ Cass., n. 6899/1997, in *Fam. e dir.*, 1997, 6, 523 ss., con nota di B. LENA, *Adozione: diritto del minore di essere ascoltato*, già rilevava che l'esigenza di ascoltare il minore «costituisce un comune denominatore della legge sull'adozione (artt. 7, co. 3, 25, 10, co. 5, 15, co. 2, 22 co. 6, 23, co. 1). Questo trend normativo intende attribuire alla personalità e alla volontà del minore un ruolo non indifferente in relazione all'adozione di provvedimenti che, nell'interesse del minore, trovano la loro ragion d'essere». Cfr. anche Corte cost., n. 1/2002 (rel.: F. Bile), in *Fam. e dir.*, 2002, 3, 229 ss., con note di F. TOMMASEO e di A. ODINO-N. PASCHETTI, *Giudizi camerali de potestate e giusto processo*, e Cass. Sez. un., 22238/2009, in *Fam. pers. e succ.*, 2010, 4, 1 ss. (versione *on line*), con nota di F. R. FANTETTI, *La facoltà dell'ascolto del minore e la Convenzione europea di Strasburgo*, secondo cui è nullo il provvedimento decisivo assunto senza aver ascoltato il minore nei casi in cui l'ascolto sia legalmente previsto (si argomenta dall'art. 6 Convenzione di Strasburgo).

²¹ G. F. BASINI, *Violazione del così detto «diritto di visita dei nonni» e risarcimento del danno, dopo l'entrata in vigore della l. n. 219/2012*, in *Resp. civ. prev.*, 2013, 1 ss. (testo in *De jure on line*).

personalità in evoluzione sia della salvaguardia del rapporto di filiazione.

Insomma il legislatore non si è limitato, come pure è stato detto, a sostituire il sintagma potestà genitoriale con quello di responsabilità genitoriale. Egli ha modificato la struttura del Titolo IX (cioè, come si dirà, non è irrilevante sotto il profilo ricostruttivo) dedicando l'art. 315-*bis* c.c. ai diritti del figlio. Significative, come vedremo, sono anche talune modifiche in tema di affidamento condiviso (cfr. *infra* §§ 16-17).

La riforma 2012/2013 non è affatto neutra con riguardo sia alla configurazione del rapporto genitori figli, sia al fondamento dello stato di figlio (cfr. *supra* cap. I-sez. I, § 2 e *infra* cap. III-sez. III, §§ 4-6).

3. RINNOVATA STRUTTURA DEL TITOLO IX: PRIORITÀ DEI DIRITTI DEL FIGLIO E RESPONSABILITÀ GENITORIALE.

La legge n. 219/2012, all'art. 2 let. h), ha delegato il governo a realizzare l'«unificazione delle disposizioni che disciplinano i diritti e i doveri dei genitori nei confronti dei figli nati nel matrimonio e dei figli nati fuori del matrimonio, delineando la nozione di responsabilità genitoriale quale aspetto dell'esercizio della potestà genitoriale».

Indubbiamente l'unitarietà della disciplina del rapporto genitori-figli a prescindere dalla sussistenza del vincolo matrimoniale è una conseguenza ineludibile del principio dell'unicità dello stato di figlio.

Quanto, invece, all'intervento normativo sulla potestà, a dire il vero, il legislatore, nella delega, non ne aveva previsto la soppressione. Qualche autore²² ha sostenuto l'eccesso di delega da parte del legislatore delegato, il quale ha eliminato il lemma potestà.

La questione è delicata. Certo il legislatore delegante ha assegnato un compito difficile al legislatore delegato, forse foriero di confusione. Ha prevalso la soluzione di sostituire alla potestà la locuzione responsabilità genitoriale, senza considerare quest'ultima un aspetto dell'esercizio della prima come esige la delega. Col risultato apprezzabile di dare maggiore evidenza a un rapporto tra genitori e figlio incentrato sui diritti di quest'ultimo²³.

²² G. BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, cit., 349; G. DE CRISTOFARO, *Sub. art. 316 cod. civ.*, in *Comm. Cian, Oppo, Trabucchi*, Padova, 2014, 388; A. GORASSINI, *La responsabilità genitoriale quale contenuto della potestà*, in *Filiazione. Commento al decreto attuativo*, a cura di M. Bianca, Milano, 2014, 91 ss.; A. G. CIANCI, *La responsabilità genitoriale*, cit., 4104, reputa «certamente ambigua» la formula della legge di delegazione, ma sostiene, in modo convincente, che «il legislatore delegato, chiamato al compimento di una scelta di modernità, [abbia] applicato la delega legislativa in coerenza con il carattere innovativo del nuovo istituto, rafforzando la centralità dell'elemento del dovere, rispetto a quello del potere».

²³ E. AL MUREDEN, *Dalla potestà alla responsabilità genitoriale*, in *Giur. it.*, 2014, 1266.

Il decreto legislativo n. 154/2013, in attuazione della delega, è intervenuto sul titolo IX del libro primo del codice civile, modificandone l'intitolazione: da «Della potestà dei genitori» a «Della responsabilità genitoriale e dei diritti e doveri del figlio». Sono stati anche introdotti due nuovi capi: il capo I («Dei diritti e doveri del figlio») e il capo II («Esercizio della responsabilità genitoriale a seguito di separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili, annullamento, nullità del matrimonio ovvero all'esito di procedimenti relativi ai figli nati fuori del matrimonio»).

Il capo I prevede un vero e proprio statuto dei diritti del figlio, oltre a regolamentare unitariamente la responsabilità genitoriale. Il capo II ha, invece, unificato la normativa con riguardo all'esercizio della responsabilità genitoriale nella crisi di coppia e a seguito dell'invalidità del matrimonio (cfr. *infra* §§ 16-17).

È opportuno, per ragioni di ordine espositivo, tornare alla responsabilità genitoriale nella fase cosiddetta fisiologica del rapporto tra i genitori.

Si scrive nella Relazione illustrativa al d.lgs. n. 154/2013 che con il capo I si è inteso superare una «discriminazione sistematica a carico dei figli nati fuori del matrimonio», stante la disomogeneità della normativa. Difatti l'art. 317-*bis* c.c. (abrogato) disciplinava appositamente l'esercizio della potestà sui figli naturali, dettando regole in parte diverse da quelle vigenti per la filiazione nata nel matrimonio.

L'unitarietà delle regole sulla responsabilità genitoriale ha reso necessaria una modifica dell'art. 147 c.c., il quale stabilisce che l'obbligo dei genitori di mantenere, istruire, educare e – quale nuova previsione – di assistere moralmente i figli deve essere adempiuto, oltre che rispettando la personalità del minore, «secondo quanto previsto dall'art. 315-*bis*», rubricato «Diritti e doveri del figlio».

L'aggiunta ad opera della riforma 2012/2013 delle parole «secondo quanto previsto dall'art. 315-*bis*» è significativa sotto il profilo funzionale della responsabilità genitoriale, perché l'articolo richiamato elenca i diritti del minore. Se questi diritti orientano l'esercizio della responsabilità, essi non possono che essere un *prius* rispetto al potere genitoriale²⁴.

²⁴ Ha ragione, pertanto, quella dottrina secondo la quale, con il passaggio dalla potestà alla responsabilità genitoriale avvenuto con la riforma 2012/2013, vi è stata un'accentuazione del profilo del dovere rispetto al potere dei genitori. Il vecchio testo dell'art. 147 c.c. metteva in ombra i diritti del minore, sebbene funzionalizzasse l'esercizio della potestà, in ossequio al principio personalistico che informa la nostra Costituzione, all'interesse del minore, individuato non già in astratto o *ex latere genitoris* ma con il concorso determinante dello stesso minore. L'art. 147 c.c. (nella versione antecedente alla versione introdotta dal d. lgs n. 154/2013), com'è noto, obbligava i genitori a tener conto delle capacità, inclinazioni naturali e aspirazioni dei figli, ossia della loro voce. Ma si trattava di una funzionalizzazione attenuata dalla mancata codi-

Non è un caso che la sequenza delle disposizioni del capo I sia diversa rispetto a quella del titolo IX nella versione antecedente alla riforma 2012-2013. Prima il titolo IX iniziava con un articolo sui doveri del figlio verso i genitori (art. 315 c.c.), cui seguiva un articolo sull'esercizio della potestà dei genitori (art. 316 c.c.). La riforma 2012/2013 mantiene naturalmente i doveri, collocandoli però all'ultimo comma dell'art. 315-*bis* c.c. Nei commi precedenti si elencano prioritariamente i diritti del figlio, quasi a voler sottolineare che i doveri conseguono all'effettività di quei diritti.

Il capo I presenta dunque una struttura ben precisa, conseguente alla centralità del minore nel rapporto con i genitori: prima si disciplinano i diritti del figlio, poi i suoi doveri, quindi si regola la responsabilità genitoriale (art. 316 c.c.)²⁵. La rinnovata struttura del codice civile rispecchia la gerarchia e i rapporti tra le diverse situazioni giuridiche soggettive.

4. I DIRITTI DEL FIGLIO.

La responsabilità genitoriale è lo strumento di attuazione dei diritti del figlio. L'esercizio della prima è influenzato da questi ultimi, la cui centralità induce, pertanto, ad elencarli e a illustrarli sinteticamente.

Essi sono:

a) il diritto di essere mantenuto. È previsto dalla Costituzione come dovere dei genitori (art. 30) e scaturisce dal fatto della procreazione (cfr. art. 30, co. 1, Cost.).

Il mantenimento riguarda il soddisfacimento non solo dei bisogni ordinari della vita, ma anche di ciò che contribuisce ad arricchire la personalità del figlio secondo le sue inclinazioni. Vi rientrano, quindi, oltre alle spese per il vestiario, scolastiche e sanitarie anche quelle occorrenti per l'apprendimento di certe discipline o per lo svolgimento di un'attività sportiva²⁶.

ficazione dei diritti del figlio (oggi elencati nell'art. 315-*bis* c.c.). La dottrina si concentrava sui doveri dei genitori, sebbene fosse consapevole di taluni diritti. Del resto è la stessa Costituzione a porre in rilievo i doveri genitoriali, tralasciando - almeno espressamente - i diritti del figlio (cfr. R. TOMMASINI- S. SORACI, *Sub. art. 147 c.c., Doveri verso i figli*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, *Della famiglia*, a cura di L. Balestra, Milano, 2010, 476 ss.).

²⁵ M. SESTA, *La famiglia a quarant'anni dalla riforma*, cit., 5 (del testo in *Leggi d'Italia on line*) è attento alle innovazioni di ordine sistematico della riforma 2012/2013. Egli sottolinea come la rinnovata intitolazione del titolo IX del libro primo del codice civile intenda «evidenziare sin da subito la valorizzazione dei diritti dei figli e non solo i poteri genitoriali». Tali diritti costituiscono il nuovo perno della disciplina della filiazione. Essi, come si vedrà meglio in seguito, orientano in modo più stringente rispetto al regime previgente l'esercizio della responsabilità e rafforzano la posizione del minore nella crisi della famiglia.

²⁶ Trib. Milano, 15.4.2015, con riguardo al mantenimento della prole in conseguenza della separazione personale.

Va rilevato come non sia sempre agevole tenere su piani nettamente distinti il mantenimento, quale espressione dell'assistenza materiale²⁷, dalla assistenza morale che, in certi casi, postula un esborso economico da parte dei genitori.

Il mantenimento esige l'esercizio della responsabilità, anche se esso esiste a prescindere da quest'ultima, poiché continua a gravare i genitori nonostante il raggiungimento della maggiore età del figlio. L'art. 315-bis, co. 1, c.c. stabilisce che «il figlio [senza specificazioni sull'età] ha diritto di essere mantenuto». Si aggiunga che con riguardo alla categoria dei figli irricognoscibili, l'art. 279 c.c. slega il mantenimento dalla costituzione formale dello *status filiationis*.

Gli alimenti, com'è noto, hanno un contenuto diverso rispetto al mantenimento, limitandosi a soddisfare i bisogni primari dell'individuo²⁸ (art. 438 c.c.), non già ad arricchire la personalità del beneficiario. Inoltre mentre il mantenimento è un effetto immediato della filiazione, l'obbligo alimentare è subordinato allo stato di bisogno di uno dei soggetti elencati nell'art. 433 c.c. (art. 438 c.c.). La misura degli alimenti è dunque inferiore a quella corrispondente al mantenimento dei figli.

Ancora: mentre l'obbligo di mantenere si protrae oltre la maggiore età del figlio, fino a che quest'ultimo raggiunga l'indipendenza economica, l'obbligo alimentare è legato allo stato di bisogno e ad altri fattori (art. 440 c.c.).

Il diritto al mantenimento oltre la maggiore età è garantito anche in caso di separazione o di divorzio (cfr. art. 337-septies c.c.). La giurisprudenza vi ha posto però un limite: il mantenimento cessa se il figlio abbia colpevolmente concorso alla propria non autosufficienza economica²⁹;

b) il diritto di essere istruito. L'istruzione è un dovere dei genitori

²⁷ G. BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, cit., 344.

²⁸ M. SALA, *Gli alimenti*, in *Trattato di diritto di famiglia*, cit., 1924-1925, sottolinea come se da un lato gli alimenti, ai sensi dell'art. 438, co. 2, c.c., «non devono tuttavia superare quanto sia necessario per la vita dell'alimentando», la medesima disposizione continua aggiungendo «avuto però riguardo alla sua posizione sociale», quindi alle aspettative a conservare un certo tenore di vita. Ciò ha indotto la dottrina a discorrere di «alimenti congrui», ma, ciò nonostante, rimane netta la distinzione tra alimenti e mantenimento della prole. Mentre i primi nascono dallo stato di bisogno e sono funzionali a consentire la sopravvivenza, sia pur con il correttivo del riguardo alla posizione sociale dell'alimentando, il secondo, come si diceva *supra* nel testo, ha un contenuto decisamente più ampio. Il mantenimento della prole non è volto a eliminare lo stato di bisogno, ma è strumentale a consentire lo sviluppo della personalità del figlio. I giudici, infatti, con l'avanzare dell'età del figlio, quando è possibile, elevano il *quantum* dell'assegno di mantenimento che il genitore separato, divorziato o che abbia cessato la convivenza *more uxorio* deve corrispondergli.

²⁹ Cass., n. 17717/2002, in *Fam. e dir.*, 2003, 4, 349 ss., con nota di G. SCIANCALEPORE, *Il mantenimento degrada a liberalità per responsabilità dei figli*; Cass., n. 8221/2006, in *Leggi d'Italia on line*, e Cass., n. 407/2007, in *Nuova giur. civ. comm.*,

(art. 30, co. 1 Cost.), ma è soprattutto un impegno dello Stato nel renderla possibile per tutti (art. 34 Cost.). L'istruzione si attua per lo più fuori dalle mura domestiche. Nella scelta del percorso scolastico, eventualmente anche universitario, i genitori devono rispettare le inclinazioni e le aspirazioni del figlio.

Il *quantum* della spesa cui i genitori sono tenuti è orientato da un criterio di normalità. Difatti l'art. 742 c.c. esclude dalla collazione le spese per l'istruzione, salvo per quanto «eccedano notevolmente la misura ordinaria, tenuto conto delle condizioni economiche del defunto».

Alle spese si collega il problema, discusso in dottrina e oggetto di interventi giurisprudenziali, della solidarietà o meno dell'obbligazione assunta da un solo genitore nel nome del figlio³⁰. È stata sostenuta la tesi della rilevanza esterna del dovere di contribuzione (art. 143, co.3, c.c.)³¹. Ciò significa che dell'adempimento dell'obbligazione assunta da un coniuge per soddisfare i bisogni della famiglia risponde anche l'altro coniuge.

Qualora la famiglia non sia in grado di pagare gli studi del figlio, lo Stato garantisce ai «capaci e meritevoli» la possibilità di raggiungere i gradi più alti degli studi (art. 34, coo. 2 e 3 Cost.).

Va ricordato che il codice penale sanziona il genitore che ometta, senza giusto motivo, di far impartire l'istruzione obbligatoria al figlio (art. 731 c.p.);

c) il diritto di essere educato. Come si è accennato, diversamente dal passato, i genitori nell'educare i figli non sono vincolati da criteri esterni alla famiglia. Tuttavia dalle disposizioni costituzionali, dalle Carte sovranazionali e dalla legislazione penale si desume un minimo etico imprescindibile per una convivenza civile. In questo quadro va letto l'art. 29 let. b) della Convenzione Onu sui diritti dell'infanzia se-

2007, 10, 11116 ss., con nota di M. ANNUNZIATA, *Il mantenimento del figlio maggiorenne: considerazioni alla luce del nuovo sistema dell'affido condiviso*. Spetta al genitore provare l'autosufficienza economica del figlio.

³⁰ Cass., n. 25026/2008, in *Fam. pers. succ.*, 2009, 2, 1 ss. (versione *on line*), con nota di L. A. SCARANO, *Obbligazioni genitoriali*, esclude la solidarietà passiva dell'obbligazione assunta da un genitore nei confronti di una scuola privata. La cui frequentazione non costituisce un bisogno primario della persona (solo in tal caso avrebbe operato la solidarietà passiva, artt. 1292, 1294 c.c.), poiché l'istruzione può essere assolta dalla scuola pubblica. Deve aggiungersi, tuttavia, che il principio giurisprudenziale secondo cui il giudice, in caso di conflitto tra i genitori, deve preferire la scuola pubblica incontra eccezioni qualora la soluzione assunta dall'Ufficio giudiziario dell'istituto pubblico confligga con l'interesse concreto del minore. Ciò può accadere nei casi di «difficoltà di apprendimento, particolari fragilità di inserimento nel contesto dei coetanei o fragilità personali del minore, esigenze di coltivare studi in sintonia con la dotazione culturale o l'estrazione nazionale dei genitori» (così Trib. Milano, decr. 2.2.2017, in www.cassazione.net).

³¹ G. VETTORI-A. GORGONI, *Il dovere coniugale di contribuzione*, in *Trattato di diritto di famiglia*, cit., *Il regime patrimoniale della famiglia*, vol. II, 1141 ss., in cui vi è una critica all'orientamento della Cassazione che ammette la rilevanza esterna solo a certe condizioni piuttosto restrittive.

condo cui gli Stati parti convengono che l'educazione del fanciullo deve avere come finalità «di inculcare al fanciullo il rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dei principi consacrati nella Carta delle Nazioni Unite».

Un aspetto decisivo dell'educazione è senz'altro quello per cui il figlio minore, con la crescita e la progressiva maturazione, diventa sempre più parte attiva nel rapporto con i genitori e non mero recettore di regole e di scelte altrui. Se per un verso i genitori sono liberi di educare seguendo il modello etico che preferiscono, dall'altro essi vedono conformato il proprio diritto-dovere (art. 30, co. 1 Cost.) da due doveri: 1) rispettare capacità, inclinazioni naturali e aspirazioni del figlio; 2) non ledere libertà fondamentali e diritti inviolabili di cui anche il figlio, in quanto persona, è titolare (artt. 2 e 3 Cost.)³².

La dialettica genitori-figli, con l'avanzare dell'età di questi ultimi, vede spostarsi progressivamente l'asse verso il punto di vista del figlio. Essere convinti dell'offerta formativa di una determinata scuola, di seguire un certo orientamento politico, un credo religioso o le idee professate da un'associazione, sono tutte scelte che, tendenzialmente, non possono essere avversate dai genitori, pretendendo altro dal proprio figlio. Del resto la Carta costituzionale intende la famiglia come comunità di eguali in cui ciascuno possa sviluppare la propria personalità attraverso scelte individuali.

Il passaggio dalla potestà alla responsabilità genitoriale implica che l'educazione debba far acquisire al minore la capacità di scegliere ciò che è in armonia con il proprio essere e con le proprie spinte motivazionali³³.

Particolarmente delicato è il profilo della trasmissione da parte dei genitori (o di uno di essi) di una fede religiosa con punte di estremismo o dei valori di una civiltà divergenti da quelli dei paesi occidentali. In linea generale ciò è legittimo, ma deve avvenire nel rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali del figlio cittadino italiano. È precluso perciò ogni integralismo o fanatismo religioso che, di per sé solo, mette in pericolo lo sviluppo psico-fisico del minore e ne conculca i diritti³⁴.

L'educazione non deve avvalersi dell'uso della violenza. Il codice

³² G. F. BASINI, *I diritti e i doveri dei genitori e dei figli*, in *Trattato di diritto di famiglia*, cit., 4052.

³³ G. F. BASINI, *op. ult. cit.*, 4052, sottolinea giustamente come il diritto/dovere di educare «sia uno degli aspetti centrali e più rilevanti» della responsabilità genitoriale.

³⁴ Cass., n. 12077/1999, in *Leggi d'Italia on line*, afferma il principio secondo cui «la mera diversità culturale, di origini, di etnia e di religione non può di per sé costituire elemento significativo ai fini dell'esclusione dell'interesse del minore» a vedersi riconosciuto anche dal padre, arabo e di religione musulmana. Tuttavia se il padre, dopo il riconoscimento, «dovesse porre in essere concrete iniziative prevaricatorie o pregiudizievoli per l'interesse della minore, sarebbero azionabili i procedimenti e i provvedimenti previsti dalla legge a tutela della minore medesima» (sui cui cfr. *infra* cap. III-sez. I §§ 2-5).

penale prevede diversi reati che contemplano la violenza nei confronti del figlio. Di recente, l'uso abituale della violenza a scopi educativi è stato ricondotto alla fattispecie criminosa più grave dei maltrattamenti in famiglia (art. 572 c.p.) e non già in quella dell'abuso dei mezzi di correzione (art. 571 c.p.); ciò a prescindere dall'esistenza o meno dell'*animus corrigendi*³⁵.

Sotto altro profilo non è stato ritenuto pregiudizievole per l'equilibrato sviluppo del bambino il fatto di vivere e di essere educato in una famiglia in cui la madre conviva con un'altra donna con la quale abbia una relazione sentimentale³⁶.

d) il diritto di essere assistito moralmente dai genitori. La riforma 2012/2013 ha incrementato gli obblighi derivanti dal matrimonio, imponendo a entrambi i coniugi di assistere moralmente i figli (art. 147 c.c.), i quali, specularmente, sono titolari del diritto di essere assistiti (art. 315-*bis*, co.1, c.c.).

L'importanza del diritto all'assistenza morale è tale che il legislatore ne ha ribadito l'esistenza anche nei casi di separazione personale e di divorzio (art. 337-*ter*, co. 1, c.c.). Perciò la crisi del rapporto tra i genitori non incide sull'obbligo di essere solidali nei confronti del figlio, di sostenerlo nelle proprie scelte, spronandolo e confortandolo durante la crescita. Si tratta, com'è ovvio, di un profilo del tutto diverso dal mantenimento, dall'educazione e dall'istruzione.

L'assistenza morale, prima prevista soltanto tra i coniugi (art. 143, co. 2, c.c.), è diventata un elemento di sistema³⁷: essa connota tanto il

³⁵ Così Cass. pen., n. 30436/2015. Ma cfr. anche Cass. pen., n. 34674/2007 (entrambe in *Leggi d'Italia on line*), la quale riporta l'opinione comune nella letteratura scientifico-psicologica secondo cui «metodi di educazione rigidi ed autoritari, che utilizzino comportamenti punitivi violenti o costrittivi (...) siano non soltanto pericolosi, ma anche dannosi per la salute psichica, così da essere responsabili di una serie di disturbi variegati e complessi: dallo stato d'ansia all'insonnia e alla depressione, fino – quando il trauma si è verificato nei primi anni di vita – a veri e propri disturbi caratteriali e comportamentali nell'età adulta».

³⁶ Cass. n. 601/2013, cit. Nel caso di specie viene confermata la pronuncia d'appello che aveva disposto l'affido esclusivo a favore della madre, in ragione delle manifestazioni di violenza del padre avvenute alla presenza del figlio. Secondo la Corte non esistono dati scientifici secondo cui è dannoso per il minore crescere con una coppia omosessuale.

³⁷ M. SESTA, *Famiglia e figli a quarant'anni dalla riforma*, cit., p. 6 (del testo *on line*), ritiene che l'apporto della novella 2012/2013 sia stato «assai pregnante», avendo conferito rilievo giuridico generalizzato alla dimensione maggiormente caratterizzante il rapporto genitori-figlio, che è quella affettiva. Il diritto, quindi, sottolinea l'autore, non si sottrae, diversamente dal passato, dal “giuridificare” la sfera dei sentimenti, legandosi così strettamente alla dimensione più intima della persona. Ciò naturalmente non è privo di conseguenze. La mancanza di assistenza morale da parte di un genitore, anche se non è unita a quella materiale, esprime comunque un grave disinteresse nei confronti del figlio, che può giustificare, come si vedrà, il provvedimento di affidamento esclusivo.

rapporto coniugale quanto quello filiale. Contribuisce a questa lettura una disposizione in tema di adozione. La dichiarazione di adottabilità può essere pronunciata previo accertamento della situazione di abbandono, ossia dell'essere il minore «privo di assistenza morale e materiale da parte dei genitori» (artt. 8, 1, co. 2 e 15, co. 1 let. b, l. adoz.).

Va ricordato però che la Cassazione aveva già ricondotto all'art. 30, co. 1, Cost. l'obbligo del genitore di dare vita a un rapporto solidale col figlio, incentrato sul dialogo costante fin dalla nascita. Mantenere ed educare - ha rilevato la Suprema Corte - esigono che il genitore coltivi un'abitudine alla discussione col figlio, dove l'esperienza del primo sia partecipata dal secondo. Ne consegue che ove siffatta relazione dialogica sia mancata perché il genitore non abbia riconosciuto il proprio figlio, quest'ultimo subisce non solo un danno patrimoniale (per mancato mantenimento), ma anche e soprattutto un danno non patrimoniale per essere stato privato del sostegno morale³⁸ (cfr. *infra* cap. III-sez. III, § 7);

e) il diritto di crescere in famiglia e di mantenere rapporti significativi con i parenti.

Il diritto di crescere in famiglia segnala l'importanza di vivere a diretto e costante contatto con i propri genitori nella medesima abitazione.

Questa previsione non è una novità assoluta, essendo già contemplata dalla legge sull'adozione (art. 1), dalla Convenzione di New York (art. 9) e, sotto il profilo attuativo, dalla Convenzione europea di Strasburgo, entrambe ratificate dall'Italia.

Qualora il rapporto tra i genitori entri in crisi, occorre salvaguardare il più possibile quella consuetudine di vita che il minore aveva con ciascun genitore. A tal fine l'art. 337-ter, co. 1, c.c. stabilisce che «il figlio minore ha diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori».

Questa disposizione era già contenuta nell'art. 155, co. 1, c.c. (modificato dalla riforma 2012/2013) introdotto dalla legge n. 54/2006 che, proprio in attuazione di tale diritto, ha previsto l'affidamento condiviso quale (nuovo) istituto la cui applicabilità deve essere valutata dal giu-

³⁸ Secondo Cass., n. 26205/2013, in *Danno e resp.*, 2014, 7, 716 ss. con nota di D. AMRAM, *Il danno intrafamiliare e la sua quantificazione: conferme per l'adozione di una tabella?*, e di B. TASSONE, *Il danno intrafamiliare: nuovi spunti di law and psychology*, l'endiadi diritto a essere educato e mantenuto di cui all'art. 30, co. 1 Cost. postula l'idea che vi sia un rapporto tra figli e genitori. Si tratta di un'espressione che «contiene e presuppone il diritto di condividere fin dalla nascita con il proprio genitore la relazione filiale, sia nella sfera intima e affettiva, di primario rilievo nella costituzione e sviluppo dell'equilibrio psicofisico di ogni persona, sia nella sfera sociale, mediante la condivisione e il riconoscimento esterno dello status conseguente alla procreazione».

dice «prioritariamente» (art. 337-ter, co. 2, c.c.). C'è uno stretto legame tra l'enunciazione e l'attuazione del diritto.

Che il diritto di crescere in famiglia, ossia con i genitori i fratelli e le sorelle, sia essenziale per il benessere psico-fisico di un minore, trova conferma nella legge sull'adozione (n. 184/1983). La quale esordisce con la previsione del diritto del minore di «crescere ed essere educato nell'ambito della *propria* famiglia» di origine (art. 1, co. 1, l. n. 184/1983 come modificato dalla l. n. 149/2001). Ciò sta a significare, come chiariscono le disposizioni successive della legge n. 184/1983 (cfr. ad es. gli artt. 1 co. 2, 2-5 e 21), che l'adozione è un'*extrema ratio*.

Il figlio ha inoltre diritto di mantenere rapporti significativi con i parenti dei propri genitori³⁹. Se la frequentazione dei parenti (nonni, zii, cugini) ha creato legami affettivi importanti e fatto acquisire figure di rilievo per la crescita, sorge in capo al figlio minore il diritto di conservare siffatte relazioni. La dimensione giuridica si estende, dunque, oltre la rilevanza della famiglia mononucleare.

Va precisato, tuttavia, che, dal lato dei parenti, soltanto agli ascendenti è stato riconosciuto dal d. lgs. n. 154/2013 il diritto «di mantenere rapporti significativi con i nipoti minorenni» (art. 317-bis c.c.)⁴⁰. Tale diritto, tuttavia, sebbene rappresenti un'innovazione significativa⁴¹, non attribuisce una prerogativa assoluta ai nonni, giacché può essere loro precluso il *diritto di visita* dei nipoti in ragione del preminente interesse di questi ultimi⁴².

Il diritto di intrattenere rapporti significativi con i parenti finisce col limitare (o più propriamente funzionalizzare) l'esercizio della responsabilità genitoriale. I genitori, infatti, non possono ostacolare im-

³⁹ Questo diritto era stato già ricostruito dalla dottrina prima della novella 2012/2013. I nonni - si riteneva - potevano agire ai sensi dell'art. 333 c.c., sostenendo che la condotta dei genitori volta ad impedire la frequentazione tra gli stessi e i nipoti fosse pregiudizievole per questi ultimi. La l. n. 54/2006 ha introdotto, quale ipotesi specifica, all'art. 155 c.c. (oggi trasfuso nell'art. 337-ter, co. 1, c.c.), il diritto del minore di mantenere rapporti significativi con gli ascendenti e con gli altri parenti di ciascun ramo genitoriale.

⁴⁰ La legge n. 219/2012 con l'art. 2, co. 1, let. p) ha delegato il Governo a prevedere la «legittimazione degli ascendenti a far valere il diritto di mantenere rapporti significativi con i nipoti minori».

⁴¹ G. F. BASINI, *Violazione del così detto «diritto di visita dei nonni»*, cit., p. 3 (testo on line), ricorda come già prima della novella 2012/2013, la dottrina (in particolare P. M. Putti) avesse ricostruito, argomentando da diverse disposizioni, l'esistenza del diritto dell'avo di frequentare i propri nipoti. Basini, tuttavia, dubita, e a ragione, che i riferimenti normativi indicati fossero sufficienti a fondare un diritto soggettivo dell'avo. Il diritto, come si diceva, spettava esclusivamente ai figli minori. L'uso del verbo «conservare», contenuto nell'art. 155, co. 1, c.c. previgente, lasciava intendere che il diritto potesse essere esercitato anche durante la fase fisiologica del rapporto tra i genitori, qualora questi precludessero, ingiustificatamente, la frequentazione dei nonni o anche di altri parenti di ciascun ramo genitoriale.

⁴² Cass., n. 762/2015, in *Leggi d'Italia on line*.

motivatamente i contatti tra il figlio e i rispettivi parenti. Ove ciò avvenga, i parenti, a garanzia dell'effettività del loro diritto «di mantenere rapporti significativi con i nipoti minorenni», possono agire ai sensi dell'art. 317-*bis* co. 2 c.c.

L'articolo prevede che i nonni possano instaurare un apposito giudizio davanti al tribunale per i minorenni (art. 38, co. 1 disp. att. c.c.) del luogo di residenza abituale del minore, «affinché siano adottati i provvedimenti più idonei nell'esclusivo interesse del minore». I ricorrenti chiederanno di imporre ai genitori di consentire la frequentazione dei nonni da parte dei nipoti e, semmai, di stabilire nel provvedimento giudiziale taluni giorni, anche nell'arco temporale di un mese, in cui potranno avvenire gli incontri.

Si può notare come anche qui il legislatore attribuisca rilevanza al rapporto tra i soggetti, al fine di garantire al minore una vita affettiva piena e più ricca di contenuti. Quanto ci sia di buono nell'esistenza di un fanciullo deve essere salvaguardato. L'art. 317-*bis* c.c. tutela il *mantenimento* di rapporti significativi, ossia la conservazione di qualcosa di positivo che già esiste per lo sviluppo della personalità del minore (art. 3, co. 2 Cost.). Il diritto svolge qui la sua funzione più eminente di protezione di importantissimi legami tra determinate persone.

Naturalmente, trattandosi di una questione che interessa direttamente il minore, il tribunale, il quale provvede in camera di consiglio assunte informazioni e sentito il pubblico ministero, deve disporre l'ascolto dello stesso se dodicenne o di età inferiore ma capace di discernimento (l'art. 317-*bis* co. 2 c.c. richiama l'art. 336, co. 2 c.c.). Questo momento processuale è fondamentale, perché il minore potrebbe manifestare al giudice la propria decisione, consapevole e informata, di rifiutare contatti con gli avi in considerazione di caratteristiche o situazioni negative che dovessero riguardarli.

Sul rilievo delle dichiarazioni del minore con riguardo alla decisione giudiziale si tornerà in seguito (cfr. *infra* § 5). Preme ora aggiungere che se il minore ha diritto di mantenere rapporti significativi con i parenti e se l'avo ha il medesimo diritto nei confronti dei nipoti, l'interruzione di siffatte relazioni può legittimare non solo il minore ma anche l'avo a domandare un risarcimento del danno non patrimoniale per lesione di un diritto fondamentale.

Il diritto del figlio rileva anche oltre la maggiore età dello stesso. Pertanto in caso di uccisione dei nonni a causa di un comportamento doloso o colposo di un terzo, deve ammettersi il risarcimento del danno non patrimoniale subito dal nipote, sia pur diciottenne. Il diritto leso, essendo strettamente legato allo sviluppo della personalità, è certamente un diritto inviolabile della persona. Si applica pertanto l'art. 2059 c.c. come reinterpretato dalla Cassazione a Sezioni Unite nel 2008 (cfr. *infra* cap. III-sez. III § 7).

f) il diritto di essere ascoltato. Fissa una situazione soggettiva di grande rilievo che orienta, con forza, l'esercizio della responsabilità

genitoriale, ma anche il rapporto con altri soggetti privati (ad es.: il medico) o con i poteri pubblici (ad es.: la magistratura)⁴³ (cfr. *amplius infra* § 5).

Se i genitori, nell'adempimento dei loro doveri, sono obbligati a tener conto delle capacità, delle inclinazioni naturali e delle aspirazioni del figlio, essi devono anzitutto ascoltare (artt. 147, 315-*bis* e 316, co. 1, c.c.). Lo stesso, come si accennava, vale per il medico con riguardo a un intervento chirurgico e per il giudice chiamato ad assumere un provvedimento che incide sulla vita di un minorenne.

Più nello specifico, può accadere che i genitori abbiano idee opposte su una scelta di particolare importanza per il figlio. Il contrasto è risolvibile attraverso il procedimento giudiziale disciplinato dall'art. 316, co. 2-3, c.c., dove si prevede l'ascolto del minore, attribuendo il potere di decidere al genitore che, nel singolo caso, il giudice ritenga il più idoneo a curare l'interesse del figlio. È evidente che in questa attribuzione peserà la capacità di quel genitore di comprendere più adeguatamente le esigenze del figlio, soprattutto alla luce delle esternazioni e della personalità di quest'ultimo.

Se, invece, entrambi i genitori antepongono sistematicamente il proprio volere alle decisioni mature e consapevoli del figlio, è applicabile l'art. 333 c.c. affinché il giudice adotti i «provvedimenti convenienti» (su cui *infra* cap. III-sez. I, § 6). Qui il fatto è diverso: nessuno dei genitori è in grado di cogliere le inclinazioni e le aspirazioni del figlio e ciò si capisce soprattutto ascoltando quest'ultimo.

Non può sfuggire come la previsione dei diritti di cui all'art. 315-*bis* c.c. e il principio del preminente interesse del minore abbiano configurato uno statuto giuridico rafforzato (rispetto alla situazione ante novella 2012/2013) che - si direbbe - si pone in posizione di superiorità rispetto a ogni altra posizione soggettiva contrapposta. C'è del vero ma, secondo un'interessante prospettazione dottrinale⁴⁴, il punto dav-

⁴³ M. ROMANO, *Sub. art. 155-sexies, le peculiarità della norma e l'ascolto del minore*, in *Comm. Scialoja-Branca, Provvedimenti riguardo ai figli*, a cura di S. Patti e L. R. Carleo, Bologna-Roma, 2010, 366 ss.

⁴⁴ R. SENIGAGLIA, *Status filiationis e dimensione relazionale dei rapporti di famiglia*, Napoli, 2013. La tesi della natura relazionale dei diritti del minore, contrapposta alla prospettiva liberazionista e liberale (cfr. pp. 126 ss.), muove dall'idea condivisibile che non si possa ragionare sul regime di tutela del figlio minore senza far riferimento ai diritti e ai doveri che fanno capo ai genitori. Scrive l'autore che «nella prospettiva relazionale ogni diritto della persona trova la propria giustificazione nella relazione stessa». Di conseguenza gli strumenti di tutela del figlio devono, tendenzialmente, essere indirizzati a ristabilire la comunicazione piuttosto che a comminare una sanzione interrompendo il legame. Mediazione, ascolto e avvocato del minore servono «ad apprezzare realmente l'interesse del minore».

Il discorso sulla dimensione relazionale si lega, in modo circolare, al principio del prevalente interesse del minore, il quale, secondo Senigaglia (pp. 154 ss.), va inteso come strumento di attuazione dei diritti del minore. Nel quadro della relazione si dovrà

vero decisivo è un altro. Occorre chiarire come si attuino i diritti del figlio, a cosa tenda quest'attuazione, qual sia il suo scopo.

Secondo la tesi in parola, i diritti del figlio devono essere qualificati in termini di diritti relazionali, come dimostrano diversi indici normativi, incrementati, si può aggiungere, dalla riforma 2012/2013. Si pensi anche soltanto al diritto di crescere in famiglia e al diritto di essere ascoltato in ogni questione, diritti entrambi espressivi di un'idea ben precisa: gli interessi del figlio nascono e si sviluppano nella trama dei rapporti con i genitori (e con i parenti), centrati sulla parola, strumento, questo, che rivela la nostra individualità⁴⁵. La rottura o l'affievolimento di questo legame deve essere inteso quale fatto eccezionale, sorretto da circostanze oggettive ben esplicitate nella motivazione del provvedimento⁴⁶.

Ciò implica che, ad esempio, nelle situazioni di crisi familiare, compito del giudice non è prioritariamente quello di far prevalere un diritto su un altro, quanto piuttosto di favorire la ricostruzione della

«ricercare la risposta che meglio consenta un equilibrato soddisfacimento degli interessi in gioco, al fine specifico di salvaguardare la sicurezza della relazione» stessa. La formula *best interest of the child* significa giungere alla soluzione che meglio tuteli quel minore nello specifico contesto socio-economico in cui vive. Già P. STANZIONE, *Minori e diritti fondamentali*, cit., 10, richiamando la giurisprudenza francese, respingeva un concetto generalizzante di interesse del minore. Per il giudice - soggiunge l'autore - è imprescindibile «un esame concreto delle circostanze ambientali in cui si trova ed agisce il minore, nonché delle peculiarità delle singole ipotesi che si presentano al suo giudizio». Come vedremo, di assoluto rilievo nella decisione assunta dal giudice è la capacità di autodeterminarsi del minore, condizione, questa, che, se ha modo di esplicarsi nel processo, preclude la reificazione del minore attraverso l'etero-valutazione di una questione che lo riguarda.

⁴⁵ N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, 2005, 106 ss., nello svolgere con la consueta acutezza un'analisi sul concetto di accordo contrattuale, incentrato sul dialogo oppure semplicemente - e forse non è più accordo - sulla combinazione di due atti unilaterali, ragiona sul legame tra lingua, storia, spazio fisico e identità della persona. È nella percezione di molti che, oggi, l'*homo loquens* indietreggia sempre più rispetto all'*homo videns*, più pronto a cogliere gli innumerevoli stimoli della vita moderna. Ma il dialogo quale presupposto della decisione maggiormente ponderata è stato valorizzato dal legislatore, non solo con riguardo al contratto in generale (qui in via non esclusiva), come rileva Irti, ma anche e soprattutto nel rapporto tra i figli e i genitori, proprio attraverso la previsione del diritto di essere ascoltato. Anche l'art. 316, co. 1, c.c. postula il dialogo con il figlio e tra gli stessi genitori. Il dialogo tra questi ultimi e con il figlio è decisivo per non perdere la capacità di contribuire positivamente alle scelte educative (cfr. Trib. Milano, decr. 2.2.2017, cit., che rigetta la domanda del padre, in conflitto con l'altro genitore e con il figlio, di trapiantare quest'ultimo dalla scuola privata in cui era iscritto alla scuola pubblica).

⁴⁶ R. SENIGAGLIA, *Status filiationis e dimensione relazionale dei rapporti di famiglia*, cit., 135, afferma che devono essere attuati preferibilmente «i rimedi conservativi» rispetto a quelli che rompono la relazione. Perciò prima si tenta di recuperare la relazione e solo successivamente, fallito il tentativo, si «potrà procedere con gli strumenti coercitivi. Il compito [del giudice] non è tanto quello di far prevalere un diritto soggettivo su un altro, ma di ri-costruire, disciplinandolo, il diritto relazionale fra le parti solo apparentemente in contrasto». L'autore scrive di diritti relazionali biunivoci.

corretta relazione tra le parti o di salvaguardare il più possibile la frequentazione e il dialogo genitore-figlio (a tale ultimo proposito cfr. il nuovo art. 337-*quater*, ult. co., c.c. su cui *amplius infra* § 17, ma anche l'art. 337-*octies*, ult. co., c.c. sulla mediazione).

Con riguardo a questo scopo è da condividere quella giurisprudenza di merito che ha ritenuto non lesiva della libertà personale e della riserva di legge di cui all'art. 32 co. 2 Cost. il disposto con cui il giudice pone a carico di entrambi (o di un solo dei) i genitori l'onere di sottoporsi a un percorso di sostegno alla genitorialità⁴⁷. L'onere è una facoltà di compiere una determinata condotta, che non obbliga ed è insuscettibile di esecuzione coattiva, ma la sua inosservanza può incidere sui provvedimenti di affidamento dei figli. Attraverso la previsione di un tale onere, il giudice incrementa la possibilità che il minore possa crescere con più equilibrio interiore e maggiore serenità, traendo benefici da un contesto familiare più disteso⁴⁸ (cfr. *amplius infra* §16).

Parimenti coerente con il suddetto scopo e con il principio di bi-genitorialità è quella giurisprudenza di legittimità che impone al giudice del merito di indagare le ragioni del rifiuto di una figura genitoriale da parte del figlio. Ciò soprattutto affinché il giudice possa adottare misure specifiche per il ripristino dei rapporti tra il genitore rifiutato ed il figlio⁴⁹.

⁴⁷ Trib. Roma, 13.11.2015, in *www.cassazione.net* si discosta da Cass. n. 13506/2015 su cui si tornerà in seguito.

⁴⁸ Trib. Roma, 13.11.2015, cit., ritiene che ove vi sia accesa conflittualità tra i genitori, una conflittualità tale, tuttavia, da non determinare alcuna patologia nel rapporto tra ciascun genitore e il figlio, la prescrizione giudiziale di sottoporsi ad un percorso terapeutico diviene «l'unico strumento disponibile da parte del giudice per il superamento della conflittualità tra i due genitori affinché possa essere garantita l'equilibrata crescita del minore, nel rispetto del concorrente diritto alla bi-genitorialità in capo a quest'ultimo».

⁴⁹ Cass., n. 6919/2016, in *www.cassazione.net*, aggiunge esattamente anche un'altra ragione. L'affidamento e il collocamento della prole si decide anche in ragione della capacità di un genitore di saper preservare al figlio «la continuità delle relazioni parentali attraverso il mantenimento della trama familiare, al di là di egoistiche considerazioni di rivalsa sull'altro genitore». Il genitore che, parlando con il figlio, denigra l'altro genitore o non cerca di attenuare le ragioni di risentimento verso quest'ultimo, invitando a palesare un atteggiamento collaborativo, non dà garanzie di essere capace di svolgere con equilibrio il ruolo genitoriale. Il giudice, quindi, dovrebbe prediligere l'altro genitore. Nel caso in questione, il padre, nei giudizi di merito, aveva sostenuto che la condotta della madre era stata la causa della sindrome di alienazione parentale (PAS). La Suprema Corte sottolinea che, a prescindere dalle teorie scientifiche su tale supposta patologia, il giudice deve capire le cause del rifiuto di un genitore da parte del minore. Ciò è propedeutico ai provvedimenti da assumere sull'affidamento ed è, in definitiva, decisivo per l'attuazione del principio del prevalente interesse del minore. La decisione della Suprema Corte è condivisibile perché, ove si prescinda dalle ragioni del minore, si finisce con l'applicare istituti che lo riguardano a prescindere dalle reali dinamiche della situazione concreta.

Vedremo ulteriormente nel capitolo III-sez. I come gli strumenti di tutela del minore debbano essere applicati, tenendo conto che il superiore interesse della prole deve concretizzarsi, quanto più possibile, nella conservazione o nel recupero del rapporto con i propri genitori. Questo è un punto che merita di essere sottolineato ancora, perché è connaturato al diritto di crescere in famiglia e al diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori.

5. IL DIRITTO DEL MINORE DI ESSERE ASCOLTATO.

Il diritto del minore di essere ascoltato esige una trattazione più approfondita. Esso è strettamente legato alla tutela della personalità, della dignità, al principio del preminente interesse del minore e all'effettività dei diversi diritti di cui egli è titolare (art. 315-*bis* c.c.). L'attuazione dell'ascolto è elemento decisivo della realizzazione di altre posizioni giuridiche soggettive. Siamo al cuore dello statuto giuridico del minorenne e al punto di emersione di una verità acutamente sottolineata in dottrina: «l'intero diritto di famiglia..., perduta la centralità del matrimonio... va faticosamente ritrovando il suo fulcro centrale nel rapporto di filiazione»⁵⁰.

È necessario allora concentrare l'attenzione sull'obbligo di ascoltare sotto più profili: chi vi è tenuto, quando e quali sono le modalità dell'ascolto (aspetto decisivo, quest'ultimo, affinché il diritto di essere ascoltato non sia un *flatus vocis*). Nel paragrafo successivo l'accento verrà posto, invece, sul tema della rilevanza delle dichiarazioni del minore.

Venendo al primo dei profili evocati, non solo i genitori ma anche i giudici o altre autorità, pubbliche o private, devono ascoltare il minore. Ciò emerge con chiarezza dall'art. 315-*bis*, co. 3, c.c., secondo cui il diritto all'ascolto del minore rileva «in tutte le questioni e le procedure [ad es.: giudiziali e amministrative] che lo riguardano». Il termine «questioni» richiama la relazione genitori-figlio. Le «procedure» sono innanzitutto quelle giudiziali.

Non è, questa, una regola nuova⁵¹, introdotta per la prima volta nell'ordinamento dalla legge n. 219/2012 con l'art. 315-*bis*. Alcune fonti internazionali, da tempo, riconoscono al minore il diritto di esprimere liberamente la propria opinione e di preservare la propria identità. L'art. 6 della Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia (ratificata con l. n. 176/1991) e l'art. 12 della Convenzione europea sull'esercizio dei

⁵⁰ M. PARADISO, *Potestà dei genitori, abuso e «interesse morale e materiale della prole»*, cit., 209.

⁵¹ G. BALLARANI, *L'ascolto nella riforma della filiazione*, in *Filiazione. Commento al decreto attuativo*, a cura di M. Bianca, Milano, 2014, 127 ss.

diritti dei minori (ratificata con l. n. 77/2003) impongono al giudice nazionale, prima di assumere il provvedimento, di ascoltare il fanciullo capace di discernimento, secondo le regole del diritto interno.

Va anche ricordato il Regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio (*sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale*), ove all'art. 23, let. b), si stabilisce che le decisioni sulla responsabilità genitoriale non sono riconosciute nello Stato membro qualora siano state assunte senza che il minore abbia avuto la possibilità di essere ascoltato. E ancora: l'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ribadisce il diritto del minore di esprimere la propria opinione e di essere ascoltato.

Anche la normativa interna più risalente ha previsto - esattamente nell'ambito dell'adozione - il diritto del minore di essere ascoltato in tutte le fasi del relativo procedimento (cfr.: artt. 2, co. 4, 6, co. 3, 10, co. 5, 22, co. 6 e 25 l. n. 184/1983 come novellata dalla l. n. 149/2001). Di più: nell'adozione in casi particolari, l'art. 45, co. 1, l. n. 184/1983 richiede il consenso dell'adottando che abbia compiuto il quattordicesimo anno di età.

Affinché il diritto di essere ascoltato non sia eluso, il d. lgs. n. 154/2013, in attuazione della delega contenuta nell'art. 2, let. i), l. n. 219/2012, ha inserito nel codice civile un nuovo articolo, il 336-*bis*. Il quale prevede disposizioni volte a garantire l'effettività del diritto all'ascolto, chiarendo al contempo che questo non è un mezzo di prova alla cui asunzione le parti processuali abbiano diritto di intervenire.

Il comma 1 dell'art. 336-*bis* stabilisce che il minore di anni dodici o di età inferiore ma capace di discernimento deve essere ascoltato dal presidente del tribunale o dal giudice delegato, salvo in due casi: 1) se l'ascolto contrasta con l'interesse del minore; 2) se l'ascolto è manifestamente superfluo.

Dell'esistenza dell'uno o dell'altro, il giudice deve dare atto con un provvedimento motivato. L'obbligo di motivazione presidia il diritto all'ascolto. Qualora essa manchi, sia carente o contraddittoria, la decisione giudiziale potrà essere impugnata.

Il comma 2 dell'art. 336-*bis* c.c. prevede, sempre nella logica di garanzia dell'effettività del diritto all'ascolto, regole processuali di svolgimento dell'audizione. La cui finalità, di assoluto rilievo, è creare le condizioni affinché il minore si senta libero di rispondere il vero, senza alcun condizionamento psicologico.

In sintesi tali regole sono: a) soltanto il giudice (o l'esperto o l'ausiliare) può rivolgere domande al minore; b) i genitori, anche quando sono parti processuali, i difensori delle parti, il curatore speciale del minore e il pubblico ministero non hanno diritto di partecipare all'ascolto. Vi parteciperanno solo se autorizzati dal giudice; c) i soggetti di cui al punto b), se autorizzati a intervenire all'udienza, possono proporre al giudice questioni da approfondire prima dell'inizio dell'ascolto; d) prima di iniziare l'ascolto, il giudice deve informare il minore «della natura del procedimento e degli effetti dell'ascolto».

La giurisprudenza di legittimità⁵² ha chiarito che l'audizione del minore può essere svolta oltre che direttamente dal giudice - modalità preferibile - anche indirettamente. Nell'audizione indiretta, il minore è ascoltato da esperti specificamente delegati dal giudice. L'elemento della specificità della delega è presupposto essenziale della legittimità dell'ascolto delegato e della validità del provvedimento giudiziale. Il giudice, nella delega, deve esplicitare e circoscrivere l'oggetto dell'audizione, in modo che l'esperto informi il minore della questione in rilievo e delle possibili conseguenze delle risposte, che perverranno alla conoscenza dell'organo giudiziario.

Il giudice deve redigere un verbale in cui descrive il contegno del minore (può essere disposta una registrazione audio video). Questa descrizione imposta dalla legge è significativa per stabilire e documentare il grado di rilevanza delle risposte del minore. Su tale profilo torneremo nel paragrafo successivo, non prima di aver richiamato un altro articolo che regola l'ascolto del minore.

Si tratta dell'art. 337-*octies* c.c. collocato nel capo II del titolo IX del libro primo che regola l'esercizio della responsabilità in casi particolari, quali la separazione personale tra coniugi, lo scioglimento, la cessazione degli effetti civili del matrimonio, l'invalidità del matrimonio e all'esito dei procedimenti relativi ai figli nati fuori del matrimonio. Il comma 1 stabilisce che, prima dell'assunzione dei provvedimenti di cui all'art. 337-*ter* c.c. (*id est*: l'affidamento e il mantenimento del minore), «il giudice dispone, inoltre, l'ascolto del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento».

È agevole rilevare come tale comma non preveda, diversamente dall'art. 336-*bis* c.c., l'obbligo per il giudice di motivare il mancato ascolto. Secondo una tesi dottrinale⁵³, l'art. 337-*octies*, co. 1, c.c. è costruito sulla base di un «canone inverso» rispetto all'art. 336-*bis*: qui la regola è l'ascolto, lì, invece, l'ascolto è un'eventualità limitata alla sola ipotesi in cui il giudice lo ritenga necessario.

Il giudice, continua la tesi in parola⁵⁴, non è obbligato a motivare

⁵² Cass., n. 11687/2013, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 11, 11026, con nota di V. DI GREGORIO, *L'ascolto: da strumento giudiziale a diritto del minore*, con riguardo a un procedimento di revisione delle condizioni di separazione personale tra coniugi, cassa la pronuncia della Corte di appello di Roma, la quale ha ritenuto sufficiente l'interpello del minore effettuato dai Sevizzi sociali, interpello generico e non legittimato da una espressa delega da parte del giudice. Cfr. in senso conforme: Cass., n. 9780/2016, in *Leggi d'Italia on line*, che non cassa la sentenza della Corte d'appello dell'Aquila di conferma dello stato di adottabilità della minoreenne, sul presupposto dell'ascolto legittimamente effettuato dal giudice di primo grado in forma indiretta; Cass., n. 15365/2105 e Cass., n. 19327/2015, entrambe in *Leggi d'Italia on line*.

⁵³ G. BALLARANI, *L'ascolto nella riforma della filiazione*, cit., 135-136.

⁵⁴ G. BALLARANI, *op. loc. ult. cit.*, ritiene che l'art. 337-*octies* c.c., nel non prevedere l'obbligo di motivare il mancato ascolto rappresenti un'eccezione rispetto alla re-

la decisione di non ascoltare il minore. Di conseguenza se nel provvedimento giudiziale di separazione o di divorzio, di natura contenziosa (a questi si riferisce il primo e il secondo periodo del comma 1 dell'art. 337-*octies* c.c.), non vi è alcuna menzione dell'ascolto, significa che il giudice non lo ha ritenuto indispensabile. In tal caso non vi potrà essere impugnazione, in ragione della non obbligatorietà della motivazione. Andrebbe da sé che l'accordo controllato dal giudice renda inutile l'ascolto.

Il comma 1 dell'art. 337-*octies* al terzo periodo, con riguardo alla separazione consensuale o al caso in cui vi sia un accordo dei genitori sull'affidamento dei figli, stabilisce che «il giudice non procede all'ascolto se in contrasto con l'interesse del minore o manifestamente superfluo». Anche qui non vi sarebbe, sempre secondo la tesi in esame, l'obbligo di motivare il mancato ascolto.

In verità la tesi che esclude l'obbligo di motivazione dell'omessa audizione del minore nelle fattispecie di cui all'art. 337-*octies* c.c. non convince. Se il minore ha diritto di essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano (art. 315-*bis*, co. 3, c.c.), non gli si può precludere di partecipare al procedimento giudiziario senza esplicitare le ragioni, pena, secondo la Cassazione più recente, la nullità della pronuncia⁵⁵. Ragioni che, peraltro, devono risultare anche in caso di rigetto della richiesta di rinnovo dell'audizione⁵⁶.

gola generale di cui all'art. 336-*bis* c.c. In definitiva il primo articolo lega l'ascolto a una valutazione di necessità dello stesso da parte del giudice. La *ratio*, continua l'autore, sarebbe quella di mantenere il minore, quanto più possibile, fuori dai giudizi sulla crisi del rapporto tra i genitori.

⁵⁵ Dalla giurisprudenza emerge la centralità dell'ascolto e delle ragioni del mancato ascolto. Si confronti: Cass., n. 11687/2013, cit.; Cass., n. 21101/2014, in *Fam. e dir.*, 2015, 4, 324 ss., con nota di F. TOMMASEO, *La questione di veritate nei giudizi sull'opposizione al riconoscimento successivo del figlio nato fuori del matrimonio*, la quale, con riguardo a un procedimento di opposizione al riconoscimento del figlio (ex art. 250, co. 4, c.c.), cassa la sentenza della Corte d'appello in quanto affetta da nullità, poiché non è stata disposta l'audizione del minore che ne aveva i requisiti, senza aver addotto alcuna motivazione; Cass., n. 6645/2013, cit., conferma la pronuncia d'Appello che aveva ben motivato la scelta di non disporre l'ascolto del minore in un procedimento di affidamento; Cass., n. 15365/2015, cit., secondo cui nel procedimento volto a dichiarare lo stato di adottabilità, il minore deve essere sentito qualora compia il dodicesimo anno di età dopo l'esaurimento del giudizio di primo grado.

⁵⁶ Vi sono due significative pronunce sulla rinnovazione dell'audizione: 1) Cass., n. 6129/2015, in *Leggi d'Italia on line*, cassa il decreto della Corte d'Appello (che aveva disposto l'affidamento condiviso, ribaltando la pronuncia di primo grado), perché questa non aveva esplicitato le ragioni della superfluità della reiterazione dell'ascolto del minore già effettuato in primo grado; 2) Cass., n. 19202/2014, in *Leggi d'Italia on line*. Qui la rinnovazione dell'audizione del minore era stata chiesta dai genitori già nel primo grado dopo la sospensione del procedimento (per la dichiarazione di adottabilità) ex art. 14 l. adoz.; sospensione volta a verificare, nel caso di specie, la disponibilità dello zio paterno a crescere il minore. Secondo i genitori il tempo trascorso (tre anni dall'emissione della sentenza di adottabilità) imponeva una nuova audizione; il tribunale non la dispone e la Corte d'appello conferma la decisione di primo grado. Ma la

Si aggiunga che non vi è alcuna disposizione che espressamente escluda l'obbligo di motivare la decisione giudiziale di non ascoltare il minore. L'art. 336-*bis* c.c. detta regole procedurali di portata applicativa generale, in quanto funzionali ad attuare il diritto fondamentale di essere ascoltato (art. 315-*bis*, co. 3, c.c.). Diritto, oltretutto, decisivo nella prospettiva relazionale che, come si è già detto, concepisce la tutela del minore all'interno, il più possibile, di un rapporto con l'altro (i genitori, i nonni).

Nel decidere, ad esempio, in regime di affidamento condiviso, quale debba essere la collocazione prevalente del minore⁵⁷, oppure come regolare il diritto di visita del figlio minorenni da parte del genitore non affidatario, l'ascolto è spesso fondamentale. Può emergere tutto il disagio di relazionarsi da solo con un genitore, il che prelude a un provvedimento in cui si dispongano incontri protetti alla presenza dei Servizi sociali.

C'è una circolarità tra diritto di essere ascoltato, regole processuali di attuazione dello stesso e tutela effettiva del minore nella dimensione relazionale. Il giudice, pertanto, in ogni procedimento che riguardi il minore, deve sempre motivare le ragioni del mancato ascolto, altrimenti viene disatteso il diritto di essere ascoltato e il provvedimento giudiziale, essendo affetto da nullità, si espone ai mezzi di impugnazione (art. 161 c.p.c.)⁵⁸.

6. LA RILEVANZA DELLE DICHIARAZIONI DEL MINORE.

Centrale è la questione della rilevanza delle dichiarazioni rese dal minore in sede di audizione giudiziale. Dal grado di essa dipende l'effettività del diritto di esprimere la propria opinione e, in definitiva, l'attuazione del diritto allo sviluppo della propria personalità.

Cassazione cassa la pronuncia d'appello, ritenendo che i genitori avevano fondato la richiesta su argomenti logici. Il giudice del gravame avrebbe dovuto motivare il diniego della rinnovazione dell'audizione di un adolescente (16 anni), il quale «sarebbe stato pienamente in grado di valutare gli effetti e la stessa convenienza della dichiarazione del suo stato di adottabilità».

⁵⁷ Corte d'App. di Napoli, 10.7.2015, n. 3173, in *www.cassazione.net*, dopo aver ribadito l'obbligo del giudice di sentire i minori in tutti i procedimenti che li concernono, pena la nullità del provvedimento, fonda la decisione di mantenere il collocamento prevalente presso il padre proprio sulla base dell'ascolto del minore effettuato secondo le modalità previste dalla legge.

⁵⁸ Cass., n. 19327/2015, cit., argomentando dagli artt. 315-*bis*, 336-*bis* c.c. e 38-*bis* disp. att. c.c., ritenuti «doverosa espressione di rilevantissimi documenti internazionali (...convenzioni di New York e Strasburgo)», conclude per l'esistenza dell'«obbligo dell'ascolto [del minore] in tutti i procedimenti in cui si assumono provvedimenti che riguardano il fanciullo, salvo che l'audizione sia manifestamente superflua o si ponga in contrasto con il suo interesse, ma di ciò il giudice deve dar atto con provvedimento motivato».

Fondamentale è stabilire se quanto riferito dal minore vincoli il giudice nel suo decidere. La risposta va modulata.

La rilevanza certamente esiste in forza del dettato dell'art. 6 della Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e degli artt. 3 e 6 della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori, fonti entrambe ratificate dall'Italia. Questi articoli prevedono espressamente che le opinioni del fanciullo devono essere tenute in debito conto dall'organo decisore, prima di adottare qualsiasi decisione, in considerazione dell'età e del grado di maturità.

Ciò, in verità, si desume anche dal codice civile, stante la previsione, da un lato, del diritto del minore di essere ascoltato (art. 315-*bis*, co. 3, c.c.), dall'altro, di modalità processuali attuative dell'ascolto medesimo. Tutto questo prelude indiscutibilmente al rilievo delle dichiarazioni rese nella decisione da assumere.

Tener conto non significa, però, attuare acriticamente il volere espresso dal minore⁵⁹. Il giudice deve effettuare una valutazione del dichiarato, al fine di realizzare il superiore interesse del minore. E il convincimento dell'organo giudiziale potrà divergere dalle opinioni del dichiarante⁶⁰. Ma in questo caso è ineludibile una puntuale e articolata motivazione del provvedimento assunto in contrasto con la posizione espressa dal minore⁶¹.

Su cosa potrà far leva il giudice per discostarsi dal volere del minore? Soprattutto sul grado di discernimento e di maturità del minore, valutato in particolare alla luce della fondatezza delle ragioni addotte dal medesimo. Uno spunto in tal senso può essere tratto dall'art. 84, co. 2 c.c. sull'autorizzazione a contrarre matrimonio del minore che abbia compiuto i sedici anni⁶². Se, ad esempio, il minore rifiuta di es-

⁵⁹ Secondo Cass., n. 15365/2015, cit., «l'obbligo dell'audizione del minore ultradodicesimo, o anche infra-dodicesimo se capace di discernimento, riflette una nuova considerazione del minore quale portatore di bisogni e interessi che, se consapevolmente espressi, pur non vincolando il giudice, non possono essere da lui ignorati».

⁶⁰ Cass., n. 21101/2014, cit.

⁶¹ Cass., n. 6129/2015, cit., cassa la pronuncia della Corte d'appello, la quale avrebbe dovuto spigare le ragioni della propria scelta di collocare (in modo prevalente) il minore presso la madre contro la volontà espressa dal minore stesso nel procedimento di primo grado. La Corte d'appello avrebbe potuto assumere una decisione del genere, ma solo dopo aver rinnovato l'audizione del minore e verificato l'attendibilità delle sue dichiarazioni di preferenza della figura paterna. Cfr. anche Cass., n. 11687/2013, cit., secondo cui il giudice non è tenuto a dare seguito alle opinioni espresse dal minore in sede di audizione, se il concreto interesse di quest'ultimo esige di assumere una decisione diversa. In tal caso «sussiste, [tuttavia], un onere di motivazione direttamente proporzionale al grado di discernimento del minore».

⁶² G. FERRANDO, *Il matrimonio*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da Cicu-Messineo-Mengoni, Milano, 2002, 297 ss., sottolinea l'importanza della verifica sulla maturità psico-fisica del minore, requisito, questo, da non ridurre a «formul[a] di stile» né a mero elemento di secondo piano quasi assorbito dai gravi motivi. La maturità è valutata dal tribunale attraverso, da un lato, l'accertamento della consapevolezza del signi-

sere collocato presso un genitore, preferendogli l'altro, il giudice dovrà sia conoscere le ragioni di siffatto intendimento, sia sapere se esse sono vere. Se dovesse emergere, eventualmente anche da una consulenza tecnica, che il minore non ha la maturità o anche solo l'obiettività per decidere nel modo più corretto in relazione alla situazione specifica, il giudice potrà, senza dubbio, discostarsi dal volere del minore.

Vero è che diventa difficile per il decidente, onerato della motivazione, discostarsi dalla volontà del minore manifestata in modo netto, con convinzione, lucidità e consapevolezza delle conseguenze del proprio dire⁶³. Il provvedimento giudiziale che adotti una soluzione diversa da quella prospettata dal minore, senza motivare o con motivazione irragionevole o illogica, è senz'altro impugnabile⁶⁴. Lo è per violazione del diritto del minore di esprimere un'opinione che sia tenuta in conto da chi deve decidere, salvo l'esistenza di ragioni, da esplicitare accuratamente, che inducano a propendere per una soluzione diversa nell'interesse del minore.

Insomma deve sussistere una ragione congrua, orientata alla tutela del minore, affinché il giudice possa discostarsi da quanto avrebbe voluto il minore stesso.

Non vi è alcun automatismo nel giudizio di rilevanza delle dichiarazioni del minore. Come non si può ritenere che, in forza dell'obbligo di ascoltare il dodicenne, il giudice sia sempre tenuto a recepirne il volere, allo stesso modo deve escludersi l'irrelevanza pressoché certa di quanto riferito dall'infra-dodicenne. In un recente provvedimento, il tribunale di Roma ha confermato l'affidamento esclusivo alla madre

ficato del matrimonio, dall'altro, l'esame del comportamento del minore in previsione del matrimonio. Osserva l'autrice che rilevano maggiormente fatti, comportamenti e atteggiamenti più che propositi e intenzioni. La maturità psico-fisica del minore è, dunque, l'elemento centrale della fattispecie del matrimonio del sedicenne, poiché, scrive la Ferrando, ove essa manchi «non si può prendere in considerazione nessun motivo, per quanto grave». Non occorre indugiare oltre sull'art. 84 c.c., se non per sottolineare la portata innovativa di questa disposizione, la quale ha accresciuto l'autonomia decisionale del minore, svilendo la volontà dei genitori non determinante per l'esito del procedimento (cfr. pp. 294-294).

⁶³ Cass., n. 5237/2014, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 9, 10793 ss., con nota di S. TACCINI, *Sottrazione internazionale: sul rimpatrio sceglie il minore capace di discernimento*, cassa la sentenza impugnata che, in materia di sottrazione internazionale di minori - nonostante l'atto illegittimo del padre che aveva condotto la figlia da New York dove viveva con la madre all'Italia - avrebbe dovuto tener conto della «netta preferenza» espressa dalla minore (tredicenne) di voler rimanere in Italia con il padre e col suo nuovo nucleo familiare.

⁶⁴ Cass., n. 11890/2015, in *Leggi d'Italia on line*, cassa la sentenza della Corte d'appello che, nel revocare lo stato di adottabilità, non ha tenuto in alcuna considerazione quanto dichiarato dal minore durante l'audizione effettuata in sede di gravame. Egli aveva espresso una chiara volontà contraria a recarsi dalla zia, la quale aveva manifestato disponibilità ad accogliere il nipote. È dunque viziato il provvedimento giudiziale che dà atto dell'intervenuta audizione, ma che nel dispositivo non tiene in alcun conto dell'esito della medesima.

con riduzione degli incontri col padre sulla base delle sole dichiarazioni rese dal figlio undicenne⁶⁵.

L'audizione del minore è lo strumento processuale volto a garantire il diritto fondamentale del minore di essere ascoltato (art. 315-*bis* co. 3 c.c.); non è atto istruttorio. Di conseguenza, in un procedimento riguardante un minore, questi giammai potrà assumere la veste di testimone. Qualora egli venga indicato come tale, il giudice dichiarerà la prova inammissibile (art. 183, co. 7, c.p.c.)⁶⁶.

L'audizione del minore, attraverso l'ascolto, consente di conoscere le opinioni e i bisogni⁶⁷, non già di acquisire risultanze favorevoli all'una o all'altra parte. Ecco perché altri soggetti non hanno diritto di parteciparvi, salvo autorizzazione giudiziale (art. 336-*bis*, co. 2, c.c.).

Il giudice svolge un compito delicatissimo: valutare, mediante un'audizione anche indiretta del minore (cfr. *supra* § 5), la capacità di discernimento e la maturità di quest'ultimo nell'esprimere la propria opinione. Se l'esito è positivo, il provvedimento giudiziale deve, tendenzialmente, corrispondere al volere del minore⁶⁸.

L'ascolto è, come ha affermato la Cassazione⁶⁹, «elemento di pri-

⁶⁵ Trib. Roma, decr. 27.11.2015 (r.g. 1791/2015), in *www.ilcaso.it*. Come si può desumere dai passaggi del decreto di seguito riportati, il tribunale, dopo aver descritto il contegno del minore (secondo quanto imposto dall'art. 336-*bis* ult. co., c.c.) e preso atto del desiderio dello stesso di ridurre gli incontri col padre, conferma l'affido esclusivo respingendo la domanda riconvenzionale del padre volta a ottenere l'affido condiviso. Scrive il tribunale: «il figlio... ha manifestato un vissuto di reale e concreto disagio nei confronti della condotta paterna, vissuta in taluni casi come prevaricante e scarsamente attenta ai suoi bisogni emotivi. Il bambino, che è parso sufficientemente sereno e consapevole, in relazione all'età, di undici anni, ha manifestato un timore rispetto a condotte aggressive del padre (...). In questa fase il bambino vive come un peso la frequentazione con il padre e, sebbene sollecitato dal giudice delegato a cogliere gli aspetti comunque positivi del rapporto con il padre, ha chiesto di poter diminuire le visite».

⁶⁶ Cass. Sez. un., 22238/2009, cit.; Cass., n. 7282/2010, in *Fam. e dir.*, 2011, 3, 268 ss., con nota di L. QUERZOLA, *La Cassazione prosegue nel comporre il mosaico del processo minorile*; Trib. Milano, 11.12.2013, in *Leggi d'Italia on line*.

⁶⁷ Cass., 5097/2014, in *Fam. e dir.*, 2015, 3, 242 ss., con nota di R. PESCE, *L'ascolto del minore tra riforme legislative e recenti applicazioni giurisprudenziali*. È censurabile la condotta del padre che ostacoli l'audizione del figlio minore, arrogandosi il potere di vietargli la frequentazione dei parenti del ramo materno. Il procedimento, secondo la Cassazione, deve arricchirsi della voce del minore. L'impedimento senza ragione dei rapporti con i nonni integra una condotta pregiudizievole per il figlio secondo la previsione dell'art. 330 ss. c.c.

⁶⁸ Se il minore, nella fase dell'ascolto, mostra di aver compreso la vicenda giudiziaria che lo riguarda e le conseguenze giuridiche del suo volere, ma quanto auspicato dal minore stesso appare al contempo irragionevole, poco realista, o foriero più di pregiudizi che di benefici, il giudice potrà sempre decidere diversamente, facendo leva, nella motivazione, su una non piena maturità del minore. Il giudice, per decidere correttamente, dovrà conoscere ogni aspetto della vicenda concreta, in tutte le sue implicazioni materiali, ma anche immateriali attinenti all'animo del minore e degli altri soggetti coinvolti.

⁶⁹ Cass., n. 11890/2015, cit.

maria importanza nella valutazione dell'interesse» del minore. Il quale, pertanto, non è l'oggetto di una decisione altrui, ma è chiamato a decidere per sé. È ovvio che più ci si avvicina alla maggiore età, più difficile è per il giudice motivare una soluzione diversa da quella emersa nel procedimento dalla voce del minore. Non a caso un Tribunale ha deciso basandosi esclusivamente sull'«articolato, convinto ed attuale desiderio di non avere con il padre ulteriori rapporti rispetto agli attuali sporadici contatti»⁷⁰, espresso da una minorenni prossima al compimento dei quindici anni di età. Ma anche un minore che abbia compiuto dieci anni può essere ritenuto capace di decidere adeguatamente per sé⁷¹.

Il giudice non deve assumere la decisione migliore in senso oggettivo, ma deve capire se l'intendimento del minore sia compatibile con il suo vissuto e con le circostanze del caso concreto; devono essere vagliati eventuali pregiudizi subiti dal minore durante il periodo di convivenza con entrambi i genitori. Altrimenti, oggettivizzando e astraendo, per un verso, il diritto di autodeterminarsi del minore viene annientato dall'etero-determinazione giudiziale, per un altro verso, la soluzione adottata dall'organo giudiziario risulterà estranea al contesto reale e alle dinamiche dei rapporti familiari, così come si sono sviluppati.

Il soggetto astratto e la capacità giuridica sono conquiste rivoluzionarie della modernità giuridica, ma che hanno mostrato i loro limiti nel Novecento⁷². Dove l'esigenza, sempre più pressante e irrefrenabi-

⁷⁰ Trib. Torino, decr. 4.4.2016, in *Studio Legale-Leggi d'Italia on line*, respinge la domanda del padre-ricorrente, il quale chiedeva di accertare se il rifiuto della figlia di incontrarlo dipendesse da una condotta denigratoria della madre e, di conseguenza, di consentirgli l'esercizio della responsabilità genitoriale. La minorenni ha riferito «di non aver mai avuto col padre un rapporto stretto, di non sentirsi a suo agio con lui, lamentandone la prepotenza e l'aggressività, e di provare ansia all'idea di vederlo, pur non escludendo la possibilità di rivederlo in futuro». Il Trib. richiama due decisioni della Corte EDU (17.12.2013, *Santilli c. Italia*, ric. n. 51930/10 e 17.11.2015, *Bondavalli c. Italia*, ric. n. 35532/12, in www.echr.coe.int) secondo le quali l'attuazione del diritto di ciascun genitore di mantenere rapporti affettivi con i figli deve essere confrontato con il parametro principale dell'interesse superiore del minore e, nel far ciò, il giudice «non può prescindere dalla considerazione delle specifiche circostanze del caso concreto e, in particolare, dell'età del figlio minore». Il Trib., attribuendo peso decisivo alle dichiarazioni della minore, modifica le condizioni della separazione, stabilendo che gli incontri padre-figlia avverranno secondo il gradimento della minore e non più nei giorni stabiliti dall'accordo omologato di separazione consensuale. Inoltre, opportunamente, le parti, con il coinvolgimento della minore, vengono invitate dal Trib. a intraprendere un percorso di mediazione familiare e/o di rafforzamento delle proprie capacità genitoriali, nell'interesse della minore stessa.

⁷¹ Corte d'App. di Napoli, 10.7.2015, n. 3173, cit., afferma che il minore di anni dieci, ascoltato in apposita udienza dal giudice, ha scelto di risiedere presso il padre, fornendo risposte «in modo semplice, coerente e logico...Senza lasciar trapelare alcuna incertezza e/o condizionamento»

⁷² P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, 2007, 96 ss., nel ripercorrere la storia giuridica dell'Europa, rileva come il giusnaturalismo seicentesco, al fine di «rompere le chiusure

le, di differenziare il regime giuridico a seconda delle condizioni degli individui ha portato, progressivamente, a rivedere quegli istituti di diritto civile caratterizzati da rigidità applicativa. Dal Seicento al Novecento è maturato un fecondo passaggio storico, in continuo divenire, sintetizzato mirabilmente da Stefano Rodotà con l'espressione «dal soggetto alla persona»⁷³.

Si è verificato un moto opposto a quello che dal medioevo ha portato all'individualismo e allo statalismo: dall'individuo astratto a quello concreto con i suoi tratti caratterizzanti, con le sue carenze, limitazioni e asimmetrie rispetto ad altri consociati o gruppi sociali. Nuove situazioni hanno reso necessari interventi legislativi a sostegno delle diversità emergenti nel tessuto sociale, onde la benefica rottura del velo dell'astrattezza, oltre l'uguaglianza formale⁷⁴.

Certamente il diritto all'ascolto del minore, le disposizioni sulle modalità dell'ascolto e la rilevanza delle dichiarazioni di chi è incapace legale - aspetti tutti rafforzati dalla riforma 2012/2013 - si collocano su quella linea storica. L'individuo, quella singola persona e non già il soggetto astratto disincarnato, esprime la sua unicità attraverso il pensiero e la parola.

Ciò vale non solo per l'adulto capace o non pienamente capace - si pensi al tema della rilevanza delle dichiarazioni di fine vita o al problema della capacità di donare e di testare del beneficiario dell'amministrazione di sostegno - ma anche per il fanciullo che, sia pur in forza di una normativa specifica, deve avere la possibilità di manifestare la propria volontà. La quale non può più essere sempre irrilevante perché manca la capacità di agire; altrimenti si ragiona per modelli astratti, in modo incompatibile con la nostra Costituzione, con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e con altre fonti sovranazionali riguardanti il minore e l'incapace.

L'astrattezza si allea con la rigidità dell'istituto e spesso immiserisce il diritto. Le specificità della persona necessitano, invece, per assurgere alla dimensione giuridica, di un diritto duttile che le esalti. Ne va dell'esistenza dell'individuo.

È evidente allora che l'ordinamento cerchi, quale suo compito primario irrinunciabile, di favorire l'affermazione del Sé (art. 3 co. 2 Cost.). Ecco perché la responsabilità genitoriale è stata funzionalizzata al rispetto delle «inclinazioni naturali» e delle «aspirazioni del figlio»

e i privilegi cetuali», abbia svolto «un discorso misurato sul un modello astratto di uomo». L'illuminismo porterà, tradendo il giusnaturalismo, alla concentrazione del potere legislativo nelle mani del sovrano (e il diritto coinciderà con la legge).

⁷³ S. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona*, Editoriale scientifica, 2007, 24 ss.; Id., *Antropologia dell'homo dignus*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, 4, 555 (entrambi gli scritti si trovano anche in un recente libro di Rodotà intitolato «*Il diritto di avere diritti*, cit.)).

⁷⁴ Bellissime le pagine di P. GROSSI intitolate «*Itinerari contemporanei. Vecchi e nuovi modelli a confronto*», in *L'Europa del diritto*, cit., 219 ss.

(art. 316, co. 1, c.c.). Anche il diritto di essere assistito moralmente dai genitori (art. 315-*bis* co. 1 c.c.) è legato alla costruzione della propria personalità, oltre che ad una crescita equilibrata e protetta.

In questo quadro non deve stupire che sia stato garantito finanche il diritto delle persone prive in tutto o in parte di autonomia di interloquire con l'amministratore di sostegno, divenendo così protagoniste del procedimento di formazione dell'atto da compiere⁷⁵. Anche la riforma del 2004 (Istituzione dell'amministrazione di sostegno), che ha riconfigurato la categoria dell'incapacità legale, adopera la parola «aspirazioni» (del beneficiario), di cui l'amministratore deve tener conto nello svolgimento dei suoi compiti (art. 410 c.c.).

Il minore in quanto persona, sebbene abbia una personalità in formazione, non è più assoggettato al volere altrui, ma, attraverso il proprio decidere, che è a certe condizioni giuridicamente rilevante, forma la propria unicità.

7. CONCORSO NEL MANTENIMENTO E SOLIDARIETÀ FAMILIARE.

Il mantenimento dei figli è funzionale all'attuazione dei doveri genitoriali; è, quindi, strumento di realizzazione progressiva della personalità. L'art. 316-*bis*, co. 1, c.c. stabilisce che i genitori devono adempiere i loro obblighi (quelli di cui all'art. 147 c.c.) nei confronti dei figli «in proporzione alle rispettive sostanze e secondo le loro capacità di lavoro professionale e casalingo» (cfr. anche art. 148 c.c.).

Il criterio proporzionale risponde a una esigenza di equità; chi ha di più è tenuto a un impegno economico maggiore.

Il termine «sostanze» è così indefinito da ricomprendere i beni non produttivi di reddito, quelli suscettibili di produrre attività, le partecipazioni societarie, il ricavato di investimenti monetari, le somme percepite occasionalmente da una vincita. Anche l'art. 337-*ter*, co. 4, c.c. distingue, con riguardo al mantenimento dei figli nella crisi di coppia, tra il reddito e le «risorse economiche» di ciascun genitore. Entrambe queste voci devono essere considerate nella quantificazione della somma da corrispondere a titolo di mantenimento dei figli.

È stato esattamente rilevato che il rapporto tra mantenimento del figlio e sostanze dei genitori non è da intendersi in modo rigidamente matematico⁷⁶. Infatti poiché il mantenimento è funzionale ai bisogni del figlio così come prefigurati - sempre più autonomamente con il crescere - dal medesimo, non deve ammettersi un automatismo tra l'accre-

⁷⁵ Sul punto, per un approfondimento, mi permetto di rinviare ad A. GORGONI, *Autonomia del beneficiario e amministrazione di sostegno*, Padova, 2012, 20 ss.

⁷⁶ A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., 639.

sciuto reddito (o l'incremento delle altre sostanze) o la sua diminuzione e il cambiamento dei bisogni.

Nell'art. 316-*bis*, co. 1 il legislatore ha dato rilievo al lavoro casalingo. Perciò il genitore che non svolga una professione né abbia un reddito da lavoro dipendente contribuisce ugualmente al mantenimento del figlio, occupandosi della casa così da assicurare un ambiente domestico adeguato per la crescita della prole. Si ricorda incidentalmente che già il legislatore del 1975 aveva valorizzato il lavoro del familiare (generalmente della casalinga) «nella famiglia», riconoscendogli i diritti economici nell'impresa familiare (art. 230-*bis*, co. 1, c.c.).

È significativo il dato secondo cui l'adempimento degli obblighi genitoriali nei confronti dei figli avviene non soltanto mediante un apporto economico diretto, ma anche attraverso la cura della casa familiare. Anche quest'attività, pur non producendo reddito e ricchezza, sebbene abbia un valore economico (art. 337-*ter* co. 4 n. 5 c.c.), è mezzo idoneo ad adempiere ai doveri propri del genitore.

In attuazione del principio costituzionale di solidarietà, l'art. 316-*bis*, co. 1 c.c., qualora i genitori non siano in grado di mantenere i figli, obbliga gli altri ascendenti «a fornire ai genitori i mezzi necessari affinché possano adempiere i loro doveri nei confronti dei figli». Essi sono tenuti «in ordine di prossimità»; dunque il più vicino in grado di parentela esclude il più lontano. È un obbligo sussidiario che sorge solo quando entrambi i genitori - e non già uno soltanto⁷⁷ - non siano in grado di mantenere la prole.

È da sottolineare che la riforma 2012/2013, attraverso l'introduzione dell'art. 316-*bis* c.c., ha fugato ogni dubbio - ove mai residuasse in qualche autore - sull'esistenza dell'obbligazione sussidiaria nei confronti dei genitori anche qualora si debbano fornire i mezzi necessari per mantenere i figli nati fuori del matrimonio⁷⁸.

Solo due notazioni su questa disposizione. La prima: i mezzi devono essere resi disponibili ai genitori e non direttamente ai nipoti. Si è inteso così evitare ogni ingerenza degli ascendenti nell'esercizio della responsabilità genitoriale, la quale non può essere delegata né influenzata da altri soggetti⁷⁹. La regola è di grande rilievo, garantendo la pienezza della responsabilità genitoriale, non intaccata dall'interven-

⁷⁷ Così M. SESTA, *La potestà dei genitori*, cit., 43, che richiama Cass., n. 3402/1995.

⁷⁸ È sempre M. SESTA, *La potestà dei genitori*, cit., 43, a ricordare come Alberto Trabucchi abbia sostenuto la tesi dell'inapplicabilità dell'art. 148 c.c. all'ipotesi della filiazione naturale. Già la Cass. n. 3402/1995, argomentando soprattutto dall'art. 30, co. 3 Cost., aveva smentito tale tesi. La riforma 2012/2013 ha codificato quanto già sostenuto dalla Cassazione, sostituendo l'art. 148 c.c. con un nuovo testo e introducendo l'art. 316-*bis* c.c.

⁷⁹ Così M. SESTA, *La potestà dei genitori*, cit., 41-42. Tuttavia, secondo C. M. BIANCA, *La famiglia*, cit., 344, «Se non possono provvedere i genitori e gli ascendenti,

to economico di determinati parenti. Si tratta cioè di un mero esborso monetario che non implica un potere di deciderne l'impiego da parte dell'ascendente.

La seconda: la contribuzione degli ascendenti non è limitata agli alimenti. La norma fa riferimento ai mezzi per adempiere quei doveri genitoriali previsti dall'art. 147 c.c. nell'accezione già sopra esplicitata. Inoltre l'art. 316-*bis* è rubricato «concorso nel mantenimento».

Gli obblighi dei genitori e degli ascendenti sono coercibili con riguardo alle sostanze e al reddito. Qualora un genitore o gli ascendenti non adempiano, chiunque vi abbia interesse può rivolgersi al presidente del tribunale. Il quale, «sentito l'inadempiente ed assunte informazioni, può ordinare con decreto che una quota dei redditi dell'obligato, in proporzione agli stessi, sia versata direttamente all'altro genitore o a chi sopporta le spese per il mantenimento, l'istruzione e l'educazione della prole» (cfr. *infra* cap. III-sez. I, § 1).

Il decreto è titolo esecutivo, ma le parti e il terzo debitore possono proporre opposizione nel termine di venti giorni dalla notifica dello stesso (art. 316-*bis*, ult. co., c.c.).

8. IL MANTENIMENTO NELLA CRISI DI COPPIA E LA TUTELA DEL RAPPORTO TRA IL GENITORE ECONOMICAMENTE PIÙ DEBOLE E IL FIGLIO.

Il nesso stretto tra il mantenimento del figlio e i doveri genitoriali ha reso necessaria una disciplina specifica del primo nel caso di crisi coniugale o della convivenza *more uxorio*⁸⁰. Non solo: il mantenimento, poiché è strumentale alla realizzazione dei bisogni, delle inclinazioni e aspirazioni del minore, costituisce il collante del rapporto col genitore. Quest'ultimo è un punto molto importante; si vedrà nel prosieguo come il mantenimento sia stato disposto proprio per evitare l'allentamento del legame tra il genitore non collocatario con scarse disponibilità economiche e il figlio.

Il mantenimento è dunque un istituto connaturato alla responsabilità genitoriale; l'inadempimento può anche determinare la decadenza da quest'ultima (art. 330 c.c.).

L'art. 147 c.c. si applica nonostante la separazione, il divorzio o la

il mantenimento è dovuto dai fratelli e dalle sorelle. A carico di questi soggetti la legge pone infatti l'obbligo di prestare gli alimenti legali, che, trattandosi di un minore, comprendono le spese per l'educazione e l'istruzione».

⁸⁰ BASINI G.F., *I provvedimenti relativi alla prole, L'affidamento dei figli minori di età e le provvidenze per i figli maggiorenni non autosufficienti*, in *Tratt. dir. fam.*, diretto da G. Bonilini, vol. III, *La separazione personale dei coniugi. Il divorzio. La rottura della convivenza more uxorio*, Milano, 2016, 3101 ss., imputa al legislatore del 2013 di non aver riscritto l'art. 155, co. 4, c.c. introdotto dalla l. n. 54/2006, così da risolvere i diversi problemi interpretativi che la lettera di tale disposizione, trasfusa nell'art. 337-*ter* co. 4, c.c., ha determinato (cfr. *amplius* p. 3140).

cessazione della convivenza *more uxorio*. La prole ha diritto a un mantenimento tale da garantirle un tenore di vita corrispondente alle risorse economiche della famiglia e analogo, per quanto possibile, a quello goduto prima della crisi del rapporto tra i genitori.

Va sottolineato che l'introduzione nel nostro ordinamento dell'affidamento condiviso (l. n. 54/2006) ha reso necessaria una disciplina più articolata del mantenimento della prole. La legge, da un lato, ha ribadito la regola, già vigente con riguardo alla fisiologia del rapporto di coppia, secondo cui «ciascuno dei genitori provvede al mantenimento dei figli in misura proporzionale al proprio reddito» (art. 337-ter, co. 4, c.c.); dall'altro, ha aggiunto altre disposizioni strettamente dipendenti dalle caratteristiche dell'affidamento condiviso.

Generalmente tale istituto comporta che il minore, in attuazione del diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori (art. 337-ter, co. 1, c.c.), viva con entrambi nelle rispettive abitazioni, secondo tempi stabiliti (in via sussidiaria) dal giudice o dalle parti d'accordo tra loro (art. 337-ter co. 2 c.c.)⁸¹. Nella maggior parte dei casi, il tempo di permanenza presso l'uno o l'altro genitore non è esattamente lo stesso; ciò per evitare spostamenti troppo frequenti del minore da un'abitazione all'altra.

Il genitore cosiddetto collocatario (o domiciliatario) - espressione non adoperata dal legislatore ma dalla giurisprudenza - è quello che tiene il figlio con sé per più tempo; l'altro soltanto in determinati giorni della settimana.

Nel periodo di convivenza del figlio con l'uno e con l'altro genitore si ha un mantenimento diretto, cioè le spese sono sostenute direttamente durante il periodo trascorso insieme. Ciononostante il genitore non collocatario, in ragione del minor tempo trascorso con la prole, può essere obbligato dal giudice a corrispondere all'altro genitore, titolare di un credito *iure proprio*⁸², un assegno periodico di mantenimento del figlio al fine di realizzare il principio di proporzionalità⁸³.

Il fattore tempo, tuttavia, ad una più approfondita riflessione, non può essere *sic et simpliciter* decisivo per porre l'assegno periodico di

⁸¹ Secondo Corte App. Catania, decr. 16.10.2013, in *Leggi d'Italia on line*, qualora i coniugi non raggiungano un accordo sui tempi di permanenza dei figli presso ciascun genitore, il giudice fissa la «cornice minima» di tali tempi. Egli deve garantire una certa continuità di vita nei periodi stabiliti in modo da conservare al contempo «l'habitat principale dei minori presso il genitore domiciliatario».

⁸² Titolare del diritto di ricevere l'assegno di mantenimento del figlio è il genitore. Ciò può desumersi a contrario dall'art. 337-septies c.c., secondo cui l'assegno disposto in favore del figlio maggiorenne non economicamente autosufficiente è versato direttamente a quest'ultimo, salvo diversa determinazione del giudice.

⁸³ Cass., n. 13504/2015, in *Leggi d'Italia on line*, afferma che «la previsione di un assegno si rivela quanto mai opportuna, se non necessaria, quando, come nella specie, l'affidamento condiviso preveda un collocamento prevalente presso uno dei genitori: assegno da porsi a carico del genitore non collocatario». Così anche Cass., n.

mantenimento a carico del genitore non collocatario⁸⁴. Il mantenimento diretto può essere attuato anche da parte di quest'ultimo, assumendosi una pluralità di spese correnti e per l'acquisto di beni durevoli non attinenti necessariamente alle spese straordinarie.

Si aggiunge che l'obbligo di corresponsione di un assegno periodico può sussistere anche qualora il tempo di permanenza del figlio presso ciascun genitore sia il medesimo. I tempi di permanenza sono soltanto uno dei criteri previsti dall'art. 337-ter, co. 4, c.c. su cui parametrare il *quantum* dell'assegno.

La necessità di riequilibrare gli esborsi economici è sì una mera eventualità⁸⁵, ma pur sempre frequente nella prassi giudiziale, come lascia intendere l'art. 337-ter, co. 4, c.c. Secondo il tenore letterale della disposizione, «il giudice stabilisce, ove necessario, la corresponsione di un assegno periodico al fine di realizzare il principio di proporzionalità, da determinare» considerando una serie di elementi, indicati nel medesimo articolo. Questi sono: «1) le attuali esigenze del figlio. 2) il tenore di vita goduto dal figlio in costanza di convivenza con entrambi

22502/2010, in *Fam. e dir.*, 2011, 3, 247 ss., con nota di A. ARCERI, *Un'oscillazione della Corte di Cassazione sulle modalità del mantenimento della prole nell'affidamento condiviso*, cit, 3 ss. (versione on line).

⁸⁴ A. ARCERI, *Un'oscillazione della Corte di Cassazione sulle modalità del mantenimento della prole nell'affidamento condiviso*, cit, 3 ss. (versione on line), rileva esattamente come non possa ritenersi sussistente l'automatismo secondo cui ove si disponga la collocazione prevalente presso un genitore, debba essere parimenti previsto l'obbligo a carico dell'altro genitore di corrispondere l'assegno periodico per il mantenimento del figlio. Invece può accadere che il genitore non collocatario sia quello fornito di minori risorse economiche, oppure che egli, nonostante il minor tempo trascorso con il figlio, sia colui che provvede maggiormente alle necessità fondamentali della prole (istruzione, salute, tempo libero, abbigliamento). L'aspetto decisivo non è il tempo che il figlio trascorre con ciascun genitore (questo è solo uno dei criteri di quantificazione dell'assegno come stabilisce l'art. 337-ter co. 4 n. 3 c.c.), ma è la divisione dei compiti di cura quotidiani e degli oneri di mantenimento del figlio, nonché la diversità delle risorse economiche dei genitori. Il giudice, quindi, se ritiene che il genitore non collocatario debba corrispondere l'assegno periodico di mantenimento del figlio, deve espressamente motivare sul punto, non potendosi basare esclusivamente sul fattore tempo. Secondo l'Autrice al principio di proporzionalità «devono ritenersi inscindibilmente legati tutti e cinque i criteri elencati» dall'art. 337-ter, co. 4, c.c.

⁸⁵ L'art. 337-ter, co. 4, c.c., adoperando le parole «ove necessario», intende l'assegno di mantenimento periodico del figlio come una ipotesi eccezionale rispetto alla regola del mantenimento «diretto». G. F. BASINI, *I provvedimenti relativi alla prole*, cit., richiama l'interpretazione in tal senso della giurisprudenza. L'autore sottolinea però opportunamente che, al di là del rapporto regola/eccezione, è soprattutto il criterio dell'interesse morale e materiale del minore a dover orientare il giudice nella scelta della modalità di corresponsione dell'assegno. Perciò - continua l'autore - pur condividendosi l'opinione che estende l'ambito applicativo dell'art. 337-ter, co. 4, c.c. anche all'affidamento esclusivo, il giudice, in ragione di una maggior tutela del figlio in caso di inadempimento, dovrà optare per l'eccezione ossia per la previsione di un assegno periodico. Questa soluzione, rispetto alla regola del mantenimento diretto, è assistita da una più efficace tutela esecutiva, posto che i crediti nascenti dal mantenimento diretto sono sovente indeterminati.

i genitori. 3) i tempi di permanenza presso ciascun genitore. 4) le risorse economiche di entrambi i genitori. 5) la valenza economica dei compiti domestici e di cura assunti da ciascun genitore».

Uguali tempi di permanenza del minore presso ciascun genitore non escludono, dunque, la necessità di obbligare uno dei due a corrispondere all'altro un assegno di mantenimento del figlio. Non bisogna dimenticare che il mantenimento è funzionale ai doveri di cui all'art. 147 c.c., ossia al soddisfacimento dei bisogni e delle aspirazioni della prole. Quindi il genitore abbiente dovrà pagare spesso di più, in considerazione, appunto, delle «attuali esigenze del figlio» e del tenore di vita dello stesso prima della crisi di coppia (art. 337-ter co. 4 n. 2 c.c.).

Non si può neppure escludere che chi trascorra molto più tempo col figlio sia sempre esonerato dall'obbligo di versare all'altro genitore una somma per mantenere il figlio stesso. La giurisprudenza pratica, come si diceva all'esordio del paragrafo, ha stabilito che il genitore collocatario deve corrispondere all'altro genitore l'assegno - detto perequativo - per il mantenimento del figlio, quando i rispettivi redditi sono particolarmente sperequati⁸⁶. La motivazione è convincente.

Negare l'assegno di mantenimento disincentiverebbe il figlio dal frequentare il genitore non collocatario economicamente debole, con conseguente lesione del diritto alla bigenitorialità. È evidente che il bambino può essere disincentivato dal trascorrere il proprio tempo libero con il genitore dotato di minori disponibilità monetarie, identificando il suo maggior benessere nel contesto abitativo del genitore collocatario più abbiente.

Nella fattispecie in parola, la somma riconosciuta dal giudice non deve essere assolutamente confusa con l'assegno di mantenimento spettante al coniuge che non abbia adeguati redditi (art. 156, co. 1, c.c.). La prima è funzionale a preservare l'interesse del minore a mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascun genitore. La

⁸⁶ Trib. Milano, decr. 3.11.2014, in *www.ilcaso.it*. Nel caso di specie il tribunale, in modifica delle condizioni di separazione consensuale (art. 710 c.p.c.), dispone la collocazione prevalente del minore presso il padre e, per l'effetto, revoca il provvedimento di assegnazione della casa coniugale alla madre. In questa vicenda la madre, priva di una «utilità minima» come la casa di abitazione, non può né incontrare il figlio né far fronte alle sue esigenze. Così il trib. pone a carico del padre un assegno di euro 200,00 (quale contributo locativo per 12 mensilità), a favore del figlio, da corrispondere in mani della madre. Cfr. anche: App. Milano, 11.8.2014; Trib. Milano, 11-15/5/2015 che, in un caso di «evidente sproporzione reddituale tra i coniugi», obbliga il coniuge non collocatario a corrispondere all'altro coniuge (la madre) euro 300,00 mensili, in modo che la figlia non si trovi in difficoltà quando è presso la madre, al punto da incrinarsi il rapporto genitore figlio; Trib. Milano, 15.7.2015, il quale, richiamando Cass., n. 18538/2013, afferma che l'assegno perequativo decorre dalla pubblicazione della sentenza (determinativa) che lo dispone (i testi delle pronunce sono disponibili in *www.ilcaso.it*).

seconda, com'è noto, è volta a garantire il medesimo tenore di vita goduto in costanza di matrimonio.

La diversità di posizione economica dei genitori non può essere un fattore di affievolimento della relazione tra quello con reddito più basso o inesistente e il figlio.

La tutela del diritto alla bigenitorialità giova indirettamente al genitore non collocatario, il quale è titolare del diritto a mantenere un rapporto con il proprio figlio (arg. ex art. 30, co. 1, Cost.) e dunque a non vedersi ridotto, di fatto, il tempo di frequentazione con lo stesso.

Solo un cenno a un ultimo aspetto: sulla quantificazione del mantenimento della prole non vi è una piena autonomia negoziale dei genitori, sebbene l'art. 337-ter, co. 4, c.c. consenta loro di derogare patizientemente al criterio di proporzionalità. È stato esattamente affermato⁸⁷ che qualsivoglia intesa avrà un'efficacia meramente interna, non potendo la stessa essere opposta alla prole ove a questa pregiudizievole. Ciò essenzialmente per due ragioni: la centralità e la preminenza della tutela del figlio e l'essere, quest'ultimo, soggetto terzo rispetto all'accordo.

9. TITOLARITÀ ED ESERCIZIO DELLA RESPONSABILITÀ GENITORIALE. CONTRASTO TRA I GENITORI, IMPEDIMENTO E ORDINE PUBBLICO FAMILIARE.

Titolarità ed esercizio della responsabilità genitoriale sono concetti diversi⁸⁸.

Titolare è colui che vanta una posizione giuridica soggettiva. Ai sensi dell'art. 316, co. 1, c.c. «Entrambi i genitori hanno [*id est*: sono titolari della] la responsabilità genitoriale».

⁸⁷ Così G. F. BASINI, *I provvedimenti relativi alla prole*, cit., 3142 ss., il quale si sofferma anche sullo spinoso tema dell'inadempimento della quota delle spese straordinarie e sulle problematiche relative alla conseguente esecuzione forzata. Secondo M. SESTA, *Le nuove norme sull'affidamento condiviso: A) profili sostanziali*, in *Fam. e dir.*, 2006, 4, 377 ss. (cfr. p. 10 versione *on line*), il legislatore non ha inteso consentire ai genitori di derogare al principio di proporzionalità, poiché quest'ultimo costituisce attuazione del principio di uguaglianza. L'accordo può riguardare le modalità del mantenimento, se diretto o indiretto. Va sottolineato, però, secondo Sesta, che il mantenimento diretto è quello maggiormente in linea «con lo spirito ed il significato della riforma - che, deve ricordarsi, mira a dare attuazione al principio di bigenitorialità - e, nel contempo, appare il più consono al modello della spartizione dei compiti e delle responsabilità educative. Di modo che, nella misura in cui esercitano la potestà, i genitori devono, in linea di principio, anche contribuire direttamente al soddisfacimento delle necessità dei figli salvo, se necessario, disporre il riequilibrio tra loro mediante l'assegno». L'autore aggiunge, in linea con quanto sostiene anche F. Basini, che i criteri di quantificazione dell'assegno di mantenimento del figlio (oggi art. 337-ter, co. 4, c.c.) si applicano anche all'affidamento esclusivo.

⁸⁸ C. M. BIANCA, *La famiglia*, cit., 345 ss.; G. BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, cit., 352 ss.; T. AULETTA, *Diritto di famiglia*, cit., 371.

L'esercizio consente, invece, di svolgere la titolarità, realizzando il diritto o l'interesse a questa sotteso. Sempre secondo l'articolo 316, co. 1, la responsabilità genitoriale «è esercitata di comune accordo»⁸⁹.

La regola dell'esercizio comune opera anche con riguardo al figlio nato fuori del matrimonio. Il d. lgs. n. 154/2013 ha abrogato quella disposizione, contenuta nel vecchio testo dell'art. 317-*bis* c.c., secondo cui se i genitori non coniugati non convivono tra loro, l'esercizio della potestà spetta soltanto al genitore con il quale il figlio convive. È evidente che il principio dell'unicità dello stato di figlio non poteva consentire il mantenimento di una siffatta disposizione. Così il nuovo art. 316, co. 4, c.c. stabilisce, omettendo ogni riferimento alla convivenza genitore-figli, che l'esercizio della responsabilità del figlio nato fuori del matrimonio spetta ad entrambi i genitori che abbiano effettuato il riconoscimento⁹⁰.

Titolarità ed esercizio sono due profili diversi ma legati. Il legame però non è biunivoco. Se manca la prima non vi può essere il secondo. Non vale viceversa: vi sono cause che incidono solo sull'esercizio della responsabilità, limitandolo in tutto o in parte. È l'ipotesi in cui il tribunale rimuova un genitore dall'amministrazione del patrimonio del minore o lo privi, in tutto o in parte, dell'usufrutto legale (art. 334 c.c., cfr. *infra* § 15), oppure escluda un genitore dall'esercizio della responsabilità con riguardo a un determinato atto (art. 333 c.c.).

L'esercizio della responsabilità può anche essere completamente eliminato tramite l'affido c.d. super esclusivo (cfr. *infra* § 17). In tal caso il genitore, privato dell'esercizio, rimane pur sempre titolare della responsabilità. Egli, pertanto, ha il diritto e il dovere di vigilare sull'istruzione e sull'educazione dei figli e potrà ricorrere al giudice qualora ritenga che siano state assunte (dal genitore che ha l'esercizio esclusivo della responsabilità) decisioni pregiudizievoli per il figlio (art. 337-*quater*, ult. co., c.c.).

Si diceva che la responsabilità è esercitata di comune accordo. Ciò non significa che tutte le decisioni debbano essere assunte congiuntamente, pena l'invalidità dell'atto. Dall'art. 316, co. 2, c.c. si desume, *a contrario*, che ciascun genitore è legittimato a esercitare da solo la re-

⁸⁹ Com'è noto è stata la riforma del 1975 a superare la regola secondo cui la titolarità della (patria) potestà spettava anche alla madre, ma l'esercizio della stessa era attribuito soltanto al padre. La necessità di attuare il principio costituzionale dell'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi ha imposto l'introduzione dell'esercizio di comune accordo tra i genitori della potestà (art. 316, co. 2, confluito per effetto del d. lgs. 154/2013 nell'art. 316, co.1, c.c.).

⁹⁰ A. G. CIANCI, *La responsabilità genitoriale*, cit., 4114, sottolinea come il matrimonio non sia più un elemento sulla cui base giustificare distinzioni in ordine all'esercizio della responsabilità genitoriale. Semplicemente la struttura della responsabilità genitoriale sarà unilaterale o duale a seconda che il riconoscimento sia stato effettuato da uno soltanto o da entrambi i genitori.

sponsabilità con riguardo alle questioni di minor importanza (quali, ad esempio, comprare giocattoli, libri, capi di abbigliamento o beni di svago).

È soltanto sulle questioni di particolare importanza che vige la regola del comune accordo. Ad esse va ricondotta la scelta della residenza abituale del minore (art. 316, co. 1, c.c. ma cfr. anche l'art. 337-ter, co. 3 c.c.), come pure quella sul tipo di studi da far intraprendere, sull'educazione, sulla religione o sulle cure mediche⁹¹. Ad ogni modo, prescindendo dagli esempi concreti, può dirsi sussistente una questione di particolare importanza tutte le volte in cui la situazione di impasse decisionale tra i genitori sia pregiudizievole per i figli.

In mancanza di accordo, il genitore non può compiere l'atto esercitando la responsabilità. L'art. 316, co. 2 c.c. prevede un apposito procedimento per comporre il disaccordo. Il quale consiste nella diversità di opinioni su una decisione da assumere nell'interesse del figlio e non già sull'esecuzione di una decisione presa. In tale ultimo caso, la condotta del coniuge può valutarsi semmai come inosservante della decisione presa.

Ciascun genitore (ma, secondo la dottrina, non il minore)⁹², quindi, in caso di disaccordo come innanzi inteso, può ricorrere «senza formalità» (*id est*: senza l'assistenza obbligatoria di un avvocato e anche verbalmente) al tribunale ordinario (non più al tribunale per i minorenni giusta modifica dell'art. 38 disp. att. c.c. apportata dalla legge n. 219/2012).

Il tribunale non impone la propria soluzione, ma, nella prima fase del procedimento, svolge una funzione conciliativa. Esso, sentiti i genitori e disposto l'ascolto del figlio dodicenne o anche di età inferiore ove capace di discernimento⁹³, «suggerisce le determinazioni che ritiene più utili nell'interesse del figlio e dell'unità familiare».

Il suggerimento può discostarsi dalle posizioni di entrambi i geni-

⁹¹ Si noti che il significato di «questioni di particolare importanza» è più ampio di quello di straordinaria amministrazione, potendo ricomprendere anche una decisione rilevante di ordinaria amministrazione sulla quale vi sia l'opposizione di un genitore (così A. G. CIANCI, *La responsabilità genitoriale*, in *Tratt. di diritto di famiglia* (Bonilini), *La filiazione e l'adozione*, cit., 4113).

⁹² È stato rilevato (M. DOGLIOTTI, *Dalla patria potestà alla potestà dei genitori: un'occasione perduta*, in *Giur. merito*, 1978, I, 288) come la riforma del 1975, ma anche quella del 2012/2013, contenga una lacuna nel non aver indicato tra i legittimati attivi a promuovere il procedimento di cui all'art. 316, co. 3, c.c. (oggi comma 2) anche il minore sedicenne (o forse, più coerentemente con l'attuale quadro normativo, il minore quattordicenne). Questa lacuna è attenuata dalla possibilità che ha il minore di sollecitare il pubblico ministero a promuovere un procedimento volta a limitare la responsabilità genitoriale (art. 336, co. 1, c.c.).

⁹³ Il suggerimento del giudice deve basarsi sull'avvenuta conoscenza, all'esito dell'audizione del minore, delle capacità, delle inclinazioni naturali e delle aspirazioni di quest'ultimo.

tori per cercare un punto di incontro, ma esso non può consistere in un'ulteriore soluzione da imporre ad uno dei genitori. Il giudice dunque può proporre una sintesi tra le due le due posizione opposte, ma se la soluzione giudiziale non è condivisa dai genitori, non si può che attribuire il potere di decidere al genitore ritenuto più idoneo nella vicenda concreta.

Nel formulare il suggerimento, l'art. 316, co. 3, c.c. stabilisce che il tribunale deve contemperare l'interesse del figlio con l'unità familiare. Espressione quest'ultima che allude non a una posizione di supremazia del valore unitario della famiglia, ma al fatto che, ove sussistano più soluzioni tutte rispondenti all'interesse personale del minore, dovrà essere salvaguardato anche l'interesse all'unità familiare attraverso una sintesi ragionevole delle opinioni divergenti⁹⁴.

Se il contrasto tra i genitori permane nonostante il suggerimento giudiziale, il giudice, nella seconda fase del procedimento, attribuisce il potere di decisione a quello dei genitori che, nella vicenda portata alla sua attenzione, «rit[enga] il più idoneo a curare l'interesse del figlio». Su tale genitore si concentra pertanto l'esercizio della responsabilità, sia pur con riguardo alla sola specifica questione, di particolare importanza, oggetto del procedimento appena descritto, che ha natura di volontaria giurisdizione. Il genitore scelto dal giudice dovrà attuare quella soluzione emersa come preferibile nel procedimento.

Qualora nessuno dei genitori appaia in grado di perseguire adeguatamente l'interesse del figlio, il giudice potrà anche disporre i «provvedimenti convenienti» di cui all'art. 333 c.c.⁹⁵

Secondo l'orientamento giurisprudenziale consolidato⁹⁶, l'art. 316, co. 2 c.c. si applica solo quando il nucleo familiare non sia disgre-

⁹⁴ M. GIORGIANNI, *Sub art. 316, Esercizio della potestà dei genitori*, in *Comm. al dir. di fam.*, diretto da Cian-Oppo-Trabucchi, Padova, 1992, 326, afferma che l'art. 316 c.c. (nella versione introdotta dalla riforma del 1975 e rimasta immutata nella parte in parola), essendo riconducibile al sistema di controllo giudiziario dell'esercizio della potestà (ora responsabilità) genitoriale, «è pur sempre diretto a tutelare essenzialmente gli interessi del minore e solo indirettamente quelle dell'unità familiare». L'autore trae come quale corollario l'applicabilità dell'art. 316, co. 3, c.c. anche ai coniugi separati di fatto.

⁹⁵ M. GIORGIANNI, *Sub art. 316, Esercizio della potestà dei genitori*, cit., 332, è stato tra i primi a mettere in collegamento l'art. 316, co. 2, c.c. con l'art. 333 c.c. Al tempo in cui scriveva Giorgianni la competenza a decidere era in entrambe le fattispecie del tribunale per i minorenni. Oggi, per effetto della riforma del 2012, giudice competente a decidere il contrasto tra i genitori, regolato dall'art. 316, è il tribunale ordinario. Ciò nonostante, ai sensi del nuovo art. 38 disp. att. c.c., come modificato dalla l. n. 219/2012, il tribunale ordinario adito ai sensi dell'art. 316 c.c. attrae la competenza del tribunale per i minorenni quanto alle fattispecie di cui agli artt. 330 e 333 c.c.

⁹⁶ Cass., n. 9339/1997, in *Leggi d'Italia on line*; Cass., n. 4945/2013, in *Leggi d'Italia on line*; Trib. Milano, 17.11.2014, in *www.ilcaso.it*. Si discute in dottrina se i coniugi separati di fatto possano ricorrere al procedimento di cui all'art. 316, co.

gato, non essendo intervenuto un provvedimento di separazione o di divorzio (o non sia in corso uno di questi procedimenti). In tali casi, qualora in piena crisi familiare via sia un contrasto tra i genitori su questioni di particolare importanza, vengono in rilievo gli artt. 337-ter, co. 3 c.c. e 709-ter c.p.c. che attribuiscono al giudice un potere più penetrante (cfr. *infra amplius* cap. III-sez. III, §§ 10-11).

Vi sono altre ipotesi in cui un genitore è chiamato ad esercitare, in via esclusiva, la responsabilità: sono quelle indicate dall'art. 317 c.c. Rispetto alla fattispecie di cui all'art. 316, co. 2, c.c., l'art. 317 c.c. attribuisce un potere non già limitato a uno specifico atto ma generalizzato all'esercizio della responsabilità genitoriale. Ai sensi del comma 1 dell'art. 317 c.c.: «Nel caso di lontananza, di incapacità o di altro impedimento che renda impossibile ad uno dei genitori l'esercizio della responsabilità genitoriale, questa è esercitata in modo esclusivo dall'altro».

La norma prevede un effetto *ex lege* di concentrazione automatica dell'esercizio della responsabilità genitoriale al verificarsi di uno dei fatti indicati. Non occorre, quindi, come ai sensi dell'art. 316, co. 2, c.c., l'intervento del giudice.

Un'ulteriore ipotesi di esercizio della responsabilità spettante ad un solo genitore si ha a fronte del conflitto di interessi, variamente articolato e disciplinato dall'art. 320, ult. co., c.c. (cfr. *infra* §§ 13-14).

Le disposizioni appena esaminate sollecitano una notazione di carattere sistematico: il legislatore dal 1975 ha voluto contenere il potere del giudice nella famiglia. Ciò emerge anche dall'art. 145 c.c. che prevede un procedimento volto a superare il disaccordo tra coniugi su aspetti dell'indirizzo della vita familiare. Anche qui il giudice, primariamente, tenta di raggiungere una soluzione concordata. Ove non vi riesca «e il disaccordo concerna la fissazione della residenza o altri affari essenziali», egli ha il potere, non già di imporre una propria soluzione, ma di decidere soltanto «qualora ne sia richiesto *espressamente e congiuntamente* dai coniugi» (art. 145, co. 2, c.c.). Solo i coniugi, dunque, d'accordo tra loro, possono chiedere al giudice di adottare egli stesso «la soluzione che ritiene più adeguata alle esigenze dell'unità e della vita della famiglia».

Naturalmente il procedimento di cui all'art. 316, co. 2, c.c. si distingue da quello appena trattato, perché il giudice, venendo in rilievo l'interesse del minore, deve comunque pronunciarsi, anche se i genitori sono in disaccordo⁹⁷.

2, c.c. È preferibile accogliere la tesi positiva, già sostenuta come si diceva da Giorgianni, poiché la separazione di fatto è una situazione che non ha mutato lo status dei coniugi.

⁹⁷ G. BONILINI, *Manuale di diritti di famiglia*, cit., 352, rileva giustamente come, in questa ipotesi, l'intervento più incisivo di un organo dello Stato «non smentisce il carattere di forte autonomia riconosciuta alla famiglia, quale si evince dalle norme del nostro sistema». Il giudice comunque non impone la sua soluzione, ma attribuisce il

È sempre l'accordo, per espressa scelta del legislatore del 2006, a governare la separazione e il divorzio con riguardo all'affidamento e al mantenimento dei figli. L'art. 337-ter, co. 2, c.c. stabilisce che il giudice «prende atto, se non contrari all'interesse dei figli, degli accordi intervenuti tra i genitori» sull'affidamento. Ed è sempre l'accordo ad essere stato preferito dal legislatore con riguardo al mantenimento della prole (art. 337-ter, co. 4, c.c.).

Si aggiunga che l'art. 6 del d.l. n. 132/2014 (Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile), convertito con modifiche nella l. n. 162/2014, ha consentito ai coniugi di avvalersi del modello stragiudiziale di separazione e di divorzio anche in presenza di figli minori. Indubbiamente il legislatore, con questa recente normativa, ha spinto i coniugi a raggiungere un accordo sugli effetti della separazione e del divorzio, ma non ha rinunciato alla tutela dei minori, attraverso il controllo di merito delle pattuizioni da parte del pubblico ministero e l'eventuale intervento del tribunale qualora dovesse emergere un pregiudizio per la prole.

Preme sottolineare come dalle predette disposizioni non possa trarsi la conclusione secondo cui il sistema sarebbe pervenuto o andrebbe verso una completa privatizzazione del diritto di famiglia, né che sia stato ripensato l'interesse pubblico nella crisi coniugale⁹⁸. È

potere di decidere a quel genitore che ha mostrato maggiore idoneità a curare l'interesse del figlio. Il genitore designato giudizialmente, tuttavia, non potrà adottare una decisione diversa da quella che ha indotto il giudice a preferirlo, altrimenti si vanifica il controllo giudiziale.

⁹⁸ Così, invece, M. PALAZZO, *Il diritto della crisi coniugale. Antichi dogmi e prospettive evolutive*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 3, 575 ss., il quale constata esattamente come l'autonomia privata dei coniugi sia in ascesa, ma va precisato con chiarezza che questa evoluzione, soprattutto nelle leggi più recenti, non ha inciso sui contrappesi alla determinabilità del contenuto dell'accordo; contrappesi a tutela del coniuge economicamente più debole e della prole. Non può pertanto essere condivisa l'opinione dell'autore secondo cui «le nuove procedure di separazione e di divorzio, introdotte dalla l. n. 162/2014 dovrebbero aver fugato ...ogni dubbio sulla piena disponibilità dei rapporti tra ex coniugi...» (p. 590). Come pure, per le ragioni sistematiche sinteticamente esposte, va respinta l'affermazione secondo cui deve escludersi «che il matrimonio-rapporto incida su rapporti indisponibili per i coniugi» (p. 607). Piuttosto l'Autore indirizza un'articolata e appropriata critica a un aspetto della disciplina dell'assegno di divorzio; aspetto criticabile alla luce di quell'evoluzione storica del matrimonio e della famiglia (oggi declinata al plurale) puntualmente ripercorsa nel saggio. Si tratta della lamentata assenza di correttivi normativi alla corresponsione, tendenzialmente illimitata nel tempo, dell'assegno di divorzio. Questo problema, ben colto anche da A. LAMORGESE, *L'assegno divorzile e il dogma della conservazione del tenore di vita matrimoniale*, in *Questione giustizia*, 11.3.2016, 1 ss., si apprezza soprattutto con riguardo al caso della giovane coppia divorziata con alle spalle un matrimonio di apprezzabile durata. Qui l'ex coniuge più abbiente potrebbe essere tenuto a pagare l'assegno per tutta la vita dell'ex coniuge creditore, salvo che quest'ultimo passi a nuove nozze (art. 5, co. 10, l. n. 898/1970) oppure, secondo un'innovativa pronuncia della Cass., n. 6855/2015, in *Fam. e dir.*, 2015, 6, 553 ss., con nota di G. FERRANDO, "Famiglia di fatto" e assegno di di-

vero, il legislatore ha attribuito ampio spazio all'accordo, favorendolo. Ma allo stesso tempo egli ha anche tenuto fermi i contrappesi all'autonomia privata. Quanto alla posizione dei figli, il giudice e il pubblico ministero ne sono sempre i garanti.

I coniugi sono, invece, tutelati dall'art. 160 c.c., disposizione, questa, applicabile anche alla crisi matrimoniale⁹⁹, dall'efficacia *rebus sic*

vorzio. Il nuovo indirizzo della Cassazione, quando l'ex coniuge-creditore conviva in modo stabile e continuativo con un'altra persona con la quale elabori un progetto e un modello di vita comune; in tal caso l'esistenza di una famiglia di fatto estingue definitivamente - qui sta la novità rispetto all'orientamento precedente secondo cui l'estinzione era legata alla permanenza della convivenza *more uxorio*, cfr. Cass., n. 17195/2011, in *Leggi d'Italia on line - il diritto all'assegno post-matrimoniale*. Sul problema posto dall'autore dovrebbe però intervenire il legislatore, ritoccando (e non stravolgendo) la nostra disciplina dell'assegno divorzile, magari prendendo spunto da quella tedesca. La quale pone, *expressis verbis*, il principio secondo cui il mantenimento può essere preteso fino a quando dall'ex coniuge economicamente debole «non possa pretendersi l'esercizio di un'attività produttiva in ragione della cura e dell'educazione di un figlio comune» (§ 1570 BGB). Il mantenimento può essere limitato temporalmente dal giudice in considerazione della durata del matrimonio o comunque quando appia ingiusta una pretesa al mantenimento a tempo indeterminato (§1573 BGB). Insomma la nostra disciplina, diversamente da quella tedesca, non considera palesemente e adeguatamente la posizione dell'ex coniuge debitore dell'assegno. Tuttavia, per evitare l'esito inaccettabile dell'assegno in funzione di rendita parassitaria, si può scorgere un riferimento implicito alla necessità di sforzarsi di trovare un'attività produttiva adeguata nell'art. 5, co. 6, l. n. 898/1970, nella parte in cui vi è il riferimento all'impossibilità di procurarsi mezzi adeguati «per ragioni oggettive». Anche l'applicazione dei criteri di quantificazione dell'assegno di divorzio può condurre il giudice a negare l'assegno stesso. In questo senso si è espressa la Corte cost., n. 11/2015 (rel: M. R. Morrelli), in *Fam. e dir.*, 2015, 6, 537 ss., con nota di E. AL MUREDEN, *Assegno divorzile, parametro del tenore di vita coniugale e principio di autoresponsabilità*, la quale nel ritenere non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5, co. 6, l. n. 898/1970, ha reso rilevanti affermazioni: a) l'assegno divorzile, secondo la giurisprudenza della Cassazione, «non deve necessariamente garantire al coniuge economicamente più debole il medesimo tenore di vita goduto in costanza di matrimonio». Tale tenore costituisce «il tetto massimo della misura dell'assegno (in termini di tendenziale adeguatezza al fine del mantenimento del tenore di vita pregresso), ma in concreto, quel parametro concorre, e va poi bilanciato, caso per caso, con tutti gli altri criteri indicati» nell'art. 5, co., 6 cit.; b) questi criteri «agiscono come fattori di moderazione e diminuzione della somma considerata in astratto» e possono valere anche ad azzerarla» (sull'incidenza della breve durata del matrimonio sull'assegno di divorzio cfr. Cass., n. 4797/2016). Insomma, un intervento legislativo potrebbe servire, semmai, per bilanciare più adeguatamente la posizione dell'ex coniuge debitore dell'assegno rispetto a quella dell'ex coniuge creditore. Ma di bilanciamento deve trattarsi, nient'affatto facile da riconfigurare, senza farsi prendere la mano dalla *policy* di riconoscere piena autonomia alla volontà dei coniugi; *policy* difficilmente conciliabile con il principio di solidarietà post-coniugale, con il canone della ragionevolezza e con il principio di uguaglianza morale e giuridica dei coniugi. Per una lucida e convincente ricostruzione del fondamento normativo del criterio del tenore di vita goduto (e godibile) durante il matrimonio cfr. E. BARGELLI, *Assegno di divorzio e tenore di vita goduto durante il matrimonio*, in corso di pubblicazione. L'autrice ragiona sull'essenza del matrimonio e sulla concorde attuazione dell'indirizzo della vita familiare (art. 144 c.c.).

⁹⁹ L'applicabilità dell'art. 160 c.c. anche alla crisi coniugale non è pacifica in dottrina. Contrari: G. OBERTO, *Accordi preventivi sulla crisi coniugale*, in *Famiglia*, 2008,

stantibus degli accordi economici e dalla irrinunciabilità dell'assegno di mantenimento e post-matrimoniale. Solo il controllo di equità del giudice dell'accordo sulla corresponsione in unica soluzione, controllo previsto con riguardo allo scioglimento/cessazione degli effetti civili del matrimonio, disattiva la predetta regola dell'efficacia *rebus sic stantibus*. Il legislatore, quindi, a fronte della volontà dei coniugi di regolamentare definitivamente i loro rapporti economici, ha previsto un procedimento giudiziale di garanzia della parte più debole dal rischio di essere influenzata da quella più forte e scaltra (cfr. art. 5, co. 8, l. n. 898/970).

Questo sistema di contrappesi all'autonomia privata non può essere ignorato, né superato sottolineando una supposta linea storica che sarebbe approdata ad una privatizzazione del diritto della crisi coniugale o familiare. Piuttosto esso è stato riconfermato, di recente, dalla legge n. 76/2016 sulle unioni civili tra persone dello stesso sesso e sulle convivenze. L'art. 1, co. 25, con riguardo alla disciplina dello scioglimento dell'unione civile, richiama, della legge sul divorzio, tra gli altri, l'art. 5 co. 6 (sull'assegno di divorzio), l'art. 5, co. 8 (sull'*una tantum*) e l'art. 9 (sull'efficacia *rebus sic stantibus* degli accordi economici).

E ancora: il Tar Lazio, con una recente pronuncia¹⁰⁰, ha annullato la Circolare n. 6 del 24.4.2015 del Ministero dell'Interno che ha fornito un'interpretazione restrittiva dell'art. 12, co. 3, d.l. n. 132/2014 nella parte in cui esclude la possibilità di rivolgersi all'ufficiale dello stato civile per la separazione o per il divorzio qualora l'accordo tra i coniugi contenga «patti di trasferimento patrimoniale».

Si è posto il problema interpretativo del significato da attribuire a quest'ultima locuzione. Secondo il Tar l'espressione «patti di trasferimento patrimoniale» va intesa in senso ampio e omnicomprensivo¹⁰¹. Di talché i coniugi non possono avvalersi della procedura accelerata e semplificata di cui all'art. 12, co. 3, d.l. n. 132/2014 qualora l'accordo di separazione o di divorzio contenga una qualsiasi pattuizione sull'assegno periodico di mantenimento del coniuge economicamente più debole. Ciò in ragione della *ratio* della previsione normativa in parola,

25 ss., alla cui tesi aderisce M. PALAZZO, *op. cit.*, 589. Questo aspetto non sposta, tuttavia, la diversa conclusione, a mio avviso più corretta, cui si deve pervenire secondo cui gli assegni di separazione e di divorzio non sono pienamente disponibili. È soltanto il giudizio di equità, previsto dall'art. 5, co. 8, l. n. 898/1970, che consente ai coniugi di disporre in via definitiva dei loro rapporti economici.

¹⁰⁰ TAR Lazio, sez. prima *ter*, 7.7.2016, n. 7934/2015 reg. ric.

¹⁰¹ Invece la Circolare n. 6/2015 del 24.4.2015, ribaltando la precedente Circolare n. 19/2014 del 28.11.2014, interpreta restrittivamente l'espressione «patti di trasferimento patrimoniale», ossia nel senso di ritenere vietati soltanto l'accordo di corresponsione in unica soluzione dell'assegno periodico di divorzio (c.d. liquidazione *una tantum*) in quanto si tratterebbe di liquidazione patrimoniale (mobiliare o immobiliare). Secondo questa interpretazione, rigettata dal TAR Lazio, i coniugi avrebbero potuto avvalersi della procedura di cui all'art. 12 d.l. n. 132/2014, accordandosi per la corresponsione di un assegno periodico di mantenimento o di divorzio.

consistente nel tutelare il soggetto più debole della coppia che, proprio in ragione della propria debolezza e della non obbligatoria presenza degli avvocati, potrebbe essere costretto ad accettare condizioni patrimoniali imposte dalla controparte.

Insomma l'ordine pubblico familiare, il cui rispetto deve essere certificato dall'avvocato che sottoscrive l'intesa successiva alla convenzione di negoziazione assistita (art. 5, co. 2, d.l. 132/2014), non è stato intaccato dalle recenti riforme¹⁰². Le quali hanno rafforzato lo statuto giuridico del minore e confermato il controllo del giudice sull'equità dell'assegno *una tantum* all'ex coniuge; unica ipotesi, questa, che preclude ogni successiva domanda di contenuto economico.

Non si può negare però come il recentissimo intervento della Cassazione¹⁰³, che ha sostituito, soltanto con riguardo all'assegno post-matrimoniale¹⁰⁴, al parametro rappresentato dal medesimo tenore di vita goduto in costanza di matrimonio, quello dell'autosufficienza economica, abbia ridimensionato la pretese del coniuge economicamente meno solido dell'altro¹⁰⁵.

Sul punto non si intende spingere oltre il discorso. Piuttosto è utile riassumere in modo più schematico quanto detto, per svolgere poi un'ulteriore considerazione sul rapporto tra l'esercizio della responsabilità genitoriale e il controllo giudiziale su di essa: a) se il disaccordo riguarda l'indirizzo della vita familiare, il giudice può sostituirsi nel decidere ai coniugi solo se questi ultimi gli attribuiscono congiuntamente un potere in tal senso (art. 145 c.c.); b) se il contrasto riguarda i figli, occorre distinguere: b1) se non è stato incardinato un procedimento di separazione/divorzio e il contrasto permane, il giudice attribuisce il potere di decidere a quel genitore che nel singolo caso ritenga più idoneo a curare l'interesse del figlio (art. 316, co. 3, c.c.); b2) durante la crisi coniugale (o della coppia di fatto), l'accordo eventual-

¹⁰² E. BARGELLI, *Assegno di divorzio e tenore di vita goduto durante il matrimonio*, cit. (in corso di pubblicazione), concorda con questa impostazione e afferma che la degiurisdizionalizzazione della crisi coniugale (d.l. n. 321/2014 conv. in l. 162/2014) «non affranca gli accordi dai limiti sostanziali dell'autonomia cui, pur secondo diverse linee interpretative, continuano ad essere assoggettati (...)». Cfr. anche sempre di E. BARGELLI, *L'autonomia privata nella famiglia legittima: il caso degli accordi in occasione o in vista del divorzio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, 303 ss.

¹⁰³ Cass., n. 11504/2017, in *Leggi d'Italia on line*, subito seguita da Trib. Milano, ord. 22.5.2017, in www.ilcaso.it.

¹⁰⁴ Cass., n. 12196/2017, in *Leggi d'Italia on line*, pur consapevole della sentenza n. 11504/2017 (cfr. nota 103), afferma che il criterio del tenore di vita analogo a quello goduto in costanza di matrimonio resta fermo con riguardo all'assegno di mantenimento disciplinato dall'art. 156 c.c.

¹⁰⁵ La solidarietà post-coniugale, quindi, principio giustificativo dell'assegno di divorzio, opera soltanto se l'ex coniuge non sia economicamente autosufficiente. Altrimenti, se tale indipendenza vi sia, lo scioglimento/cessazione degli effetti civili del matrimonio non giustifica più alcun esborso di denaro a vantaggio dell'ex coniuge con redditi inferiori a quelli dell'altro.

mente raggiunto è valido solo se, secondo il giudice, non è contrario all'interesse dei figli (art. 337-ter, co. 2, c.c.).

Il giudice, quindi, svolge una funzione delicatissima: è l'organo deputato non tanto a stabilire quale sia la soluzione astrattamente migliore per i figli, ma piuttosto a verificare che, in certe situazioni previste dalla legge, quanto pattuito dai genitori non contrasti con l'interesse della prole. Emblematica è la disposizione sull'omologa della separazione consensuale, dove il giudice non può imporre le modificazioni da apportare all'accordo nell'interesse dei figli. Egli ha piuttosto un potere di coazione indiretta della volontà privata, attraverso il rifiuto dell'omologa della separazione.

Insomma l'autonomia privata può governare la crisi familiare, fermandosi al di qua del pregiudizio alla prole; altrimenti operano i meccanismi di tutela e i correttivi legali. Del resto la libertà di determinare il contenuto negoziale esiste sebbene debba confrontarsi con i limiti imposti dalla legge (art. 1322, co. 1, c.c.) e con la meritevolezza dell'interesse secondo l'ordinamento giuridico (art. 1322, co. 2, c.c.). Anche l'ordine pubblico familiare si regge sull'equilibrio tra autonomia, limiti e garanzie. La preminenza dei diritti del figlio, garantiti dall'ascolto e dal controllo giudiziale, e la tutela del coniuge debole (artt. 160 c.c. a art. 5, co. 8, l. n. 898/1970) non possono essere pregiudicati rispettivamente da un esercizio abusivo della responsabilità genitoriale né dall'autonomia negoziale governata dalla parte più forte.

Questa struttura del diritto di famiglia, salvo la necessità di interventi legislativi su qualche singolo profilo di cui in questa sede non si può che tacere, deve essere riconosciuta dall'interprete e difesa.

10. RAPPRESENTANZA LEGALE E AMMINISTRAZIONE DEI BENI.

Alcuni studiosi hanno isolato un lato «interno» della potestà, oggi della responsabilità genitoriale¹⁰⁶. Esso comprende quegli atti rilevanti solo nel rapporto genitore-figlio. Esempi sono la scelta della residenza abituale del minore, dalla quale quest'ultimo non può allontanarsi senza il permesso dei genitori (artt. 316, co. 1, c.c. e 318 c.c.), o le regole di comportamento imposte dai genitori inerenti lo stile di vita, o il potere disciplinare esercitato per educare.

Quando invece occorre spendere il nome del figlio nel rapporto con i terzi, viene in rilievo il lato esterno della responsabilità genitoriale.

I genitori, quindi, sono titolari congiuntamente della responsabilità

¹⁰⁶ M. GIORGIANNI, *Sub art. 316, Esercizio della potestà dei genitori*, cit., 320 ss.; F. RUSCELLO, *La potestà dei genitori*, in *Codice civile Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1996; M. DOGLIOTTI, *La potestà dei genitori*, cit.

genitoriale e del potere rappresentativo del figlio, nato e nascituro (art. 320, co. 1 c.c.). Si tratta di una rappresentanza di tipo legale (cfr. art. 1387 c.c.), attraverso la quale si curano gli interessi patrimoniali e non patrimoniali della prole minorenni.

Il minore viene dunque sostituito dai genitori nel compimento degli atti giuridici, salvo quelli per i quali la legge gli attribuisca una capacità di agire speciale (art. 2, co. 2, c.c.), come con riguardo al contratto di lavoro.

Il potere rappresentativo cessa alla maggiore età o all'emancipazione del figlio (art. 390 c.c.).

Spetta ai genitori altresì amministrare i beni del figlio (art. 320, co. 1, c.c.), cioè assumere decisioni che incidano sul patrimonio dello stesso. E l'amministrazione è un potere diverso ma collegato a quello rappresentativo, sebbene non vi sia un collegamento necessario. Vi sono infatti atti di amministrazione, utili al minore, non suscettibili di effetti rappresentativi, come le attività materiali sulle cose o la custodia.

Se manca il potere di amministrare certi beni, i genitori, con riguardo a questi, non possono modificare il patrimonio del minore spendendone il nome. Un esempio è contenuto nell'art. 465 c.c.: se un genitore è indegno a succedere *mortis causa* a un proprio parente, egli, sui beni che gli sarebbero spettati e che vengono devoluti (per rappresentazione) ai suoi figli, non ha il diritto di amministrazione (né di usufrutto). La *ratio* è di evitare che, attraverso l'istituto della rappresentazione (art. 467 c.c.), il genitore disponga di beni da cui è stato escluso a causa di una condotta spregevole compiuta direttamente o indirettamente nei confronti del *de cuius* (cfr. art. 463 c.c.).

In modo del tutto speculare, vi può essere rappresentanza senza amministrazione, come dimostra l'art. 320, co. 1, c.c. che riferisce il potere rappresentativo a «tutti gli atti civili».

Con riguardo all'amministrazione, l'art. 320 c.c. distingue due categorie di atti: quelli di ordinaria e quelli di straordinaria amministrazione. Stabilire quale atto appartenga all'una o all'altra categoria non è sempre agevole. In dottrina sono state elaborate diverse teorie¹⁰⁷. Ma il codice civile, sebbene non definisca né l'una né l'altra categoria, non è muto sul punto. Da qui occorre muovere per mettere a punto un criterio distintivo efficiente e precisamente da alcuni articoli del codice.

L'art. 320, co. 1 secondo periodo, c.c. stabilisce la regola secondo cui gli atti di ordinaria amministrazione possono essere compiuti disgiuntamente da ciascun coniuge. Tra essi devono escludersi «i contratti con i quali si concedono o si acquistano diritti personali di godimento» (locazione/affitto/comodato). Questi contratti, modificando in

¹⁰⁷ A. JANNUZZI-P. LOREFICE, *Manuale della volontaria giurisdizione*, cit., 319 ss. G. SANTARCANGELO, *La volontaria giurisdizione*, Milano, 2003, 335 ss., riporta, con una sintesi efficacissima, tutte le tesi sostenute.

modo rilevante il patrimonio del minore, non possono essere assoggettati al regime dell'ordinaria amministrazione.

Il comma 3 del medesimo articolo contiene un elenco di atti qualificabili di straordinaria amministrazione, come l'alienazione, l'accettazione (da farsi necessariamente con beneficio di inventario, art. 471 c.c.) o la rinuncia all'eredità, l'accettazione delle donazioni o la conclusione di un contratto di mutuo. È da notare che l'alienazione dei frutti o dei mobili soggetti a facile deterioramento non è considerata dall'art. 375, n. 1, c.c. atto di straordinaria amministrazione.

L'elencazione di cui all'art. 320, co. 3, qui solo in parte riportata, non è tassativa, giacché essa fa riferimento anche al compimento di «altri atti eccedenti l'ordinaria amministrazione». Si apre, quindi, uno spazio di valutazione per l'interprete con riguardo ad atti non menzionati dalla disposizione in parola.

Ancora: l'art. 374, nn. 1 e 2 c.c. lascia chiaramente intendere che la riscossione delle rendite, l'acquisto di beni mobili necessari per l'uso del minore e l'assunzione di obbligazioni per spese necessarie al mantenimento del minore stesso devono essere considerati atti di ordinaria amministrazione.

Da tutte queste disposizioni si può desumere quanto affermato da un'autorevole dottrina¹⁰⁸: la distinzione tra ordinaria e straordinaria amministrazione «risulta improntata oltre che a un criterio giuridico desunto dalla natura di ogni singolo atto compiuto dall'amministratore (custodia dei beni, acquisto, obbligazioni, atti di disposizione), anche a un criterio economico, che impone di tener conto del risultato economico dell'atto in sé e riferito al complesso dei beni (conservazione, fruttificazione, miglioramento e trasformazione e modificazione strutturale dei beni, esposizione a rischio di dispersione o di depauperamento del valore intrinseco), nonché dell'incidenza dell'atto sul reddito ovvero sulla sostanza del patrimonio» (ad esempio con la sostituzione di un bene all'altro).

Solo gli atti di straordinaria amministrazione sono assoggettati a un procedimento volto a ottenere l'autorizzazione giudiziale (preventiva) al compimento degli stessi. Il giudice tutelare, con riguardo alla fi-

¹⁰⁸ A. JANNUZZI-P. LOREFICE, *Manuale della volontaria giurisdizione*, cit., 321, sostanzialmente, al fine di stabilire la natura di ordinaria o di straordinaria amministrazione di un atto, ritengono necessario collegare il criterio giuridico (che muove cioè dalle disposizioni specifiche della materia) a quello economico. Così essi concludono a pag. 22 che «ciascun atto di alienazione, di acquisto, di assunzione di obbligazioni può essere compreso nella sfera dell'amministrazione ordinaria, se rivolto ai fini ed ai risultati predetti [conservazione, fruttificazione, miglioramento del patrimonio] inerenti alla normale gestione del patrimonio, mentre rientrano nell'altra categoria se destinato ad incidere notevolmente sul patrimonio, in modo da alterarne la sostanza o da modificarne la struttura e la consistenza».

liazione, è chiamato a valutare, secondo la lettera dell'art. 320, co. 3, c.c., la «necessità» o l'«utilità evidente» dell'atto per il figlio.

L'autorizzazione giudiziale deve essere richiesta anche per riscuotere capitali - il giudice tutelare dovrà determinarne l'impiego (art. 320, co. 4, c.c.) - e per la continuazione da parte del minore dell'esercizio di un'impresa commerciale. Mentre in quest'ultimo caso competente ad autorizzare è il tribunale ordinario in composizione collegiale, nelle ipotesi di cui all'art. 320, coo. 3 e 4, c.c. competente è il giudice tutelare (*id est*: il tribunale in composizione monocratica).

Se il minore è assoggettato alla tutela perché i genitori sono morti o per altre cause (art. 343 c.c.), l'autorizzazione resa al tutore a compiere atti patrimoniali nel nome e per conto del minore è di competenza, per certi atti, del giudice tutelare (art. 374 c.c.), per altri, quelli potenzialmente più pericolosi (art. 375 c.c.), del tribunale in composizione collegiale.

Infine se il minore è emancipato (art. 390 c.c.), l'art. 394, co. 3, c.c. stabilisce che competente ad autorizzare il compimento degli atti di cui all'art. 375 c.c. è il tribunale in composizione collegiale (su parere del giudice tutelare), solo se curatore non sia il genitore; altrimenti se curatore è genitore, anche per l'autorizzazione degli atti indicati nell'art. 375 c.c., competente è il giudice tutelare.

La *ratio* di questa diversità nella competenza a decidere è dovuta alla considerazione che la presenza del genitore quale curatore del figlio emancipato, quindi di un soggetto vocato al bene del figlio, giustifica minori garanzie.

11. L'ANNULLABILITÀ: FATTISPECIE, DISCIPLINA E RILIEVO DELLA VOLONTÀ DEL MINORE.

Per compiere atti di amministrazione del patrimonio del minore, i genitori, rappresentanti legali di quest'ultimo, devono osservare alcune regole. Qualora ciò non avvenga, l'atto ugualmente posto in essere può essere annullato su istanza dei genitori stessi esercenti la responsabilità genitoriale, del figlio, dei suoi eredi o aventi causa. L'art. 322 c.c. stabilisce che «gli atti compiuti senza osservare le norme dei precedenti articoli possono essere annullati».

Tra le norme precedenti vi è l'art. 320 c.c., pertanto le fattispecie cui allude l'art. 322 c.c. sono le seguenti: 1) atti di straordinaria amministrazione compiuti dai genitori senza la preventiva autorizzazione giudiziale o - va da sé - in difformità rispetto alle prescrizioni contenute in quest'ultima (ad es.: il giudice autorizza la vendita ad un determinato prezzo, ma il bene è venduto ad un prezzo inferiore)¹⁰⁹; 2) atti di

¹⁰⁹ Occorre aggiungere che non ogni difformità dell'atto compiuto da quello

un genitore senza la necessaria partecipazione o con l'opposizione dell'altro (cfr. artt. 320, coo. 1 e 3 c.c.). Si è già rilevato più sopra che il disaccordo tra i genitori sulla necessità o utilità di un atto deve essere superato con un apposito procedimento giudiziale: quello di cui all'art. 316 c.c. richiamato dall'art. 320, co. 2, c.c.; 3) gli atti effettuati dai genitori in conflitto di interessi con i figli (art. 320, ult. co., c.c., cfr. *amplius infra* §§ 13-14).

Si discute in dottrina se l'annullabilità disposta dall'art. 322 c.c. si applichi anche agli atti compiuti personalmente dal minore. Alcuni autori rispondono negativamente, ritenendo che l'annullabilità abbia fondamento negli artt. 1425, co. 1 e 1442, co. 2 c.c., ossia nell'incapacità legale del minore, condizione, questa, che impedisce al minore di contrarre validamente¹¹⁰.

Per altri autori¹¹¹, invece, è sempre l'art. 322 c.c. a tutelare il minore che abbia compiuto atti spendendo il proprio nome. Effettivamente si può ritenere che i «precedenti articoli» possano ricomprendere anche siffatta ipotesi. Se, ai sensi dell'art. 320, co. 1 c.c., il potere rappre-

autorizzato giustifica l'annullamento. Se un bene immobile di proprietà del minore viene venduto a un corrispettivo inferiore di euro 5.000 rispetto a quello indicato nel provvedimento autorizzativo, la valutazione sull'annullabilità dell'atto deve essere più articolata rispetto alla semplice constatazione della discordanza. Secondo una risalente sentenza, Cass. n. 2723/1982, mass. in *Leggi d'Italia on line*, «Quando il contratto posto in essere dalle parti non è identico a quello autorizzato a norma dell'art. 320 c.c., il giudice del merito deve accertare se tale contratto corrisponda oggettivamente come schema tipico, o, almeno come risultato concreto, alla autorizzazione stessa, secondo criteri di normalità, pertinenza e adeguatezza». La questione è delicata. Sostenere che l'atto è valido nonostante la diversità del corrispettivo, evoca l'autorizzazione successiva, come tale vietata dalla Cassazione. A ben vedere si tratterebbe piuttosto della constatazione da parte del giudice della conformità sostanziale dell'atto rispetto all'autorizzazione resa.

¹¹⁰ F. GIARDINA, *La condizione giuridica del minore*, Napoli, 1984, 97 ss., con argomentazione serrata, sostiene che l'art. 322 c.c. non si occupa dell'attività del figlio, bensì di quella del genitore. Si fa leva, tra l'altro, dalla collocazione sistematica della disposizione. Secondo l'autrice, l'art. 322 c.c. costituisce non già un'integrazione dell'art. 1441 c.c., ma una norma parallela all'art. 1425 c.c. Disposizione, quest'ultima, che appresta un'annullabilità peculiare, perché non dà luogo a responsabilità, come avviene secondo la regola generale, per non aver comunicato alla controparte la ragione di invalidità di cui il minore doveva avere conoscenza (art. 1338 c.c.). D'accordo F. RUSCELLO, *La potestà dei genitori*, in *Codice civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1996, 197 e E. DEL PRATO, *Annulabilità generali in ragione della capacità. Gli atti delle persone incapaci o limitatamente capaci di agire. L'incapacità di intendere e di volere*, in *Trattato del contratto* (di V. Roppo), vol. IV, *Rimedi-1*, a cura di A. Gentili, Milano, 2006, 214, secondo il quale l'art. 1425 c.c. «sebbene abbia una vocazione generale, la norma ha un'effettiva portata precettiva per i contratti conclusi da un minore di età non emancipato». Nella manualistica cfr. in senso adesivo alla predetta dottrina A. TORRENTE-P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2015, 106 e 670.

¹¹¹ A. C. PELOSI, *Sub art. 322 c.c. (Inosservanza delle disposizioni precedenti)*, in *Comm. al dir. it. della fam.*, cit., 379. Concorda F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2013, 136.

sentativo e amministrativo spetta ai genitori, il minore che contrae di persona compie un atto «senza osservare le norme dei precedenti articoli», cioè senza avvalersi dello strumento della rappresentanza legale. Del resto l'art. 322 c.c. non specifica il soggetto autore degli atti illegittimamente posti in essere. Da qui l'annullabilità di questi ultimi in tutti i casi in cui non siano state rispettate le prescrizioni per contrarre validamente.

Secondo questa impostazione dottrinale, l'art. 1425, co. 1, c.c. è una norma generale che, in definitiva, allude a tutti gli articoli che sanciscono l'annullabilità per incapacità legale (artt. 322, 377, 396, 427, coo. 2 e 3 c.c.) e che chiarisce, come vedremo tra poco, quale sia la disciplina applicabile all'azione di annullamento.

C'è però una fattispecie in cui l'atto posto in essere dal minore non è annullabile: quando egli abbia con raggiri occultato la sua età (art. 1426 c.c.). Se il minore di età è in grado di ingannare la controparte mediante una dolosa macchinazione, ossia tramite un'articolata condotta commissiva, viene meno la *ratio* della sua protezione che risiede nella presunta immaturità e inesperienza dello stesso. Va precisato che l'atto continua ad essere invalido se il minore abbia semplicemente dichiarato di essere maggiorenne, come espressamente dispone l'art. 1426 c.c., ovvero, secondo un autore¹¹², se egli si sia limitato a restare in silenzio quanto alla circostanza della sua età.

L'azione di annullamento ex art. 322 c.c. è subordinata alla preventiva autorizzazione del giudice¹¹³, al quale devono essere illustrate, mediante apposito ricorso, le ragioni da porre a fondamento della domanda giudiziale che si intende proporre.

¹¹² M. FRANZONI, *Dell'annullabilità del contratto, Artt. 1425-1426*, in *Il codice civile, Commentario Schlesinger*, Milano, 2005, 207. Si aggiunga che l'autore non condivide l'opinione della maggior parte degli interpreti secondo cui annullamento del contratto concluso dal minore che abbia occultato la sua età, sebbene senza raggirare la controparte, non comporta la responsabilità precontrattuale dello stesso ai sensi dell'art. 1338 c.c. Ciò in quanto «se la persona del (grande) minore era tale da apparire maggiorenne e la natura del contratto non richiedeva l'adozione di particolari cautele da parte dell'altro contraente, la reticenza del minore costituisce lesione dell'affidamento altrui, in caso contrario il contraente non può invocare alcuna tutela».

¹¹³ F. GIARDINA, *La condizione giuridica del minore*, cit., 96, sottolinea come anche la convalida dell'atto annullabile debba essere autorizzata dal giudice tutelare, il quale valuterà la necessità o l'utilità evidente di una eventuale stabilizzazione degli effetti del contratto (è questo l'effetto della convalida). Se l'autrice già nel 1984 afferma - a ragione - che il giudice, richiesto della convalida, non dovrà valutare solo il generico interesse del minore, «ma anche, quando ciò sia possibile, le intenzioni di quest'ultimo», oggi non v'è dubbio alcuno che, se vi sono i presupposti di legge, il minore abbia diritto di essere ascoltato in tale procedura che, indubbiamente, lo riguarda (art. 315-bis, co. 3, c.c.). Il minore potrebbe esprimere ragionevoli e fondate motivazioni contrarie alla convalida del contratto annullabile. Come si è già rilevato, il minore, ai sensi dell'art. 315-bis, co.2, c.c. ha diritto di essere ascoltato in tutte le «procedure che lo riguardano».

Veniamo ora alla disciplina dell'azione. Innanzitutto: a) poiché la fattispecie di cui all'art. 322 c.c. è di annullabilità per incapacità legale (art. 1425, co. 1 c.c.), l'atto invalido produce effetti finché non intervenga una sentenza costitutiva di annullamento¹¹⁴; b) l'invalidità non può essere fatta valere dalla controparte del negozio¹¹⁵, da soggetti diversi da quelli di cui all'art. 322 c.c.¹¹⁶, né potrebbe essere rilevata d'ufficio dal giudice.

Trova applicazione l'art. 1443 c.c. che, in caso di accoglimento della domanda di annullamento, pone un limite, nell'interesse dell'incapace, alla restituzione di quanto dallo stesso ricevuto in esecuzione del contratto. Egli, secondo il dettato letterale, «è tenuto a restituire all'altro la prestazione ricevuta se non nei limiti in cui è stata rivolta a suo vantaggio». La disposizione muove dalla presunzione, con funzione protettiva, che il soggetto, a causa della sua immaturità (il minore) o dell'infermità mentale/psichica (l'interdetto, l'inabilitato, il beneficiario dell'amministrazione di sostegno)¹¹⁷ non sia stato in grado di amministrare razionalmente la cosa ricevuta. Pertanto la previsione di un obbligo di restituzione pieno lo esporrebbe a un probabile impoverimento patrimoniale.

La presunzione è relativa (*iuris tantum*), perciò il *solvens* può pro-

¹¹⁴ I. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale*, Milano, 1998, 259 ss., critica la tesi secondo cui l'annullamento del contratto necessita di una pronuncia costitutiva. M. FRANZONI, *Dell'annullabilità del contratto, Artt. 1425-1426, in Il codice civile. Commentario*, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2005, 11 ss., invece, sul presupposto che l'efficacia non è un predicato esclusivo della validità, aderisce alla soluzione del Prosperetti, il quale giustifica l'efficacia dell'atto annullabile in ragione della necessaria presenza di ulteriori atti o fatti rispetto al contratto o all'atto annullabile quali: la convalida espressa o tacita, il maturare della prescrizione, l'esecuzione o la rinuncia a opporre l'eccezione di prescrizione.

¹¹⁵ Cass., n. 7044/1988, *mass.* in *Leggi d'Italia on line*.

¹¹⁶ Cass., n. 7495/1996, in *Leggi d'Italia on line*, ritiene che per l'annullamento dell'accettazione dell'eredità devoluta al minore e accettata senza la preventiva autorizzazione giudiziale non possano agire i coeredi allo scopo di accrescere la loro quota dell'asse ereditario.

¹¹⁷ Non è condivisibile quella giurisprudenza secondo cui il beneficiario dell'amministrazione di sostegno non è qualificabile incapace legale (Cass., n. 13584/2006, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, 3, 281 ss., con nota di U. ROMA, *La Cassazione alla ricerca del discrimen tra amministrazione sostegno e interdizione*; in *Fam. e dir.*, 2007, 1, 31 ss., con nota di M. SESTA, *Amministrazione di sostegno e interdizione: quale bilanciamento tra interessi personali e patrimoniali?*). Soffermarsi su quest'affermazione è un fuor d'opera. Basta rilevare che l'amministrazione di sostegno è una misura che, come l'interdizione e l'inabilitazione, prevede una protezione particolare, debitamente pubblicizzata, per i soggetti psichicamente deboli. In ragione di ciò, il legislatore ha apprestato rimedi che incidono fortemente sulla tutela della circolazione dei beni, a tutela di un interesse a questa sovraordinato (*id est*: la protezione di della sfera patrimoniale dei soggetti psichicamente deboli). Quale espressione di questa preminenza, valga solo l'esempio tratto dall'art. 1445 c.c. sugli effetti dell'annullamento per incapacità legale nei confronti dei terzi su cui cfr. *infra* nel testo.

vare che la prestazione da egli effettuata abbia avvantaggiato l'incapace, il quale deve di conseguenza restituire l'intero.

Si discute quale sia l'arco temporale entro cui valutare se il vantaggio patrimoniale vi sia stato o no. Se si debba considerare il vantaggio inizialmente conseguito e non conservato o, come sembra preferibile, il tempo in cui vi sia stata la possibilità oggettiva di utilizzo del bene¹¹⁸.

È da notare che l'art. 1443 c.c., non qualificando l'incapacità, sarebbe astrattamente applicabile sia a quella legale (minore età, interdizione, inabilitazione, amministrazione di sostegno) che naturale.

Un altro articolo che esprime il *favor* del diritto civile per gli incapaci - così si è espresso un autore¹¹⁹ - è il 1445 c.c. sugli effetti dell'annullamento nei confronti dei terzi. La fattispecie che viene in rilievo è quella di un contratto annullabile tra i soggetti A (alienante-incapace) e B (acquirente), dove B, prima dell'annullamento, aliena il bene ricevuto a C (terzo rispetto al contratto invalido tra A e B). Il problema affrontato dal legislatore è quello degli effetti dell'annullamento del contratto tra A e B sul contratto tra B e C.

L'art. 1445 c.c. prevede una regola di favore per i terzi se vi sono determinati presupposti; favore che viene meno se l'annullamento del contratto invalido dipenda da incapacità legale. Così il tenore letterale della disposizione: «L'annullamento che non dipende da incapacità legale non pregiudica i diritti acquistati a titolo oneroso dai terzi di buona fede». Ciò significa, *a contrario*, che se l'annullamento è stato pronunciato a causa dell'incapacità legale, il terzo di buona fede (*id est* ignaro del vizio del titolo del proprio dante causa) che abbia acquistato pur a titolo oneroso vede comunque travolto il proprio acquisto.

La caducazione del contratto non avviene, invece, negli altri casi di annullabilità, dove, con riguardo alla posizione del terzo, prevale maggiormente la tutela dell'affidamento e della sicurezza nella circolazione dei diritti. Difatti al terzo che ha acquistato a titolo oneroso e in buona fede non è opponibile l'annullamento per cause diverse dall'incapacità legale del titolo del suo dante causa.

L'art. 1445 c.c. continua, tuttavia, facendo salvi gli effetti della trascrizione della domanda di annullamento. Occorre allora spostare l'attenzione sulla disciplina della trascrizione delle domande giudiziali (art. 2652 c.c.), per stabilire quando la trascrizione della domanda di annullamento impedisca al terzo di buona fede di far salvo il suo acquisto a titolo oneroso e - cosa che ci interessa di più - all'incapace legale di vedersi preferito nel conflitto con il terzo.

Viene in rilievo l'art. 2652 n. 6 c.c. che, in caso di annullamento

¹¹⁸ U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebitato*, Milano, 1974, 478 ss.

¹¹⁹ A. DE CUPIS, *Il favor del diritto civile per gli incapaci*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, 763 ss.

per incapacità legale, prevede l'applicazione della stessa disciplina stabilita per la trascrizione della domanda di nullità. In tal modo si è inteso realizzare una maggiore protezione del soggetto incapace rispetto a quella del terzo sub-acquirente, il quale gode di una posizione più forte se la domanda di annullamento è per cause diverse dall'incapacità legale¹²⁰.

Può dirsi che per effetto della lettura dei due commi del n. 6, in caso di trascrizione della domanda di annullamento per incapacità legale, il terzo fa salvo il suo acquisto alle seguenti condizioni: 1) che egli sia in buona fede; 2) che egli abbia trascritto il suo titolo valido e che sia stato trascritto anche il titolo invalido del suo dante causa; 3) che la trascrizione dell'atto del terzo sia anteriore alla trascrizione della domanda giudiziale di annullamento; 4) che siano decorsi 5 anni dalla trascrizione dell'atto annullabile impugnato.

Si osservi che durante i cinque anni dalla trascrizione dell'atto impugnato, il terzo sub-acquirente non conserva il suo acquisto anche se abbia trascritto il proprio atto anteriormente alla trascrizione della domanda di annullamento per incapacità legale. Ecco un'altra significativa emersione del *favor* del diritto civile per gli incapaci, rispetto alle altre ipotesi di annullabilità del contratto, in cui il terzo sub-acquirente prevale solo se trascrive prima della trascrizione della domanda di annullamento.

Passiamo ora a un altro aspetto della disciplina. In generale il contratto annullabile può essere convalidato dal contraente al quale spetta l'azione di annullamento (art. 1444 c.c.). La convalida può essere espressa (co. 1) o tacita (co. 2). Secondo la dottrina maggioritaria¹²¹, anche il contratto annullabile per incapacità legale può essere convalidato.

Al giudice deve essere chiesta l'autorizzazione a convalidare, ponendo in luce, nel ricorso, la necessità o l'utilità evidente dell'atto sanante (*rectius*: che conferma gli effetti del contratto)¹²². Si consideri che, nonostante l'autorizzazione giudiziale alla convalida, il rappresentante legale del minore (genitori o tutore) non è obbligato a convalidare, salvo che quest'ultimo, ove in grado di comprendere gli effetti dell'atto di convalida, non esprima una volontà in tal senso (si pensi al c.d. "grande minore").

¹²⁰ Se la domanda di annullamento del contratto per cause diverse dall'incapacità legale è stata trascritta entro il quinquennio dalla conclusione del contratto invalido, ma dopo la trascrizione dell'atto di acquisto a titolo oneroso del terzo di buona fede, quest'ultimo fa salvo il suo acquisto, non potendogli essere opposto l'annullamento del contratto del dante causa (cfr. R. NICOLÒ, *La trascrizione. Dispense dal corso di diritto civile tenuto dal Prof. Rosario Nicolò*, Milano, 1973).

¹²¹ F. GIARDINA, *La condizione giuridica del minore*, cit., 97.

¹²² M. FRANZONI, *Dell'annullabilità del contratto*, cit., 60, rileva come la convalida sia funzionale più che eliminare in senso proprio il vizio, a conservare il contratto.

Una precisazione: l'atto annullabile per incapacità legale in ragione della mancata richiesta dell'autorizzazione preventiva (art. 320, co. 3, c.c.) può essere sanato solo attraverso l'istituto della convalida, essendo stata esclusa dalla Cassazione l'autorizzazione giudiziale successiva¹²³.

L'azione di annullamento per incapacità legale si prescrive in cinque anni (art. 1442, co. 1 c.c.). Il termine inizia a decorrere dal giorno in cui il minore raggiunge la maggiore età (art. 1442, co. 2, c.c.) tempo, questo, in cui egli potrà agire personalmente, proponendo domanda di annullamento o attraverso la convalida. Tuttavia il minore (il pm o un parente che vi abbia interesse), prima del compimento del diciottesimo anno d'età, nell'inerzia dei genitori, può chiedere al giudice di nominare un curatore speciale, autorizzandolo all'esercizio dell'azione di annullamento (art. 321 c.c.).

Se l'azione di annullamento è prescritta, la parte convenuta per l'esecuzione del contratto può sempre opporre l'annullabilità dello stesso in via di eccezione (art. 1442, co. 4, c.c.).

Se, invece, è richiesto l'annullamento, il giudice, secondo la dottrina maggioritaria¹²⁴, accertata l'inosservanza di disposizioni sulla rappresentanza del minore, deve necessariamente accogliere la domanda.

Di diverso avviso è un autore¹²⁵ secondo cui il giudice non è tenuto ad annullare l'atto non previamente autorizzato ove lo ritenga necessario o di utilità evidente. Questa affermazione è da condividere, ma per le ragioni che seguono.

Certo da un lato suscita perplessità che il giudice abbia un siffatto potere discrezionale. Se egli non può imporre l'atto autorizzato ex art. 320, co. 3, c.c., perché, come si diceva, il rappresentante legale resta libero di compierlo, viene da concludere che non dovrebbe ammettersi alcuna valutazione giudiziale sull'opportunità di non annullare l'atto invalido, a fronte di una domanda di annullamento.

Dall'altro lato, tuttavia, si impone una riflessione che tenga conto del rafforzamento dello statuto giuridico del minore cui ha dato luogo, da ultimo, la riforma 2012/2013. Il giudice, ai sensi degli artt. 315-*bis*, co. 3, 336-*ter* c.c. e della legge di ratifica della Convenzione di Strasburgo sull'esercizio dei diritti dei minori (cui si aggiunge una comunicazione ministeriale dove si elencano i procedimenti cui si applica la

¹²³ Si legge in Cass., n. 2235/1990, in *Leggi d'Italia on line*, «l'autorizzazione di cui all'art. 320 c.c. non è diretta a conferire efficacia ad un negozio giuridico già formato, ma rappresenta un elemento costitutivo dello stesso, e pertanto deve sussistere al momento della sua conclusione e non può essere supplito da un'autorizzazione successiva». L'autorizzazione preventiva è dunque requisito di validità dell'atto.

¹²⁴ M. CINQUE, *Il minore contraente. Contesti e limiti della capacità*, Padova, 2007, 22 ed ivi ampia bibliografia.

¹²⁵ F. RUSCELLO, *La potestà dei genitori*, cit., 187 ss.

Convenzione tra cui gli artt. 322-323 c.c.), deve ascoltare il minore, al fine di consentirgli di curare da sé i propri interessi.

Ma allora non può escludersi il rigetto dell'azione di annullamento sulla base delle dichiarazioni rese dal minore stesso, il quale, esplicitamente e convintamente, abbia accettato l'atto compiuto in violazione del procedimento di cui all'art. 320, co. 3 c.c. In questo caso il minore, come si diceva sopra, potrebbe, attraverso il procedimento di cui all'art. 321 c.c., chiedere che il curatore speciale, appositamente nominato, venga autorizzato alla convalida.

Non può sfuggire come il diritto di autodeterminarsi del minore, desumibile dal diritto di essere ascoltato (art. 315-*bis.*, co. 3, c.c.), imponga una rilettura della categoria dell'incapacità legale¹²⁶. La quale non allude più, come in passato, al soggetto astratto, del tutto o in parte inetto a compiere atti giuridici e comunque estromesso dal procedimento formativo dell'atto (il minore e l'interdetto). L'aspetto più innovativo della contemporaneità è la rilevanza della volontà dell'incapace legale nel procedimento decisionale, quanto all'*an* e al contenuto di un determinato atto, pur compiuto dal suo rappresentante. Più in generale deve constatarsi il superamento dell'idea unitaria di soggetto di diritto, come emerge, nettamente, oltre che dalla nostra Carta costituzionale, nella dimensione giuridica europea¹²⁷.

¹²⁶ N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, 55 ss., sottolinea, riprendendo anche il pensiero di Rodotà, il passaggio avvenuto nel postmoderno «dall'astrattezza della soggettività alla concretezza della persona (...) assunta nella peculiarità dei suoi attributi individuali». La punta di emersione di questa evoluzione è l'art. 3, co. 2, Cost. che impone una legislazione incentrata sulle condizioni soggettive dei suoi destinatari, per valorizzarle (si noti che la Costituzione contiene numerosi richiami alla persona, non già al soggetto). La Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea distingue e così valorizza le diverse soggettività (anche se, è stato osservato, secondo la filosofia dell'individualismo e non del personalismo (P. PERLINGIERI, *Individualismo e personalismo nella Carta europea*, in *Carta europea e diritti ei privati*, a cura di G. Vettori, Padova, 2002, 334-335). Nella Carta, comunque, è stato lucidamente osservato, spiccano più gli individui con in loro diritti piuttosto che i tratti di un nuovo e diverso ordine politico europeo in antitesi ad uno vecchio (M. FIORAVANTI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea nella prospettiva del costituzionalismo moderno*, in *Carta europea e diritti dei privati*, cit., 206-208 e 216-218, qualifica la Carta come «un grande atto di ricognizione storica...più incisiva sul piano civile che politico»). Di conseguenza, nell'esperienza giuridica contemporanea, il giurista non può «creare schemi dietro i quali nascondere le differenze» tra le persone; al contrario egli deve consentire l'emersione di queste ultime, posto che la persona è tale in ragione delle sue irripetibili particolarità. Emblematico è l'istituto dell'amministrazione di sostegno, attraverso il quale il legislatore, spinto dalla migliore dottrina, ha riconfigurato la categoria dell'incapacità legale, togliendole quell'astrattezza che determinava, nell'applicazione concreta degli istituti di riferimento, una inaccettabile equiparazione tra soggetti in condizioni diverse.

¹²⁷ G. VETTORI, *Carta europea e diritti dei privati*, in *Carta europea e diritti dei privati*, cit., 61, nel trattare della libertà di iniziativa conclude che i suoi limiti «trovano una concretizzazione nella tutela delle singole soggettività del consumatore, dei mino-

Questo passaggio, sintetizzato con la locuzione «Dal soggetto alla persona»¹²⁸, notevole progresso dell'ordinamento giuridico, coinvolge tutte le figure di incapaci legali: il beneficiario dell'amministrazione di sostegno (arg. ex art. 410 c.c.)¹²⁹, l'interdetto, l'inabilitato (arg. ex art.

ri, degli anziani, dei disabili che la Carta assicura e che dovranno essere esplicitate meglio in futuro delimitando poteri e assicurando l'effettività dei diritti». La necessità ordinamentale di promuovere e di offrire protezione alle singole soggettività preclude - continua l'autore sulla scia del pensiero di M. R. Ferrarese - «una regola basata su di una individualità astratta sempre uguale a se stessa», mentre i criteri di regolazione risalenti alla tradizione liberale, come quello dell'uguaglianza, della laicità e della tolleranza appaiono in difficoltà di fronte ai problemi di una cittadinanza multiculturale e alle crescenti richieste di riconoscimento delle diversità». Questa affermazione palesa tutta la sua verità di fronte ai problemi del riconoscimento in Italia dello stato di figlio in un paese che ammette la surrogazione di maternità o della trascrivibilità del matrimonio omosessuale contratto altrove.

¹²⁸ Il celebre saggio «Dal soggetto alla persona», Napoli, 2007, su cui si tornerà tra breve, è contenuto anche in S. RODOTÀ, *Il diritto di avere di diritti*, Roma-Bari, 2012, 140 ss.

¹²⁹ Dalla lettura del saggio di G. LISSELLA, *Inabilitazione e interdizione: due arcaici istituti al crepuscolo*, in *Persona e mercato*, 2014, 2, 123 ss., si evince come l'evoluzione dell'ordinamento giuridico in tema di incapacità legale non sia terminata. Infatti i criteri elaborati dalla Cassazione per distinguere, nel caso di infermità mentale, l'ambito applicativo dell'amministrazione di sostegno da quello dell'interdizione e dell'inabilitazione mostrano un limite significativo. Essi rischiano di attirare nell'ambito dell'interdizione - l'inabilitazione è pressoché abrogata di fatto - casi che potrebbero essere adeguatamente regolati dall'amministrazione di sostegno, con il rischio, grave e inaccettabile, di violare il principio della minore limitazione possibile della capacità di agire (art. 1 l. n. 6/2004), giacché lo status di interdetto consta di una «morte civile». Perspicue sono le critiche che Lisella rivolge ai criteri giurisprudenziali - c.d. oggettivi - della residua capacità del soggetto debole di interagire con i terzi e soprattutto della consistenza patrimoniale e complessità o semplicità delle operazioni che il titolare dell'ufficio sarebbe chiamato a svolgere. Insomma la vigenza dell'interdizione e dell'inabilitazione fa calare sul sistema delle misure di protezione l'ombra sinistra della possibile violazione, in taluni casi concreti, del principio di uguaglianza.

In questo quadro in chiaroscuro si inserisce appropriatamente il nuovo e ambizioso progetto di legge redatto dal Prof. Cendon, presentato il 22.9.2014, intitolato «*Modifiche al Codice Civile e alle disposizioni sulla sua attuazione, concernenti il rafforzamento dell'amministrazione di sostegno e la soppressione dell'interdizione e dell'inabilitazione*», in www.personaedanno.it. Progetto che percorre quel pezzo di strada verso il rafforzamento della protezione dei malati psichici e l'ampliamento delle categorie di soggetti deboli meritevoli di protezione. Due sono i perni di questo progetto di legge: 1) l'abrogazione dell'interdizione e dell'inabilitazione; 2) l'introduzione della nuova categoria, in luogo dell'incapacità legale (che verrebbe eliminata), della «inadeguatezza gestionale». Si prevede che beneficiari dell'amministrazione di sostegno potranno essere, oltre ai consueti soggetti con patologie psichiche o fisiche, anche - questa è la novità - coloro i quali, per le ragioni più diverse non legate alla salute, siano privi della capacità di compiere atti rilevanti della vita quotidiana attinenti al piano organizzativo e gestionale (vi è, come si esprime la Relazione introduttiva al progetto di legge, «una mancanza di autonomia sul versante del fare», ciò che può riguardare, ad esempio, «gli isolati, gli abbandonati a se stessi, i manchevoli o eterodipendenti dall'esterno»). Il progetto di legge rafforza, inoltre, la residua autonomia del soggetto debole di compiere taluni atti personalissimi, consentendo anche a chi ha visto ridurre la propria capacità di agire di fare testamento o di donare sotto la sorveglianza del giudice

427, co. 1, c.c.) e, naturalmente, il minore d'età (arg. ex art. 315-*bis*, co. 3, c.c.), figura che ci interessa più da vicino.

Ma oltre al superamento della soggettività¹³⁰ e dell'indifferenza legislativa nei confronti delle condizioni materiali del singolo (astrattezza delle *regulae iuris*), c'è un altro aspetto rilevante, connaturato alla centralità della persona. È la tutela dei diritti inviolabili (art. 2 Cost.)¹³¹ quali categorie *a priori* della democrazia; tutela la quale, nel-

tutelare (cfr. nuovi artt. 591-*bis* e 775-*bis* del progetto di legge). Avremo non più l'incapace legale, ma soggetti supportati da una figura istituzionale - l'amministratore di sostegno - a compiere atti negoziali e, se del caso, ad esercitare diritti fondamentali. L'incapacità sarà non più legale, ma disposta, volta per volta, dal giudice con riguardo a specifici atti e/o diritti. Soltanto in casi estremi, il giudice potrà adottare una formula onnicomprensiva con cui privare il beneficiario della capacità di compiere tutti gli atti di natura personale. Il giudice acquisterà maggiori poteri, la sua attività sarà più delicata e difficile, ma il passo racchiuso nel progetto di legge dianzi sintetizzato appare necessario, per innalzare ulteriormente il livello di civiltà giuridica del nostro Paese.

¹³⁰ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere di diritti*, cit., 143 ss., ricorda, tuttavia, come la soggettività, conquista della Rivoluzione francese e tratto fondamentale della modernità giuridica, sia una costruzione giuridica elaborata, da un lato, per eliminare le differenze tra gli individui (basate su elementi quali il ceto, il mestiere, la condizione economica, il sesso), dall'altro, per attribuire diritti a chi ne era escluso (anzitutto le donne). Il suo limite è stato quello di non saper attrarre a sé la complessità della società, poiché per lungo tempo beneficiario della soggettività «è stato soltanto il borghese maschio, maggiorenne, alfabetizzato, proprietario» (p. 146). La nostra Costituzione, invece, stabilendo «una relazione necessaria tra esistenza, libertà, dignità (... sociale) e sviluppo della personalità (in una dimensione segnata dall'eguaglianza)», si mostra attenta al profilo eminente della realizzazione di ogni persona in chiave non già individuale, ma sociale e relazionale. Tutte le persone devono potersi sviluppare: gli indigenti, chi, capace e meritevole, è privo di mezzi economici, la madre, il lavoratore e, per quanto ci interessa di più, il bambino. Il nuovo art. 315-*bis* c.c. costituisce un ulteriore passo in questa direzione. Sono soprattutto tre i diritti la cui attuazione crea le basi essenziali per il raggiungimento della finalità costituzionale: 1) il diritto all'assistenza morale da parte dei genitori; 2) il diritto di crescere in famiglia e, quindi, di sviluppare e conservare un rapporto sano con i propri genitori; 3) il diritto di autodeterminarsi. Il nostro ordinamento, quanto alla filiazione, si evolve nella giusta direzione e quand'anche questi diritti fossero già presenti nell'ordinamento (ricostruiti dalla dottrina e dalla giurisprudenza più accorte), essi rinvigoriscono, assumendo maggior rilievo sul piano sistemico. Rodotà sintetizza benissimo le tre fratture che hanno condotto, tra le altre cose, al passaggio «dal soggetto come mero centro di imputazione di situazioni giuridiche alla persona come via per il recupero integrale dell'individualità e per l'identificazione di valori fondativi del sistema» (pp. 161-164).

¹³¹ N. LIPARI, *Le categorie giuridiche*, cit., 80, scrive: «si diffonde sempre più il convincimento che quella che stiamo vivendo sia la stagione dei diritti, una stagione cioè in cui all'individuo, singolo o associato, non possono essere negate determinate tutele ritenute come imprescindibilmente legate al suo modo d'essere nel presente storico, per certi versi alla sua stessa dignità». L'affermazione di nuovi diritti è una conquista culturale, faticosa talvolta drammatica, insopprimibile tratto del presente e del futuro, stante la forza pervasiva del mercato, della tecno-scienza e di diversi fenomeni e problemi globali. La persona è stretta da diverse forze e deve ora reclamare diritti ora difenderli da nuovi insidiosi attacchi. Quanto mai attuale è, pertanto, l'attualizzazione della locuzione di Hannah Arendt «Il diritto di avere diritti» da parte di S. RODOTÀ, *Il diritto di avere di diritti*, cit., 7. Rodotà, come Lipari, lega la lotta per l'affermazione dei diritti fondamentali alle dimensioni essenziali della vita delle persone. Egli scrive a

la sua attuazione effettiva, contribuisce alla reinterpretazione - piuttosto frequente nel nostro tempo sospinto da nuove istanze, mutamenti sociali e desideri incessanti¹³² - di istituti e alla giustificazione di soluzioni ermeneutiche che, altrimenti, apparirebbero immotivate quando non apparentemente contrarie alla (supposta) lettera della legge e finanche al sistema ordinamentale.

L'attuazione dei diritti fondamentali e dei principi diviene decisiva per risolvere problemi inediti in tema di filiazione, generati dalla pluralità dei modelli familiari, dalla circolazione delle persone e dalle diversità degli ordinamenti giuridici. Lo si vedrà trattando della dibattuta problematica della *step child adoption*, cioè dell'adozione in casi particolari da parte dell'omosessuale del figlio del proprio partner.

Anche l'invalidità, disposta dal codice civile a tutela del minore, può essere giustificata, come si vedrà nel paragrafo successivo, attraverso il riferimento ai principi.

12. (SEGUE) APPLICAZIONI GIURISPRUDENZIALI DELL'ART. 322 C.C. IN PARTICOLARE SULL'ANNULLABILITÀ PARZIALE DEL CONTRATTO E SULL'APPLICABILITÀ DEI PRINCIPI.

Secondo una diffusa tesi dottrinale¹³³, condivisa da una risalente giurisprudenza¹³⁴, l'art. 322 c.c. si applica soltanto quando il rappre-

pag. 7 che «Il diritto di avere diritti connota la dimensione stessa dell'umano e della sua dignità, rimane saldo presidio di ogni forma di totalitarismo». Si pensi al principio dell'unicità dello stato di figlio, all'adozione omosessuale, al cambiamento di sesso e ai problemi di disuguaglianza che, a mio avviso, ancora permangono nonostante la recente legge sulle unioni civili, su cui si tornerà nella terza sezione del cap. III.

¹³² Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, Bari, 2011, *passim*, mostra come dall'epoca del fordismo e, quindi, da una società solida nell'organizzazione dell'esistenza degli individui, si sia passati ad un tempo storico liquido, in cui al bisogno si è sostituito il desiderio e a quest'ultimo il capriccio. Ciò ha determinato una rincorsa di tutti, spesso causa di infelicità e di insoddisfazioni, al sempre nuovo - mai provato o posseduto - in ogni ambito dell'esistenza umana sia materiale che relazionale. Questo approccio, per quanto interessa maggiormente il nostro discorso, può attentare alla sfera giuridica dei soggetti più indifesi, come i minori di età (cfr. p. 97). Il giurista, da parte sua, si avvede che tanto più in un società di «shopping continuo» - così si esprime Bauman - occorre potenziare l'effettività dei diritti fondamentali.

¹³³ L'art. 322 c.c. non dovrebbe applicarsi qualora il genitore abbia agito in nome proprio, senza pertanto dichiarare la propria qualità di rappresentante del figlio. C. PELOSI, *Sub. art. 322 c.c.*, cit., 379, ritiene che l'art. *de quo* sia applicabile agli atti compiuti senza la preventiva autorizzazione giudiziale o in difformità da quest'ultima, agli atti compiuti da un solo dei genitori anziché da entrambi, salve le ipotesi di rappresentanza disgiuntiva (art. 320, co. 1, c.c.), agli atti posti in essere dai genitori in conflitto di interessi e agli atti compiuti dal minore incapace anziché dai genitori nel nome e per conto di lui. Anche E. DEL PRATO, *Le annullabilità*, cit., 217, non riferisce l'ambito applicativo dell'art. 322 c.c. all'ipotesi in cui il rappresentante legale abbia agito in nome proprio.

¹³⁴ Cass., n. 1341/1981, in *Foro it.*, 1982, I, 508, con riferimento a un caso di

sentante legale del minore eserciti, sia pur illegittimamente, il potere rappresentativo. Perciò se vi è stata la *contemplatio domini*¹³⁵, pur mancando l'autorizzazione giudiziale o in spregio alle prescrizioni in questa contenute, l'atto è annullabile. Qualora, invece, i genitori agiscano in nome proprio, disponendo di un bene del figlio, saremmo fuori dal disposto dell'art. 322 c.c. L'atto è valido, ma il rappresentante legale risponderà del danno cagionato al rappresentato.

In un'interessante sentenza, la Cassazione ha respinto tale tesi, ritenendo applicabile l'art. 322 c.c. anche qualora il genitore, disattendendo il contenuto dell'autorizzazione giudiziale resa ai sensi dell'art. 320, coo. 3 e 4 c.c., abbia compiuto un acquisto non già in nome del figlio ma in nome proprio¹³⁶.

vendita da parte del genitore, in nome proprio, di un bene in comproprietà con il figlio minore, afferma che l'atto, quanto alla parte di spettanza del minore, non è annullabile ex art. 322 c.c. Si tratta di una vendita di cosa parzialmente altrui, la quale non è nulla, producendo gli effetti obbligatori di cui all'art. 1478 c.c. (disposizione, questa, ritenuta applicabile anche alla vendita di cosa parzialmente altrui). Cfr. analogamente Cass., n. 2299/1978, *mass.* in *Leggi d'Italia on line*, su un caso di vendita da parte del genitore, in nome proprio, di beni mobili di proprietà del figlio minore. Qui si pone un problema di difetto non già di capacità di agire dell'autore del negozio, ma del presupposto della legittimazione al negozio stesso, vertendosi pertanto in un'ipotesi di acquisto *a non domino*.

¹³⁵ Secondo Cass., n. 5371/1987, in *Leggi d'Italia on line*, l'espressa spendita del nome del rappresentato non è necessaria nella rappresentanza legale. In quest'ultima è sufficiente «da un lato la volontà, anche se tacita, di agire come rappresentante dell'incapace e, dall'altro, la consapevolezza [della controparte] di trattare con chi ha quella veste». Il genitore deve, nel corso della trattativa, dichiarare o fare intendere alla controparte che il bene di cui intende disporre è di proprietà del figlio.

¹³⁶ Cass., n. 12117/2014, in *Contratti*, 2015, 1, 5 ss., con nota di R. DE MEIO, *Annullamento parziale della compravendita stipulata dal genitore del figlio minore ed eterointegrazione della parte acquirente*, in *Fam. e dir.*, 2015, 5, 455 ss., con nota di M. CECCHI, *Annullamento del contratto ex art. 322 e potere di rettificca*, in *Giur. it.*, 2014, 12, 1 ss. (versione in *Leggi d'Italia on line*), con nota di M. COCCO, *Annullamento del contratto e rimedi a tutela dell'incapace*. Il caso è il seguente. Il giudice tutelare disponeva che il denaro ricevuto dalla minorenni a titolo di risarcimento del danno per un grave incidente stradale da ella subito dovesse essere utilizzato per l'acquisto di un fondo ad uso commerciale da intestare alla minore stessa. Il genitore disattendeva il provvedimento giudiziale, facendo intestare a sé stesso l'immobile. La figlia, divenuta nel frattempo maggiorenne, domanda l'annullamento del contratto di compravendita ai sensi dell'art. 322 c.c., specificando - e qui sta la particolarità - di volerne limitare gli effetti alla parte dell'atto che indica come acquirente il padre e non, come avrebbe dovuto essere, ella stessa. In sostanza l'attrice chiede che, attraverso l'annullamento parziale, si giunga a una correzione del contratto, in forza della quale attribuire alla medesima la proprietà dell'immobile. I giudici del merito rigettano la domanda in ragione dell'accoglimento della tesi maggioritaria sull'ambito applicativo dell'art. 322 c.c. Secondo la Corte d'Appello di Genova, unici rimedi esperibili sarebbero stati quelli di natura penale e un'azione civile per danni da esercitare contro il genitore. Si tratta di un caso che non ha precedenti nella casistica sull'applicazione dell'art. 322 c.c. Non risultano, infatti, azioni giudiziali con cui si sia domandata l'annullabilità parziale del contratto con conseguente deviazione degli effetti del medesimo a proprio vantaggio (*id est*: una sostituzione della parte contrattuale).

La motivazione, innovativa sotto più profili, merita di essere sintetizzata nei seguenti passaggi: 1) l'art. 322 c.c. non limita l'annullabilità alle ipotesi di esercizio illegittimo del potere rappresentativo, ricomprendendo, invece, tutti i casi di mancato rispetto «dei precedenti articoli». Dunque anche la fattispecie in cui il genitore agisca in nome proprio, impiegando il denaro della figlia difformemente dall'autorizzazione giudiziale, è riconducibile al dettato di cui all'art. 322 c.c.; 2) non vi sono problemi di tutela del terzo acquirente (figura quest'ultima che, comunque, nel caso di specie, non viene in rilievo) sia perché, ai sensi dell'art. 1445 c.c., gli effetti dell'annullamento per incapacità legale sono opponibili ai terzi, sia perché il venditore non ha alcun interesse a preferire che il fondo alienato sia intestato alla controparte in proprio o alla stessa quale rappresentante legale della figlia (avendo egli solo l'interesse a ricevere il corrispettivo); 3) non vi sono principi inderogabili che ostacolino il riconoscimento dell'annullabilità parziale. Sebbene quest'ultimo rimedio non sia espressamente previsto dal codice civile, l'istituto del mantenimento del contratto rettificato (art. 1432 c.c.) - continua la Cassazione - deve ritenersi applicabile analogicamente all'annullamento per incapacità legale «ed anche al caso in cui sia la stessa parte [non più incapace] a farne richiesta, ritenendo la soluzione conforme ai propri interessi, e non ne derivi alcun pregiudizio per la controparte».

La Cassazione conclude che la Corte d'Appello, cui è rinviata la causa, dovrà conformarsi ai predetti principi, dichiarando l'annullamento parziale del contratto di compravendita nella parte in cui indica come acquirente il padre e non la figlia. Il che comporta un cambio di titolarità del diritto di proprietà, restando immutata e valida la restante parte del contratto.

Alcuni autori hanno ingiustamente criticato tale pronuncia¹³⁷. In particolare viene difesa l'interpretazione restrittiva dell'art. 322 c.c., la quale, in verità, suscita perplessità. In ragione non soltanto dell'interpretazione letterale, ma soprattutto della finalità di tale articolo, legata alla protezione dell'interesse selezionato dal legislatore¹³⁸. La di-

¹³⁷ R. DE MEO, *Annullamento parziale della compravendita stipulata dal genitore del figlio minore (...)*, cit., ritiene che la decisione della Cassazione in parola sia fondata esclusivamente sull'equità e che essa spinga il giurista a richiamare quella letteratura sui confini dell'intervento giudiziale sul contratto, la quale ha segnalato i pericoli dell'eterointegrazione. Il giudizio è severo e non condivisibile come si cercherà di dimostrare nel testo. È bene però rilevare fin da subito che una decisione da parte della Suprema Corte di conferma della pronuncia d'Appello sarebbe risultata oltremodo formalistica e incomprensibilmente riduttiva della portata applicativa dell'art. 322 c.c. Anche M. CECCHI, *Annullamento del contratto ex art. 322 c.c. e potere di rettifica*, cit., 2 ss. (versione *on line*), critica l'ordinanza n. 12117/2014. Egli ribadisce l'esattezza della tesi dottrinale secondo cui l'art. 322 c.c. è applicabile solo ai casi cui il genitore abbia esercitato il proprio potere rappresentativo del figlio minore (*contemplatio domini*).

¹³⁸ P. PERLINGIERI, *L'interesse e la funzione nell'ermeneutica di Domenico Rubi-*

sposizione vuol sanzionare, in difesa del soggetto debole, l'esercizio illegittimo della responsabilità genitoriale e gli atti posti in essere in violazione del provvedimento giudiziale autorizzativo. Non vi sono motivi decisivi per depotenziare siffatto scopo¹³⁹, a fronte del quale non ha alcun rilievo l'aver agito nel nome del minore o in nome proprio. Opinando diversamente si affievolisce la tutela dell'incapace legale, il quale vedrebbe disattesa l'autorizzazione giudiziale senza poter ottenere la tutela più ragionevole¹⁴⁰ ed efficiente - quella invalidante - oltretutto prevista dalla legge.

no, estratto da Domenico Rubino, *Interesse e rapporti giuridici*, Napoli, 2009, vol. I, 7 ss., sottolinea come Rubino abbia anticipato la rilevanza - oggi indiscussa protagonista della giurisprudenza pratica e teorica - della valutazione degli interessi sottesi alle disposizioni che vengono in rilievo nella fattispecie concreta. Dare rilievo agli interessi non significa esporre l'interpretazione alla sostituzione della scelta legislativa con quella dell'interprete. Perlingieri sgombra il campo da questa obiezione, scrivendo che nell'opera di Rubino «è comunque rappresentata la necessità che l'interprete valuti attentamente gli interessi coinvolti nella fattispecie, sì da individuare la regola che di tali interessi offre la composizione maggiormente adeguata alle indicazioni dell'ordinamento, prendendo le distanze dalle applicazioni che finiscono con il sovrapporre le personali opzioni dell'interprete e sottolineando la necessità che la valutazione degli interessi sia compiuta secondo criteri enucleati dal «sistema» di diritto positivo» (corsivo mio). Cfr. anche pp. 9-10 in cui Perlingieri, nel riprendere un passo di Rubino, tiene a dire che la norma ricostruita dall'interprete, «estranea allo schema generale regolatore», non deve urtare «contro essenziali esigenze giuridiche».

¹³⁹ Si sostiene che la tesi dell'applicabilità dell'art. 322 c.c. anche all'ipotesi in cui il rappresentante legale agisca in nome proprio pregiudicherebbe la controparte, la quale non è in grado di conoscere la scorrettezza contrattuale del titolare dell'ufficio di diritto privato (M. CECCHI, *op. cit.*, 4 versione *on line* scrive di «azioni pregiudizievoli, imprevedute e imprevedibili» cui sarebbero esposti e terzi contraenti di buona fede). Ma siffatto rilievo non è sufficiente per contenere l'ambito applicativo dell'art. 322. Se il rappresentante legale elude l'autorizzazione giudiziale, che costituisce il presupposto di legittimità dell'atto da compiere, la conseguenza è l'invalidità dell'atto stesso. Il rappresentante legale non ha il potere di intestare a sé la proprietà del bene acquistato e pagato con provvista del rappresentato. La mancanza di legittimazione ad agire è sanzionata dal legislatore con l'invalidità, non con la sola tutela per equivalente. Si aggiunga che, sotto un profilo sistematico e di *policy* del diritto, l'incapace legale gode di una tutela prevalente sulla controparte del contratto e sugli aventi causa da questi ultimi (artt. 1445 e 2652 n. 6 c.c.).

¹⁴⁰ G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013, *passim*, svolge un ragionamento lucido e rigoroso, alimentato da una sana tensione che il giurista non dovrebbe mai smarrire verso la giustizia sostanziale (o «tutela reale»), sul tema delle conseguenze sul contratto della violazione di una norma imperativa di comportamento che non espliciti il rimedio. Egli non crede che la nullità del contratto possa essere predicata soltanto se è la legge a comminarla espressamente. Piuttosto l'interprete deve pervenire alla nullità ove quest'ultima appaia la soluzione più ragionevole, più adeguata e proporzionata in relazione alla *ratio* della disposizione violata e alla tutela degli interessi protetti dalla medesima, a prescindere dalla circostanza che la regola sia di validità o di comportamento. Questo metodo ermeneutico, ineludibile nel nostro sistema delle fonti e decisamente proficuo per comprendere il senso dell'art. 1418, co. 1 c.c., può essere applicato - è ciò che ci interessa di più - anche quando non sia chiaro l'ambito applicativo di una disposizione che preveda espressamente il rimedio, com'è con riguardo all'art. 322

Sotto quest'aspetto, quindi, la pronuncia della Suprema Corte è da condividere.

Ma le critiche più penetranti si sono concentrate su altri due profili: a) la Cassazione avrebbe forzato il rimedio dell'annullabilità parziale; b) sarebbe stato stravolto l'istituto del mantenimento del contratto rettificato.

Sul primo. Alcuni autori¹⁴¹ hanno osservato che la Cassazione avrebbe implementato l'ambito dell'annullabilità parziale, tradizionalmente ammessa con riguardo a singole clausole invalide, le quali, non incidendo in modo rilevante sull'equilibrio contrattuale, possono essere espunte dal contratto. Nel caso in esame, invece, il giudice del rinvio non dovrà limitarsi a eliminare una parte invalida, ma riscriverà il contratto, sostituendo la parte acquirente illegittima con quella legittima indicata nel provvedimento giudiziale di autorizzazione all'acquisto (*id est*: al padre la figlia).

Quanto al secondo profilo, ai sensi dell'art. 1432 c.c., com'è noto, spetta alla parte non in errore offrire di eseguire il contratto in modo conforme al contenuto che l'altra parte credeva di aver convenuto. La Cassazione, invece, rilevano i critici¹⁴², da un lato ha dato per pacifico che l'art. 1432 c.c. si applicasse anche all'annullabilità per incapacità legale, dall'altro, ha ritenuto che l'offerta di modifica del contratto potesse provenire anche dalla parte lesa, ossia dal soggetto divenuto maggiore d'età, il quale, oltretutto, non è neppure parte del contratto (avendo il genitore agito in nome proprio).

Vi sarebbero altre criticità. Il mantenimento del contratto rettificato è un istituto che, stando alla lettera della legge, si applica soltanto all'errore. Ora è vero che in dottrina si discute se esso sia estensibile analogicamente alla violenza e al dolo¹⁴³, ma nel nostro caso non vi è stato alcun errore (né propriamente dolo), bensì la preordinata volontà da parte del genitore di disattendere l'autorizzazione al fine di soddisfare un proprio interesse.

Sia consentito replicare che il riferimento della Cassazione al

c.c. Si segnala sempre di G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, *passim*, in cui l'autore dà maggiore sostanza giuridica al concetto di ragionevolezza, mostrandone la decisività nelle applicazioni pratiche.

¹⁴¹ M. CECCHI, *op. cit.*, 8 versione *on line*; R. DE MEO, *op. cit.*, 3 versione *on line*.

¹⁴² M. CECCHI, *op. cit.*, 8-11 versione *on line*

¹⁴³ Di tale dibattito dottrinale dà conto M. CECCHI, *Annullamento del contratto ex art. 322 e potere di rettifica*, cit., 9 ss. (versione *on line*), ma la *ratio decidendi* della pronuncia della Cassazione non sta, come si vedrà subito nel testo, nell'applicazione dell'art. 1432 c.c. La Suprema Corte, infatti, dopo aver ammesso l'applicabilità dell'art. 322 c.c. al caso concreto ed aver accolto la tesi della configurabilità dell'annullabilità parziale, aggiunge una considerazione volta a giustificare la salvezza di parte del contratto. È a tal proposito che i giudici di legittimità richiamano l'art. 1432 e il principio di conservazione del contratto che lo ispira. L'affermazione secondo cui tale norma «è da ritenere applicabile all'incapacità legale» non è decisiva dell'esito interpretativo cui perviene la Cassazione.

mantenimento del contratto rettificato è funzionale soprattutto a giustificare l'annullabilità parziale, quale espressione del principio sistemico di conservazione del contratto. La *ratio decidendi* della pronuncia sta tutta nell'applicazione dell'art. 322 c.c.

In definitiva la Cassazione ha accordato una tutela in forma specifica, consistente nel far ottenere al soggetto divenuto capace legale esattamente ciò di cui aveva bisogno e che era stato regolarmente autorizzato dal giudice (*id est*: la titolarità della proprietà di un fondo a uso commerciale). I giudici di legittimità hanno dimostrato una spiccata sensibilità per l'interesse sostanziale dell'attore¹⁴⁴, cercando di soddisfarlo attraverso un approccio ermeneutico rimediale.

Utilizzando quest'ultimo aggettivo non si vuol certo sovrapporre - sebbene un avvicinamento vi sia stato - il nostro ordinamento a quelli di *common law*, i quali hanno tramandato al diritto europeo la categoria del rimedio¹⁴⁵. Si vuol solo rilevare come il giudice, sul presupposto della violazione di una situazione giuridica soggettiva - nel caso di specie il diritto a che siano osservate le regole legali per la valida negoziazione di un incapace legale - scelga il rimedio più adeguato in funzione dell'interesse del soggetto leso, protetto dalla legge.

Il giudicante, quindi, di fronte ad una domanda di tutela, ricerca un

¹⁴⁴ G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Napoli, 2011 (seconda edizione), 49 ss., sulla scia di un'autorevole dottrina (P. Perlingieri e P. Femia), incentra la soluzione del problema giuridico della possibilità di convalidare le nullità di protezione sull'interesse del caso concreto e della regola specifica di riferimento. Egli coerentemente rifiuta il metodo deduttivo a favore di quello induttivo, che muove proprio dall'interesse specifico e non già dalla disposizione generale. Secondo questa metodologia - più confacente all'attuale quadro delle fonti del diritto - occorre verificare se l'interesse concreto sia espressivo di valori fondamentali. Ciò consente di valutare l'interesse sotto il profilo qualitativo, operazione, questa, essenziale per effettuare successivamente il bilanciamento con altri interessi diversi o contrapposti rispetto a quello in esame. A questo proposito è utile ricordare che la minore età è una condizione protetta dalla Costituzione (artt. 30, 34, ma cfr. soprattutto l'art. 31, co. 2, in cui si assegna alla Repubblica il compito di proteggere «l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti [quindi anche i rimedi contrattuali] necessari a tale scopo») e dalla normativa sovranazionale già più volte richiamata (ma cfr. l'art. 24, co. 1, Carta dei diritti fondamentali dell'UE in cui si stabilisce che «i minori hanno diritto alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere»).

¹⁴⁵ S. MAZZAMUTO-A. PLAIA, *I rimedi nel diritto privato europeo*, Torino, 2012, 2 ss., rilevano come l'approccio rimediale dei paesi di *common law* è una tecnica di costruzione dell'ordinamento giuridico opposta a quella adottata dalla tradizione di *civil law*. Lì la tutela non postula necessariamente un diritto positivo tipizzato, ma muove dall'interesse fatto valere e, se del caso, lo giuridicizza riconoscendo un rimedio. Negli ordinamenti di *civil law*, l'azione giudiziale postula la violazione di una preconstituita situazione giuridica soggettiva (diritto soggettivo, interesse legittimo, interesse giuridicamente rilevante). Gli autori non mancano di rilevare, tuttavia, come la prospettiva costituzionalmente orientata abbia determinato l'abbandono della rigida tipizzazione dei rimedi, «in favore di un principio generale di tutelabilità del diritto e, dunque, di una tutela modellata semplicemente sulla natura dell'interesse sotteso al diritto medesimo» (p. 6-7).

rimedio effettivo («giusto»), capace di cogliere, e così salvaguardare, l'interesse sostanziale del danneggiato¹⁴⁶. Egli si comporta quasi come un giudice di *common law*: «mira a conoscere quale soluzione concretamente l'ordinamento offre ad un individuo di fronte alla violazione di un suo interesse»¹⁴⁷. Si può dire che l'effettività del rimedio è condizione imprescindibile affinché la lesione del diritto sia efficacemente rimossa, con conseguente ripristino della situazione giuridica soggettiva protetta dall'ordinamento¹⁴⁸.

L'esigenza di riconoscere all'attore un rimedio effettivo determina una tensione ermeneutica che non si appaga della sussunzione, della logica della fattispecie astratta/fattispecie concreta, ma va ben oltre. Tanto più è da respingere la metodica della soluzione teorica precostituita, che opera a prescindere da una sua riconsiderazione alla luce del caso concreto. Allo stesso tempo, l'interprete non può certo approdare a ciò che è *extra ordinem*, né farsi guidare da una generica propensione dell'ordinamento all'effettività della tutela¹⁴⁹. Egli - è stato scritto -

¹⁴⁶ A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, 7 ss., è stato uno dei primi autori che, studiando le tutele civili, ha rilevato come il piano del principio del giusto processo (art. 111 Cost.) è diverso da quello dell'effettività della tutela. Il primo allude alla correttezza del procedimento giudiziale, il quale deve svolgersi «nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti ad un giudice terzo e imparziale». Il secondo piano evoca, invece, il tema della sentenza giusta che, se è davvero tale, applica un rimedio effettivo, ossia in grado di far «ottenere nel processo tutte le utilità che l'interesse protetto accorda al soggetto titolare» (G. VETTORI, *Il contratto europeo fra regole e principi*, Torino, 2015, 161). La dottrina più recente ha legato questi due piani, affermando che «il processo giusto (art. 111 Cost.) e equo (art. 6 CEDU e art. 47 CDFUE) non può prescindere dalle tutele sostanziali da rivedere assieme a quelle processuali bilanciando interessi e valori perché “giusto e equo...sono qualificazioni che non si esauriscono nel richiamo al principio di legalità, ma richiamano... il sistema dei valori sotteso alle regole» (così ancora Vettori che a p.162 riprende le parole di Dalfino).

¹⁴⁷ S. MAZZAMUTO-A. PLAIA, *I rimedi nel diritto privato europeo*, cit., 2, rilevano esattamente che: «la prima comparsa nella versione *civilian* del rimedio si presenta...- come conseguenza della discesa del principio di effettività di cui all'art. 24 Cost. e come un ripudio del concettualismo della tradizione continentale e degli antichi steccati tra diritto sostanziale e diritto processuale» (p. 16).

¹⁴⁸ Solo se il rimedio è effettivo, il processo dà a «chi ha un diritto tutto quello e proprio quello che egli ha diritto di conseguire» (G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, rist., 1965, 81).

¹⁴⁹ C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, 193 ss., in part. p. 196 (e nota 247), stigmatizza giustamente l'utilizzo del principio di effettività della tutela quale via per esercitare azioni giudiziali prive dei presupposti di legge e dunque per disapplicare la legge. Ma Castronovo va oltre: egli ritiene che l'effettività sia uno pseudo-principio che, nell'argomentazione giuridica, finisce per essere un riferimento inutile o «un'indebita aggiunta rispetto alla tutela ricavabile dalla legge» (p. 220 ss.). Quest'affermazione non è di poco conto, tuttavia, il principio di effettività non è e non può essere - stante il suo aggancio a diverse norme sovraordinate alla legge, indicate più avanti nel testo - ininfluenza nella costruzione della soluzione da applicare al caso concreto. Esso contribuisce, muovendo dal fatto della vita, alla ricostruzione di senso della

può giungere al rimedio «tutt'al più, in concreto, in via di induzione dal dato positivo a vocazione rimediale»¹⁵⁰, nella consapevolezza che uno stesso interesse può generare più bisogni di tutela e, quindi, più rimedi¹⁵¹; anche in concorrenza tra loro¹⁵² a scelta del soggetto leso.

Questa linea di pensiero è stata sviluppata da chi¹⁵³ ritiene che la situazione giuridica sottesa al fatto, valutato nel sistema delle fonti, debba beneficiare di una protezione adeguata da ricondurre, ove questa manchi, «ad uno standard costituzionale interno o comunitario attraverso un'interpretazione integrativa, legittimata da una fonte costituzionale».

Ebbene, tornando al nostro caso, indubbiamente vi è stato un impiego innovativo ma pur sempre ragionevole - al di qua del limite di rottura - degli istituti coinvolti nella fattispecie concreta. Non costituisce un azzardo giuridico l'applicazione al caso *de quo* dell'annullabilità parziale, istituto accolto da larga parte della dottrina¹⁵⁴ pur nel si-

disposizione di legge e del rimedio offerto dall'ordinamento, così da applicarlo in modo funzionale alla protezione dell'interesse concreto giuridicamente rilevante, sotteso al fatto stesso. Se l'esito interpretativo deve essere conforme alla verità - quindi alla giustizia - o quanto meno avvicinarsi il più possibile a questa, l'effettività del rimedio instaura una proficua ed irrinunciabile tensione dell'interpretazione - da non svilire - verso una soluzione che appaia oggettivamente giusta. Ed essa è tale soltanto ove risulti la «più conveniente e adatta, più appropriata e congrua, a soddisfare le esigenze pratiche che sono alla base del concreto e storico fatto della vita, da cui il procedimento ermeneutico ha preso le mosse» (così V. SCALISI, *Per una ermeneutica giuridica 'veritativa' orientata a giustizia*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 6, 1249 ss., ma cfr. p. 11 versione in *Leggi d'Italia on line*). Tale esito, secondo Scalisi, va perseguito in forza del principio «di convenienza o adattabilità dell'effetto al fatto». Scalisi chiarisce anche che è da considerare adatta e conveniente soltanto quella regola che sia in grado di cogliere il valore contenuto nel fatto (dotato, quest'ultimo, di essere e di dover-essere), «attraverso la lettura della giuridicità ordinamentale della vita sociale» (l'autore, a quest'ultimo proposito, parla anche di «dover-essere che scorre nella vita della società»).

¹⁵⁰ Così S. MAZZAMUTO-A. PLAIA, *I rimedi nel diritto privato europeo*, cit., 9.

¹⁵¹ Come pure, secondo S. MAZZAMUTO-A. PLAIA, *op. ult. cit.*, 16, vi può essere il caso in cui interessi diversi diano luogo allo stesso bisogno di tutela e, quindi, al medesimo rimedio (c.d. fungibilità o circolarità dei rimedi).

¹⁵² G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, cit., 90-91, argomenta questa tesi dagli artt. 7 e 7-bis del d. lgs. n. 231/2002 (lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali) e, più in generale, dall'art. 24 Cost.

¹⁵³ G. VETTORI, *La giurisprudenza come fonte del diritto privato*, in *Jus civile*, 2017, 1, 65-66, il quale propende per una «considerazione critica del fatto» nella complessità delle fonti del diritto dei privati; il che «orienta e delimita la tutela sostanziale della situazione soggettiva o del conflitto perché consente di *conoscere* il fatto, nella sua essenziale manifestazione della diversità e delle differenze, e di valutarlo tramite il principio di effettività rispetto ad un ordine descritto negli articoli 117, 2, 24 Cost., 13 Cedu e 47 Carta di Nizza».

¹⁵⁴ R. TOMMASINI-E. LA ROSA, *Dell'azione di annullamento*, Artt. 1441-1446, Milano, 2009, 246 ss. M. FRANZONI, *Dell'annullabilità del contratto*, cit., 36-38, sintetizza efficacemente le ragioni contrarie all'applicazione analogica dell'art. 1419 c.c. all'istituto dell'annullabilità. Egli, seppur concorde in linea di massima con l'inapplicabilità

lenzio del codice civile. La correzione del contratto è connaturata all'invalidità solo di una parte del medesimo, così come accade con la nullità parziale (art. 1419 c.c.) e, più in generale, con le nullità di protezione (art. 36 d. lgs. n. 206/2005), le quali conformano - talvolta aprendo la strada alla sostituzione di diritto (cfr. art. 117, co. 7, t.u.b.) - il contenuto del contratto¹⁵⁵.

Va riconosciuto che la conformazione del contratto è una tecnica di tutela in netta ascesa nel nostro ordinamento, come si evince da quelle disposizioni con riguardo alle quali si è finemente parlato di «informazione/fattispecie»¹⁵⁶. Ma allora non vi è alcuna stranezza nell'aver il giudice disposto la sostituzione dell'acquirente; la quale non è altro che un effetto conformativo dell'annullabilità parziale, necessario per la sopravvivenza del contratto e per la salvaguardia dell'interesse dell'incapace legale¹⁵⁷.

Non vi è stata alcuna riscrittura delle clausole contrattuali da parte del giudice, il quale ha semplicemente garantito, attraverso un uso finalistico dell'invalidità, il dover essere giuridico.

Secondo la dottrina più moderna¹⁵⁸, l'invalidità deve essere rico-

dell'annullabilità parziale ai vizi del consenso, non esclude in assoluto che vi possa essere un contratto annullabile solo in parte. Cfr. l'ampio e specifico studio di A. NATUCCI, *L'annullabilità parziale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, 569 ss.

¹⁵⁵ V. SCALISI, Id., *Autonomia privata e regole di validità: le nullità conformative*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 6, 735 ss.; G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit., 71 ss.; S. PAGLIANTINI, *Nuovi profili del diritto dei contratti*, Torino, 2014, 110 ss.

¹⁵⁶ G. GRISI, *Spigolando su causa, derivati, informazione e nullità*, in *Persona e mercato*, 2015, 4, 155 ss., dimostra, con grande efficacia argomentativa, che le regole di comportamento sono state trascinate sul terreno del giudizio di validità (cfr. artt. 49, co. 5, e 72, co. 4, cod. cons.). E, talvolta, anche quando l'informazione non è stata contrattualizzata dal legislatore (cfr. art. 67- *undecies*, co. 1, cod. cons.), essa non la si può considerare comunque estranea al contratto (cfr. art. 67- *duodecies*, co. 1, cod. cons.). Per un approfondimento di questa rilevantissima tematica cfr. F. RENDE, *Informazione e consenso nella costruzione del regolamento contrattuale*, Milano, 2012, *passim*, e, più di recente, dello stesso autore cfr. anche, *Sub. artt. 48 e 49 cod. cons.*, in *La riforma del codice del consumo. Commentario al d.lgs. n. 21/2014*, a cura di G. D'Amico, Padova, 2015, 109 ss. e *Violazione di regole informative e rimedi a dieci anni dalle sentenze Rordorf*, in *I contratti*, 2017, 2, 201 ss.

¹⁵⁷ G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, cit., 88, afferma che la conservazione del negozio, che si realizza anche attraverso lo strumento della «nullità conformativa (parziale) (...), prevarrà soltanto quando risulterà più efficace, in relazione agli interessi inderogabili di tutelare». Ora, nel caso concreto di cui si sta discutendo nel testo, è evidente che la conservazione del contratto, attraverso l'annullabilità parziale, è la soluzione che meglio tutela l'interesse dell'incapace ad ottenere la proprietà e quindi a far valere il mancato rispetto del procedimento legale di conclusione del contratto, che avrebbe dovuto garantire proprio l'acquisizione del bene in proprietà. Da qui la necessaria sostituzione dell'acquirente.

¹⁵⁸ G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995, 173 ss.; S. PAGLIANTINI, *La nullità di protezione tra rilevanza d'ufficio e convalida: lettere da Parigi e dalla Corte di giustizia*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, 3, 139 ss.; G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità*

struita come rimedio non già di fattispecie, ma funzionale alla tutela dell'interesse giuridico concreto della persona, al di là di astrattezze e di rigidi formalismi. Questo processo evolutivo, avviato dalle nullità di matrice europea, ha riguardato anche l'annullabilità, interessata da nuovi indici di rilevanza¹⁵⁹.

In difesa della sentenza della Cassazione, può aggiungersi che la soluzione ermeneutica accolta ha ben attuato il principio della preminenza dell'interesse del minore in tutti gli atti compiuti da autorità pubbliche (dunque anche dai giudici), come dispone l'art. 24, co. 2, Carta dei diritti fondamentali UE. Interesse che prevale anche sulla posizione dei creditori che abbiano trascritto o iscritto formalità pregiudizievoli sul diritto di proprietà; diritto trasferito in forza di un contratto annullato per incapacità legale nel quinquennio dalla data della trascrizione dell'atto impugnato (art. 2652 n. 6 c.c., cfr. *amplius supra* § 11)¹⁶⁰.

Il riferimento al preminente interesse del minore è entrato nell'argomentare dei giudici e nel loro approccio al problema specifico, che, come si scrive spesso, deve essere risolto attraverso una sentenza giusta. Il tema della giustizia della decisione, attuale e decisivo nelle tutele, non può certo essere qui affrontato, se non con una sottolineatura. Di recente un'attenta dottrina¹⁶¹ ha legato la giustizia del provvedimento giudiziale all'effettività della tutela (e non solo), la quale soltanto «consente di ottenere nel processo tutte le utilità che l'interesse protetto accorda al soggetto titolare».

di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici, cit., 58 ss., con un'argomentazione serrata e convincente, risolve, diversificando le fattispecie legali, il problema dell'ammissibilità della convalida delle nullità di protezione. Decisiva è la valutazione dell'interesse finale protetto dalla norma e della disponibilità dello stesso. All'affermazione di G. Perlingieri secondo cui «la categoria del negozio nullo non è mai stata rigida e monolitica» (p. 93) può aggiungersi che neppure quella del negozio annullabile lo è stata (artt. 119-122 c.c., art. 2377 c.c.).

¹⁵⁹ Ne danno conto R. TOMMASINI-E. LA ROSA, *Dell'azione di annullamento*, cit., 26 ss.

¹⁶⁰ Dissente da ciò M. CECCHI, *op. ult. cit.*, 11 (versione on line).

¹⁶¹ G. VETTORI, *Controllo giudiziale del contratto ed effettività delle tutele*, in *Nuove leggi civili comm.*, 2015, 1, 151 ss. (v. pag. 5 versione in *Leggi d'Italia on line*), sottolinea come il diritto ad un rimedio effettivo esige «un ripensamento e adeguamento delle tutele che nel processo devono garantire la piena soddisfazione di ogni diritto e interesse tutelato». La giustizia e l'equità, continua l'autore, esigono il richiamo al principio di legalità ma anche al «sistema di valori sotteso alle regole». In quest'ottica, la soluzione della Cassazione, ord. 12117/2014, cit., attua una tutela effettiva dell'incapace e segnatamente del suo diritto di disporre validamente del proprio patrimonio solo attraverso l'osservanza, da parte del legale rappresentante, delle regole a tal fine preposte. La concessione dell'autorizzazione giudiziale e il rispetto del suo contenuto sono presupposti essenziali di validità dell'atto eccedente l'ordinaria amministrazione. Ebbene se nel caso di specie la tutela effettiva si garantisce soltanto mediante l'annullabilità parziale del contratto, con sostituzione dell'acquirente, non c'è ragione, né di sistema né di tenuta degli istituti coinvolti, di riconoscere solo un'azione risarcitoria nei confronti del genitore esercitata dalla figlia divenuta nel frattempo maggiorenne.

Nella sentenza Cir/Fininvest¹⁶² si qualifica il principio di effettività quale «regola cardine dell'ordinamento costituzionale» (artt. 24 Cost., 8 Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, 13 Cedu e 47 Carta diritti fondamentali UE). In essa si afferma altresì che effettività della tutela significa «diritto ad un rimedio adeguato al soddisfacimento del bisogno di tutela di quella specifica, unica, talvolta irripetibile situazione sostanziale di interesse giuridicamente tutelato»¹⁶³.

¹⁶² Cass., n. 21255/2013, in *Danno e resp.*, 2014, 2, 123 ss., con nota di G. VETTORI, *Validità, responsabilità e cumulo dei rimedi*; ivi con nota di G. PONZANELLI, *Il danno per la corruzione del giudice*; ivi con nota di G. LENER, *La retta via per il risarcimento del danno?*; ivi con nota di P. G. MONATERI, *Revocazione ex art. 396 c.p.c. e azione risarcitoria: a government of the judges, by the judges and for the judges*; in *Corr. giur.*, 2014, 2, 113, con nota di S. PAGLIANTINI, *Il danno (da reato) e il concetto di differenza patrimoniale nel caso Cir-Fininvest: una prima lettura di Cass., n. 21255/2013*; C. SCOGNAMIGLIO, *Effettività della tutela e rimedio risarcitorio per equivalente: la Cassazione sul caso Cir c. Fininvest*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, 46 ss. Cfr. anche la lucida critica che C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., 193 ss. in part. p. 201, rivolge alla motivazione della Cassazione (soprattutto con riguardo alla natura della responsabilità extracontrattuale e al tipo di interesse positivo, erroneamente e contraddittoriamente individuati dai giudici), non negando egli la risarcibilità del danno subito dalla Cir, ma riconducendolo - ciò che non è avvenuto - esclusivamente al giudizio rescissorio.

¹⁶³ Cass., n. 21255/2013, cit., indica le diverse sfaccettature del diritto di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti (art. 24, co. 1 Cost.). Esso implica non solo il diritto di accesso al giudizio e di esercizio in esso di un determinato potere processuale, ma anche il diritto alla «misura appropriata alla soddisfazione del bisogno di tutela». S. PAGLIANTINI, *Diritto giurisprudenziale e principio di effettività*, in *Persona e mercato*, 2015, 4, 135-137, coglie il collegamento tra Cass., n. 12117/2014 e Cass., n. 21255/2013, sebbene l'esito giuridico sia speculare, perché nel caso Cir-Fininvest è il rimedio invalidante ad essere inutile in punto di tutela effettiva (stante l'impossibilità di una riduzione in pristino), così da imporsi una tutela risarcitoria, mentre in quello deciso da Cass. n. 12117/2014 è la tutela risarcitoria ad essere inadeguata e ineffettiva rispetto al rimedio della invalidità parziale. Ciò che accomuna però le due pronunce è proprio la logica rimediale che ha guidato il giudicante: egli ha riletto talune disposizioni perché la loro applicazione formalistica avrebbe cancellato le peculiari circostanze di fatto, accogliendo un rimedio inadeguato a fronte di un altro - quello poi accolto - il solo in grado di assicurare un ristoro per il danno patito. Pagliantini, consapevole naturalmente di talune criticità della motivazione, sembra apprezzare Cass. n. 12117/2014 come si evince dalle seguenti parole: «se, quando per un'incertezza delle restituzioni conseguenti alla caducazione retroattiva del contratto, può aversi una domanda di risarcimento danni suppletiva all'impossibilità di una *restitutio in integrum* [n.d.r. il riferimento è al caso Cir-Fininvest], non si vede per quale ragione, quando si possa rimuovere il danno soltanto in forma specifica e l'interesse processualmente dedotto sia di rango primario, dovrebbe darsi una mera tutela per equivalente, tecnica che non scalza il pregiudizio e non dissuade [n.d.r. il riferimento è a Cass. n. 12117/2014]». Osserva ancora Pagliantini che il principio di effettività darebbe «...quella copertura tecnica altrimenti mancante». C'è verità anche in quest'ultima affermazione, se con essa si vuol dire che la tensione verso l'effettività implica uno sforzo interpretativo proteso - ove possibile nel sistema giuridico - a superare sterili dogmi o interpretazioni troppo rigide sganciate dall'interesse sostanziale, l'accoglimento delle quali nel caso concreto precluderebbe il recupero dell'utilità illegittimamente sottratta,

Se, dunque, il rimedio deve saper cogliere la particolarità della posizione giuridica soggettiva che viene in rilievo, realizzando così pienamente l'interesse fatto valere, è evidente che, nel caso deciso dalla Cassazione, soltanto il cambio di intestazione della titolarità dell'immobile avrebbe raggiunto davvero lo scopo rimediabile. L'alternativa (suggerita dai giudici di merito) del risarcimento del danno da richiedere al genitore (il quale è responsabile anche penalmente ex art. 570, co. 2, n. 1 c.p.) avrebbe rappresentato una tutela, nel migliore delle ipotesi¹⁶⁴, solo parziale e inadeguata rispetto all'interesse da tutelare, in violazione proprio del principio di effettività della tutela.

Ugualmente inefficiente sarebbe stato il rimedio dell'annullabilità totale, a cui, oltretutto, avrebbe dovuto aggiungersi l'azione di restituzione del prezzo di vendita.

È quanto mai evidente che l'ossequio al principio di effettività non autorizza il giudice né l'interprete ad aggirare il dettato normativo, attuando la propria idea di giustizia e di equità, accogliendo una soluzione a-sistemica. La sola dimensione soggettiva dell'interpretazione tradisce il diritto e la professione di giurista. Come è stato finemente argomentato¹⁶⁵ «Ontologia e metodo sono *due prospettive* che *si intrecciano integrandosi* reciprocamente nel procedimento ermeneutico, avvolto nella soggettività dell'interprete e del suo vissuto. Questo è il senso più completo che deve darsi al conclamato *ingresso dell'interprete nel circolo ermeneutico*, come esso è».

L'effettività della tutela deve essere perseguita, muovendo dal testo e ritornando a quest'ultimo¹⁶⁶, attraverso la padronanza storica de-

negando così giustizia. Anche C. SCOGNAMIGLIO, *Quale futuro per i danni punitivi? (Aspettando la decisione delle Sezioni Unite)*, in *Giust. civile.com.*, 2017, 8 ss., considera l'effettività della tutela un principio costituzionale che, come ha sottolineato Vetori, non influisce sull'*an* della protezione ma «sulle modalità di applicazione della tutela più efficiente».

¹⁶⁴ Nel caso di specie, infatti, il genitore-rappresentante legale era oberato di debiti, perciò difficilmente avrebbe avuto la provvista per risarcire il danno alla figlia. L'immobile a sé intestato era stato già gravato da formalità pregiudizievoli.

¹⁶⁵ G. BENEDETTI, *Oggettività esistenziale dell'interpretazione*, Torino, 2014, 259, muovendo dal pensiero di Heidegger (l'uomo esiste comprendendo: «l'esserci, comprendendo, è il suo CI») e attraverso il pensiero di Betti e Gadamer, afferma che nel procedimento ermeneutico si intrecciano la soggettività (il vissuto) dell'interprete e l'impiego degli strumenti concettuali dell'interpretazione elaborati dalla comunità scientifica. Così è sempre possibile qualificare il giudizio giusto o ingiusto, corretto o scorretto. È evidente, quindi, per ammissione dello stesso autore, che egli non predica affatto l'ontologia della comprensione al posto dell'epistemologia dell'interpretazione, ma la sintesi, nell'interpretazione, di ontologia e epistemologia.

¹⁶⁶ G. BENEDETTI, *Oggettività esistenziale dell'interpretazione*, cit., 260-265, rileva come il testo giuridico costituisca l'argine del coinvolgimento esistenziale dell'interprete nel senso che quello non può essere stravolto da questo (vedremo come anche N. Irti insista molto sul testo della legge, quale baluardo contro la degenerazione dell'interpretazione). Ed è qui che si innesta il discorso sugli statuti epistemologici della scienza giuridica

gli statuti epistemologici della metodica¹⁶⁷ e una motivazione rigorosa e convincente, che si iscriva nel contesto della legalità costituzionale, aperta a un sistema delle fonti complesso e multilivello (art. 117 Cost.). Si richiede perciò un'ermeneutica che, una volta individuato l'interesse giuridicamente rilevante, muova dalle disposizioni di legge pertinenti, per poi sposarsi sul piano dei valori e dei principi costituzionali, della dimensione europea e internazionale del diritto; immergendo in tutto ciò il problema specifico¹⁶⁸.

È un fuor d'opera soffermarsi in questa sede sulla rilevanza dei principi e dei valori nel procedimento ermeneutico. Preme solo richiamare l'insegnamento di chi ritiene che i principi «non stanno di contro o di fuori dalle norme, ma sono, essi stessi, norme di grado superiore»¹⁶⁹. I principi, espliciti (espressamente previsti dalla legge) o impliciti (ricavati per induzione da un insieme di norme particolari), si differenziano dalle norme-regola sotto il profilo del modo di applicazione: si pratica non già la tecnica della sussunzione, ma quella del bilanciamento dei beni e degli interessi protetti (è un confronto tra norme).

Slegare i principi dai testi legislativi implica - secondo l'impostazione in parola - un rovesciamento del principio di legalità «nell'assoluto intuizionismo e volontarismo del giudicante»¹⁷⁰.

Natalino Irti rigetta, invece, l'applicazione dei valori, i quali darebbero libero sfogo alla soggettività del giudicante¹⁷¹. A parte questo aspetto, ciò che viene stigmatizzato maggiormente è l'applicazione del principio indipendentemente dalle norme di fattispecie, poiché tale atteggiamento dell'interprete condurrebbe a esiti ermeneutici in libertà,

¹⁶⁷ G. BENEDETTI, *Oggettività esistenziale dell'interpretazione*, cit., 253 ss., osserva che «gli statuti epistemologici mutano in relazione al tempo, ai fini, all'oggetto».

¹⁶⁸ Osserva acutamente S. PAGLIANTINI, *Diritto giurisprudenziale e principio di effettività*, cit., 136, rileggendo una prolusione di Andrioli del 1958, che il principio di effettività sta «innovando il diritto contrattuale attraverso il processo, spostando il baricentro dal fondamento di un istituto agli interessi che questo o quel rimedio mirano a soddisfare». Il che dovrebbe risolversi in un ampliamento, un adeguamento di quell'istituto che si modella, fin quando è possibile, sulle vicende umane. Ebbene, può aggiungersi che questa considerazione vale anche con riguardo alla filiazione, alla tutela del minore e, come si vedrà in seguito, alla costituzione dello stato figlio oltre l'esistenza del legame biologico.

¹⁶⁹ N. IRTI, *I cancelli delle parole*, cit., 22.

¹⁷⁰ N. IRTI, *I cancelli delle parole*, cit., 24.

¹⁷¹ N. IRTI, *I cancelli delle parole*, cit., 30, afferma che: «Le leggi, appese ai valori, non ne guadagnano in prestigio e autorità, ma soltanto permettono all'interprete di aggirarle e di invocare più alta e nobile fondazione, sostituendo all'oggettività del testo normativo l'intuizionismo dei singoli. Salire dalle norme ai valori sta a provare che le norme sono insufficienti a decidere il caso e che i valori non sono "positivizzati", sicché il campo rimane dominato per intero dalla soggettività del giudicante». Anche A. BELVEDERE, *Valori e interpretazione*, in *Scritti giuridici, Linguaggio e metodo giuridico*, Milano, 2016, vol. I, 561, avverte il pericolo della sovrapposizione dei propri valori a quelli del legislatore.

in spregio alla manifestazione legislativa della sovranità popolare. Si sostiene allora la necessità di calare «norme e principi, generali o universali, in leggi ordinarie dotate di fattispecie», così da ridurre «l'incalcolabilità dell'ordinamento». Vi deve essere una irrinunciabile coerenza tra il piano dei principi e delle leggi ordinarie.

È condivisibile la replica che l'autore sul quale ci si sta soffermando rivolge a quanti contrappongono 'materiale' e 'formale', imputando alla logica sussuntiva di essere senza 'sostanza'. Mai - egli afferma - «si dà forma senza contenuto (o sostanza o materia), e che la critica nasconde la proposta di altro contenuto, la volontà di modificare o correggere i termini del sillogismo»¹⁷².

Effettivamente, ritenere possibile una cesura tra principio e normativa di dettaglio, attraverso la deduzione direttamente dal primo di una regola del caso concreto, rischia di asservire il decidere a un inaccettabile soggettivismo. Si parte da un testo normativo e si deve ritornare al medesimo, illuminato, nel suo senso, da un principio. Altro - se si è ben inteso il pensiero dell'autore - non è nella disponibilità del giurista.

Così è accaduto con la sentenza della Cassazione di cui si è innanzi trattato. Essa ha preso le mosse dall'art. 322 c.c. e lì è ritornata, dopo aver analizzato altre disposizioni e tenuto conto del principio del preminente interesse del minore. Lo stesso metodo è stato seguito sempre dalla Cassazione, come si vedrà ampiamente in seguito (cfr. cap. III-sez. III, § 4), per decidere sull'ammissibilità dell'adozione omosessuale in casi particolari (la c.d. *step child adoption*).

Irti non pensa affatto che il giurista sia un automa che applica meccanicamente quanto scritto nel testo della legge. Egli respinge con forza la critica secondo cui il ritorno all'astrattezza, alle norme (di fattispecie) e all'interpretazione costringano il giurista e il giudice nelle strettoie della mera esegesi. La legge ha sempre un certo grado di indeterminatezza tale da far venire in rilievo una pluralità di soluzioni. E l'interprete, nel motivare adeguatamente una soltanto tra queste, palesa la sua creatività. Ma l'operazione ermeneutica deve essere «coerent[e] con il tenore linguistico di ciascuna norma»¹⁷³.

¹⁷² N. IRTI, *I cancelli delle parole*, cit., 48, tiene a precisare che nel sillogismo «c'è ben un determinato contenuto, e sta nella scelta interpretativa della premessa maggiore, nella ricostruzione storico-descrittiva della minore, e nella coerenza della conclusione. Le tre proposizioni hanno ciascuna un contenuto, e si riannodano in modo che il termine minore sia soggetto della conclusione, e il maggiore vi tenga luogo di predicato. (...) A ben vedere, il formalismo ha sempre un suo proprio e preciso contenuto (che può contestarsi e avversarsi), mentre il sostanzialismo assai spesso si smarrisce e disvia nel fluire dei fatti o delle circostanze occasionali».

¹⁷³ N. IRTI, *I cancelli delle parole*, cit., 59. I cancelli delle parole sono quelli posti dal testo delle leggi. Sulla centralità e i problemi dei testi (di legge e del contratto) cfr. i seguenti quattro saggi di A. BELVEDERE, *Testi e discorso nel diritto privato, I poteri se-*

La conclusione dell'autore è, come si accennava sopra, limpida: i principi devono essere «svolti in leggi ordinarie, ossia tradotti in specifiche sequenze di fattispecie ed effetti». Dunque le dichiarazioni costituzionali e universali non sarebbero auto-applicative, dovendo essere mediate dal legislatore per evitare che esse dischiudano «vie misteriose e riti da iniziati»¹⁷⁴.

Non è agevole dialogare criticamente con un Maestro qual è Natalino Irti senza scadere nella banalità. Egli, con le parole da ultime riportate, intende non già tagliare fuori dal circolo ermeneutico i principi, ma eliminare o ridurre il rischio che l'interprete, applicando direttamente un principio senza la mediazione di una norma di fattispecie, finisca col trarre dallo stesso ciò che più gli piaccia. È stato tuttavia replicato come l'eventualità di questa degenerazione ermeneutica¹⁷⁵ non possa condurre né a una costruzione della democrazia costituzionale che risolva la legittimità nella legalità, né a ripudiare i valori dal discorso giuridico¹⁷⁶.

miotici del legislatore (Alice e l'art. 12 preleggi), Pragmatica e semantica nell'art. 12 preleggi, Analisi dei testi legislativi e art. 12 delle preleggi, tutti in Scritti giuridici, cit., 449 ss.

¹⁷⁴ N. IRTI, *I cancelli delle parole*, cit., 64.

¹⁷⁵ A. CATAUDELLA, *Usò abusivo di principi*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 4, 753 ss., ravvisa un utilizzo talvolta improprio da parte della giurisprudenza del principio dell'abuso del diritto. Così come egli non è affatto d'accordo con la tesi, sostenuta da P. Perlingieri, che riconosce al principio di proporzionalità un ruolo decisivo nel controllo di meritevolezza delle clausole contrattuali e dell'intero assetto negoziale. Vi sono sì, continua Cataudella, riferimenti normativi al principio di proporzionalità, ma essi «sono sporadic[i] e non appaiono att[i] a generalizzazioni». I due illustri giuristi dissentono anche sulla ricostruzione dell'autonomia privata con riferimento all'art. 41 Cost. Cataudella, inoltre, critica l'interpretazione dell'art. 1366 c.c. che finisce «col negare in radice l'autonomia privata». Ugualmente accade se si ritiene che l'applicazione dell'art. 1375 c.c. modifichi o integri le regole pattizie e gli effetti del contratto. L'autore, invece, ragionando sull'art. 1375 c.c., muove da questa distinzione preliminare: da un lato vi è il complessivo assetto di interessi posto dal contratto, dall'altro abbiamo le regole volte ad attuarlo, le quali talvolta sono equivoche e incompiute. È soltanto in questi casi che trova applicazione il principio di buona fede nell'esecuzione del contratto, ma senza integrare perché esso non aggiunge regole nuove. Se integrazione vi è, aggiunge Cataudella, riguarda solo «l'esecuzione del contratto, delle regole che il contratto ha dettato, non può, invece, modificare tali regole» [(p. 763) si fa l'esempio delle discrepanze tra l'assetto di interessi programmato dalle parti e le regole da queste poste per realizzarlo].

¹⁷⁶ P. PERLINGIERI, *Valori normativi e loro gerarchia. Una precisazione dovuta a Natalino Irti*, in *Interpretazione e legalità costituzionale. Antologia per una didattica progredita*, Napoli, 2012, 337 ss., sostiene che la fondazione assiologica del nostro ordinamento, la quale ha origine nella Costituzione e nel diritto sovranazionale, orienta la legalità e l'attività ermeneutica. Legge e interpretazione, pertanto, non possono essere neutrali. Opinando diversamente, si aprirebbe la via alla libera coscienza dell'interprete, a quell'arbitrio («metafisica autogiustificata») che Natalino Irti stigmatizza, ritenendolo fisiologico a un discorso incentrato esclusivamente sui valori o sui principi. Perlingieri, naturalmente, è ben consapevole che alcune questioni non possono essere sciolte dal valore, ma da un intervento legislativo (si pensi alle unioni civili o al patto di famiglia per l'impresa), ma è «altrettanto incontestabile che la presenza del

I principi e i valori dell'ordinamento giuridico non possono restare fuori dal lavoro del giurista, altrimenti l'esito ermeneutico diventa arbitrario, scollandosi dal principio di legalità costituzionale (artt. 117, 101, co. 2, e 134 Cost.)¹⁷⁷. Una legalità composta dall'integrazione con l'ordinamento dell'Unione europea e con gli obblighi internazionali, ferma però la superiorità assiologica e gerarchica della Costituzione rispetto alla Cedu¹⁷⁸. I giudici, quindi, devono interpretare la dispo-

valore consente il confronto tra soluzioni possibili e la costruzione sistematica delle soluzioni accolte. Consente, soprattutto, la discussione razionale sulle regole». Perlingieri, come Irti, esplicita fino in fondo la sua posizione: «quando la regola manchi, nulla impedisce l'applicazione diretta del principio» (p. 359), e l'esito ermeneutico non è autoritario né antidemocratico perché aperto alla critica di altri interpreti che potranno giungere a soluzioni diverse anche muovendo dai medesimi assunti di valore». Ebbene la distanza tra i due illustri giuristi sembra irriducibile, ma vi sono punti di convergenza. Di fronte a una lacuna, magari palesatasi, come ritiene Perlingieri, proprio in ragione dell'esistenza di un valore (p. 360), per entrambi gli autori l'attività ermeneutica esige il ricorso ai principi e alle regole in cui i primi si sono già invernati.

¹⁷⁷ P. PERLINGIERI, *Il principio di legalità nel diritto civile*, in *Interpretazione e legalità costituzionale*, op. cit., 175 ss., analizza il principio di legalità alla luce della molteplicità delle fonti che lo compongono (nazionali, comunitarie, internazionali, regionali e consuetudinarie) e ripropone in termini nuovi la distinzione tra legalità e legittimità. Questa tematica viene in rilievo soprattutto qualora manchi la fattispecie astratta cui ricondurre quella concreta, ma anche a fronte dell'attività degli organi non giurisdizionali con funzione giudicante (p. 174 ss.) o dei regolamenti integrativi/specificativi di fattispecie legislative (p. 182 ss.). L'autore contrasta le posizioni dottrinali che tendono a separare i diversi ordinamenti, discorrendo di ordinamento a sé. Egli sostiene, invece, la tesi del sistema ordinamentale unitario, frutto della integrazione del sistema dell'Unione europea in quello nazionale. Così come egli è favorevole a ridurre al massimo le aree estranee al controllo di legittimità costituzionale (p. 183). C'è un primato della Costituzione e della legalità costituzionale quale affermazione non scontata nei suoi riflessi su problemi concreti; emblematica è la sentenza 49/2015 della Corte costituzionale su cui si tornerà tra breve. L'autore quasi a conclusione del saggio afferma: «la Carta costituzionale impone a chiunque - e non soltanto alla Corte costituzionale - un'ermeneutica nuova, ispirata al criterio della ragionevolezza, al principio di proporzionalità, al bilanciamento degli interessi e dei valori, secondo una tecnica volta ad attuare un controllo di adeguatezza e di conformità alla Costituzione degli «atti aventi forza di legge» (p. 200). C'è uno stretto legame tra la teoria delle fonti e la teoria dell'interpretazione che si rinnova storicamente.

¹⁷⁸ Corte Cost., n. 49/2015 (rel.: G. Lattanzi), in *Leggi d'Italia on line*, nel dichiarare inammissibile la questione di legittimità costituzionale sollevata con riguardo all'art. 44, co. 2, d.P.R. n. 380/2001 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di edilizia), in tema di ammissibilità della confisca urbanistica pur in mancanza di una sentenza penale definitiva di condanna per il reato di lottizzazione abusiva, affronta il delicatissimo tema del rapporto tra il giudice interno e la Corte EDU. Esattamente: se il giudice nazionale sia tenuto, in ogni caso, ad uniformarsi al *decisum* di una pronuncia della Corte di Strasburgo. La risposta è negativa. Secondo la Consulta vi sono taluni indici idonei a indurre il giudice nazionale a non sentirsi vincolato a recepire una determinata interpretazione della Corte EDU. Essi sono: «la creatività del principio affermato, rispetto al solco tradizionale della giurisprudenza europea; gli eventuali punti di distinguo, o persino il contrasto, nei confronti di altre pronunce della Corte di Strasburgo; la ricorrenza di opinioni dissenzienti, specie se alimentate da robuste deduzioni; la circostanza che quanto deciso promana da una sezione semplice, e non ha ricevuto l'avallo della Grande Camera; il dubbio che, nel caso di

sizione di legge in modo conforme al dettato costituzionale - si è andati oltre il controllo di legalità accentrato - e, qualora non vi sia una norma di legge, non si può escludere l'applicazione diretta del principio costituzionale, da effettuarsi con molta cautela.

I principi appartengono alla dimensione giuridica e devono, pertanto, essere adoperati dal giudice. Essi recano in sé «anticipazioni di discipline»¹⁷⁹ e, rispetto alla regola, si differenziano per la diversa «concretizzazione»¹⁸⁰.

Va riconosciuto, tuttavia, che le pronunce giudiziali più innovative, emesse in ambiti delicatissimi, non si sono limitate ad applicare principi, traendo *sic et simpliciter* e arbitrariamente da questi la regola del caso concreto. Esse hanno ricostruito una nuova norma non scritta, attraverso una complessa rilettura ordinamentale, effettuata sulla base sì dei principi, autonomi nella loro origine, dotati di validità¹⁸¹ che guardano fuori da sé¹⁸², ma anche della loro concretizzazione in testi

specie, il giudice europeo non sia stato posto in condizione di apprezzare i tratti peculiari dell'ordinamento giuridico nazionale, estendendovi criteri di giudizio elaborati nei confronti di altri Stati aderenti che, alla luce di quei tratti, si mostrano invece poco confacenti al caso italiano».

¹⁷⁹ G. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Torino, 2009, 91.

¹⁸⁰ G. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge*, cit., 95 ss., svolge magistralmente il discorso sulla dottrina dei principi nella storia, sottolineando la diversità strutturale tra questi e le regole. La «concretizzazione» del principio «non è né interpretazione, né creazione del diritto». Le espressioni scritte che scoliscono i principi «più che essere intese attraverso l'analisi del linguaggio del legislatore, o tramite la «intenzione» che lo ha mosso, devono essere messe in rapporto con l'ethos che esse manifestano e le contingenze particolari in cui tale ethos è chiamato a operare nel momento storico presente» (p. 98). C'è un preciso rapporto tra principi-valori-regole tale per cui «i principi costituiscono il medium tra valori e regole». Ne consegue - soggiunge l'autore - che ove la regola giuridica si appalesi estranea a questo rapporto, essa potrà essere dichiarata invalida non perché viola una specifica norma costituzionale, ma semplicemente perché «manifestamente arbitraria». Siamo al fondamento del diritto e non già - l'autore insiste su questo - alla «legalizzazione della morale», né al travalicare del diritto nella politica. Naturalmente non mancano i problemi di un diritto per principi, ma - lo si condivide in pieno - «non esiste la possibilità di un ritorno della giurisprudenza esclusivamente «per regole» (p. 105).

¹⁸¹ G. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge*, cit., 106-107, segnala la differenza tra l'utilizzo dei principi da parte dei giuristi del legalismo positivo (art. 12 disp. prel. al cod. civ.) e nella democrazia costituzionale. I principi non esprimono «l'unità logica» dell'ordinamento, «ma sono chiamati a svolgere un compito costitutivo dell'unità». Inoltre essi vanno applicati non solo a fronte di una lacuna normativa, ma sempre «anche in presenza di regole, o come criterio della loro validità o, fin dove è possibile, quali forze strutturali dell'ordinamento, attraverso l'orientamento del loro significato, per mezzo di quella che si denomina «interpretazione adeguatrice» alla Costituzione».

¹⁸² G. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge*, cit., 112 ss., con un sano realismo, respinge l'accusa di «giusnaturalismo», di «cognitivismo morale» o di «sociologismo mascherato» rivolta a chi ritiene necessario, quando si discutono casi che pongono problemi nuovi, riferirsi, nell'applicazione del diritto, a «qualcosa di non formale che lo precede». Il giurista quando guarda altrove nell'applicazione di un principio non cade nel puro soggettivismo della propria coscienza se trae argomento da «un'esperienza

di legge, in un quadro sistematico, spesso sovranazionale, che ambisce, in una tensione inarrestabile, ad essere coerente ed unitario.

Nel fare ciò il giudice non esorbita dalle sue funzioni, invadendo il campo del legislatore e della politica.

È delicatissimo il tema del rapporto tra giudice e legislatore, affrontato da eminenti giuristi, e su cui si è soffermato, di recente, un autorevole studioso¹⁸³, profondo conoscitore della storia delle Costituzioni. Egli ha sottolineato come uno dei caratteri fondamentali della democrazia costituzionale sia la negazione di un potere preminente, compreso quello legislativo. Ciò si ricava certamente dal piano della legalità costituzionale, gerarchicamente sovraordinato a quello della legge ordinaria, ma anche dalla previsione normativa dei diritti inviolabili della persona¹⁸⁴. È proprio quest'ultima che ha contribuito, forse più delle altre dopo l'entrata in vigore della Costituzione, a dare un nuovo assetto alla nostra forma di Stato.

In breve, per quanto interessa di più il nostro discorso: se c'è una

elaborata e consapevole che entra a far parte delle strutture culturali della società» (queste parole richiamano alla mente il pensiero analogo che ha espresso in più scritti Angelo Falzea). Il diritto è cultura e in quest'ultima «il dover essere» e l'essere, le aspirazioni morali e la realtà effettuale, trovano la sintesi» (p. 113). Spetta alla scienza giuridica evitare derive.

¹⁸³ M. FIORAVANTI, *La Corte e la costruzione della democrazia costituzionale, Per i sessant'anni della Corte costituzionale*, in www.cortecostituzionale.it. Cfr. anche Id., *La trasformazione costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2014, 2, 295 ss.; Id., *Legge costituzionale: il problema storico della garanzia dei diritti*, in *Quaderni fiorentini*, 2014, 43, 1077 ss.

¹⁸⁴ M. FIORAVANTI, *La Corte e la costruzione della democrazia costituzionale*, cit., ricorda la significativa presa di posizione della Corte costituzionale secondo cui ci sono «principi supremi che non possono essere sovvertiti né modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre legge costituzionali. Tali sono i principi che (...), pur non essendo espressamente menzionati fra quelli assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la costituzione italiana» (Corte cost., n. 1146/1988, rel.: A. Baldassarre). Ebbene non è scritto in Costituzione né altrove che tali principi possano essere attuati solo dalla legge. Sarebbe oltretutto contraddittorio e pericoloso per la democrazia costituzionale se da un lato si prevedesse una legalità superiore alla legge e dall'altro si stabilisse che solo quest'ultima fonte del diritto possa attuare il predetto piano sovraordinato della giuridicità. Non solo: lo Stato italiano non può rinunciare, neppure ai sensi dell'art. 11 Cost., al proprio dovere di perseguire quelle violazioni dei diritti fondamentali perpetrate sul proprio territorio da uno Stato straniero (cfr. Corte cost., n. 238/2014, rel.: G. Tesaurò, con le considerazioni di D. IMBRUGLIA, *L'azione di risarcimento per fatti illeciti degli Stati e il principio di effettività della tutela giurisdizionale. Note a margine della sentenza n. 238/2014 della Corte costituzionale*, in *Persona e mercato*, 2014, 3, 163 ss.), né accettare disposizioni che ostacolino la possibilità di costruire un progetto di vita libero e dignitoso (Corte cost., n. 70/2015, rel.: S. Sciarra). Fioravanti giustamente rileva come l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti in una vicenda concreta spetti al legislatore, ma anche al giudice. Non c'è in questo processo decisionale un monopolio del legislatore; piuttosto - scrive Fioravanti - «c'è una dinamica dei poteri che nelle odierne democrazie costituzionali tende verso l'equilibrio, in particolare tra *iurisdictio* e *gubernaculum* con il ruolo arbitrale della Corte».

legalità che viene prima della legge, la crescita del ruolo della giurisdizione, costituzionale e ordinaria, è in piena armonia con questo trattato¹⁸⁵. L'attuazione giurisdizionale della Costituzione, riconosciuta e invocata dalla stessa Consulta, non è un'anomalia del presente, ma un'attività necessaria qualora il legislatore non abbia espressamente dettato la regola e venga in rilievo un bene costituzionale. I principi costituzionali non sono imbalsamati, possiedono una preziosa «forza generativa»¹⁸⁶ di diritti e di tutele. Essi necessitano perciò di una con-

¹⁸⁵ G. ALPA, *Giudici e legislatori*, in *Contr. e impr.*, 2017, 1, 11 ss., afferma che «parlare, oggi, di diritto giurisprudenziale, non è più un'eresia come la si poteva considerare al comparire del libro di Walter Bigiavi nel 1933 (Appunti sul diritto giudiziario...)» L'autore, nel riportare alcuni esempi positivi della «giurisprudenza come laboratorio del giurista», menziona la problematica della *step child adoption* sulla quale ci soffermeremo *infra* nel cap. III-sez. III. È ancora G. ALPA, *La dialettica tra legislatore e interprete. Dai codici francesi ai codici dell'Italia unita: riflessioni in prospettiva storica nella recente letteratura*, in *Contr. e impr.*, 2015, 3, 646 ss., a sottolineare come il dialogo della giurisprudenza non solo con le Corti sovranazionali, ma anche con il legislatore sia stato fecondo nell'anticipare soluzioni (poi accolte dalla legge) o nel sottolineare come l'evoluzione sociale e giuridica esigesse un intervento della politica in una certa direzione. P. CARETTI, *Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti: verso un nuovo equilibrio. Lectio magistralis* (tenuta il 16.5.2014 presso i locali del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Firenze), a cura di A. Cardone, F. Donati, M. C. Grisolia, G. Tarli Barbieri, Napoli 2016, 11 ss., afferma che il mutamento del rapporto tra giudice e legislatore è uno «sviluppo in larga misura fisiologico dell'impianto dello Stato sociale costituzionale e delle radicali novità che esso presenta rispetto al vecchio Stato legislativo di diritto». Analogamente P. G. MONATERI, *I confini della legge. Sovranità e governo del mondo*, Torino, 2014, 144, il quale conclude il suo lucido e affascinante ragionamento affermando che «il governo dei giudici è ... parte integrante, e ineliminabile, del processo stesso di scrittura e amministrazione della legge». G. VETTORI, *La giurisprudenza come fonte del diritto privato*, cit., 58-59, analizzando il tema del controllo giudiziale dell'equilibrio del contratto, dimostra come le ultime pronunce della Cassazione sulla causa, buona fede e meritevolezza siano espressive di una nuova legalità e non già di una patologia del nostro sistema istituzionale. Sul modo in cui il giudice svolge il suo ruolo, esprime, invece, riserve G. VERDE, *Il difficile rapporto tra giudice e Legge*, con introduzione di N. Irti, Napoli, 2012, 66 ss., il quale, nel criticare diverse pronunce riguardanti il processo civile, finisce con il limitare eccessivamente il potere giudiziario, a fronte di una maggiore legittimazione ad intervenire che spetterebbe al legislatore (cfr. in part. pp. 103-108 e 177 ss.). Indubbiamente il giudice non deve trovare la regola nuova con una mediazione «soggettiva, arbitraria e debole», come afferma lo stesso autore. Ma che l'invenzione di una regola inespressa nel tessuto reticolare delle fonti del diritto sia un potere proprio del giudice pos-moderno non si deve dubitare. Interessanti sono che considerazioni che Verde svolge sull'«abuso del (e nel processo)».

¹⁸⁶ Così G. SILVESTRI, *Magistratura e politica: quale equilibrio?*, in *Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti: verso un nuovo equilibrio. Lectio magistralis* di Paolo Caretti, cit., 45, il quale, da ex Presidente della Corte costituzionale, coglie benissimo come «nel lavoro del giudice, e del giudice costituzionale in misura maggiore, [ci sia] la necessità di cogliere nella evoluzione sociale, nella situazione economica, politica e storica, elementi che continuamente integrano il quadro costituzionale». Da queste integrazioni nascono nuovi equilibri di sistema, quasi mai definitivi. Osserva ancora Silvestri che «oggi la bilancia sta in equilibrio in un modo, domani ci

tinua opera di reinterpretazione e di inveroamento alla quale concorrono giudice e legislatore¹⁸⁷. Ciò esige un ripensamento della certezza giuridica, valore da difendere attraverso la coerenza delle soluzioni¹⁸⁸, ma «defettibile»¹⁸⁹ o, in altri termini, «come prezzo naturale da pagare per il recupero di una dimensione giuridica che sia veramente diritto, cioè realtà ben più complessa e variegata di un mero specchio della legalità legale, più ravvicinata a un insopprimibile modello giustiziale»¹⁹⁰.

saranno fatti nuovi, evoluzioni sociali, culturali che faranno sì che la bilancia stia in equilibrio in un altro modo, ma quello che è importante stabilire è che noi non abbiamo più un ordinamento che possa avere come sua immagine simbolica la piramide, ma un ordinamento che si basa sulla orizzontalità dei principi e dei diritti fondamentali [la rete appunto], che devono essere tra loro bilanciati nella consapevolezza della precarietà degli equilibri che si intendono raggiungere».

¹⁸⁷ P. CARETTI, *Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti: verso un nuovo equilibrio*, cit., 28, rileva che i principi «non vivono in un'asettica e astratta area franca dal diritto, secondo una logica di stampo giusnaturalistico, ma..., al contrario, mentre, per un verso, rappresentano il precipitato di una precisa evoluzione storica del conflitto sociale che le Costituzioni codificano e puntano a stabilizzare, dall'altro, richiedono una continua opera di reinterpretazione alla luce dei mutamenti e dello sviluppo dei rapporti sociali, delle nuove esigenze di tutela che tali mutamenti mettono in evidenza, nonché delle esigenze sistemiche cui la tutela dei diritti deve rispondere».

¹⁸⁸ G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit., 96, afferma che «un sistema giuridico è coerente e certo quando le soluzioni, pur nella loro diversità, risultano conformi e coerenti alle relazioni di senso che intercorrono tra (...) regole ed interessi tutelati, tra regole e principi, tra vizi e rimedi».

¹⁸⁹ Così H. P. GLENN, *Ripensando il pensiero giuridico. Lo Stato e le nuove regole*, cit., 23.

¹⁹⁰ P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., 51 ss., intitola uno dei saggi contenuti in questo volume «Sulla odierna 'incertezza' del diritto». Egli spiega che nella modernità giuridica la certezza del diritto si identificava con la certezza della legge e, quindi, del comando da osservare. Ma nella pos-modernità, attraversata da continue dinamiche sociali, economiche, tecniche e politiche, si avverte l'insufficienza della legge generale e astratta a disciplinare la complessità del presente. Grossi sottolinea, riprendendo le parole di Federico Spantigati, lo spostamento del «criterio di valutazione [della giuridicità] dalla prescrittività legale all'apprezzamento del valore degli interessi». Non a caso la nostra Costituzione del 1948 è caratterizzata da una cornice di principi e non già da disposizioni di dettaglio. «L'indefinitezza - sono parole di Grossi - assume, infatti, nel tempo pos-moderno, l'aspetto prezioso di rifiuto a rinchiudersi in una rigidità certa, certissima ma immobile perché pietrificata nella testualità del comando, invece di apertura a future, probabili acquisizioni [originarie da] mutamenti e conflitti» (p. 71). In questo quadro prende corpo il principio di ragionevolezza, estraneo al «circuito chiuso volontà legislativa/testo»; strumento molto utilizzato dalla Corte costituzionale, divenuto «sinonimo di ponderatezza, equilibrio, ma anche giustizia. Appartiene, però, a questa stessa cifra «il carattere sfuggente e lo statuto flessibile ampiamente indefinito». Una ragionevolezza legata ai principi dell'ordinamento, non certo al mero soggettivismo del giudice; calzante è l'esempio dell'Unione europea che si fonda sul trattato, ma che «trova il suo cardine portante nei principi generali del diritto, di cui fanno parte i diritti fondamentali, come si esprime una basilare sentenza della Corte del 2002 [Union de Pequeños Agricultores c. Consiglio, Causa C-50-00], p. 76]. Grossi insiste nelle pagine finali sul passaggio dal principio di legalità al principio di giuridicità, come dimostra quella giurisprudenza, civile ed amministrativa, che «trova il fondamento delle proprie scelte direttamente nei principi». Nelle parole dell'au-

Sarebbe inutile interrogarsi finanche su chi tra il legislatore e il giudice abbia l'ultima parola, non foss'altro perché l'evoluzione della società, del costume e della cultura e, di conseguenza, dell'interpretazione delle regole e degli stessi principi (eccedenti di contenuto assiologico e deontologico) giuridici vigenti in un certo tempo, spinge i soggetti della democrazia a riprendere nuovamente la parola, in un inseguimento salvifico e infinito.

13. IL CONFLITTO DI INTERESSI.

I genitori, nell'esercizio della responsabilità genitoriale, devono perseguire l'interesse del figlio.

In generale si può dire che la realizzazione dell'interesse del rappresentato o dell'assistito sia coesistente a tutti gli uffici di diritto privato posti a protezione degli incapaci legali. Non è consentito ai titolari dell'ufficio compiere (o approvare) quell'atto in cui si manifesti, anche solo a livello di pericolo, un conflitto di interessi tra il rappresentante (o l'assistente) e il rappresentato (o l'assistito).

Si ha conflitto di interessi diretto quando, relativamente all'atto da compiere, il rappresentante verosimilmente perseguirà un interesse patrimoniale proprio che sia anche solo potenzialmente in contrasto con quello del rappresentato. Qui il conflitto è direttamente tra rappresentante e rappresentato.

Il conflitto di interessi è, invece, indiretto, qualora esso coinvolga il rappresentato e una persona, fisica o giuridica, legata affettivamente o economicamente al rappresentante. Questi legami fanno sì che il conflitto si estenda, sia pur indirettamente, anche al rappresentante, il quale ha interesse, nell'operazione da compiere, ad avvantaggiare la controparte stante il legame con questa esistente¹⁹¹. L'esempio classico è quello della vendita di un bene di proprietà del minore (o di altro incapace legale) che il rappresentante intenda concludere con una società della quale egli stesso è socio. È evidente il rischio che, nell'esercizio del potere rappresentativo, siano preferiti gli interessi della società a quelli del rappresentato.

Affinché il conflitto di interessi sia attuale, è sufficiente il solo pericolo di danno per il rappresentato, originato dall'atto prospettato dal rappresentante legale. In altri termini l'incompatibilità delle posizioni del rappresentante e del rappresentato rileva anche se meramente potenziale, a prescindere quindi dalla sua manifestazione concreta nell'atto compiuto. Ritiene infatti la Cassazione che la verifica giudiziale del-

tore non vi è certo un elogio dell'incertezza giuridica, piuttosto emerge l'impossibilità del tempo presente di ritrovare nella legge sia la stabilità e l'immobilità della regola sia la totalità delle regole.

¹⁹¹ A. JANNUZZI-P. LOREFICE, *Manuale della volontaria giurisdizione*, cit., 258.

la sussistenza del conflitto di interessi debba essere compiuta «in astratto ed *ex ante*, secondo l'oggettiva consistenza della materia del contendere dedotta in giudizio, anziché in concreto e a posteriori»¹⁹². Ciò implica che è egualmente annullabile l'atto compiuto dal rappresentante legale in conflitto di interessi con il rappresentato, sebbene il conflitto non abbia inciso sulla determinazione del contenuto negoziale, non determinandosi così alcun danno per l'incapace (artt. 322 e 320 ult. co. c.c. in combinato disposto).

Il conflitto di interessi esige che sia un'altra figura, diversa dal rappresentante legale, a valutare il compimento dell'atto. Si prevede la nomina di un curatore speciale in sostituzione del titolare dell'ufficio o del protutore qualora vi sia opposizione con l'interesse del minore nel compimento del singolo atto (cfr. artt. 360, co. 2, 347, 394, ult. co., 424 coo. 1 e 2 c.c.).

Tornando alla responsabilità genitoriale, l'art. 320, ult. co., c.c. regola diverse ipotesi di conflitto di interessi e segnatamente quelle tra: 1) i figli soggetti alla stessa responsabilità genitoriale; 2) tra i figli, da un lato, e i genitori, dall'altro; 3) tra i figli, da un lato, e l'unico genitore esercente la responsabilità genitoriale. In tutte queste ipotesi, l'art. 320, ult. co., c.c. prevede la nomina del curatore speciale da parte del giudice tutelare.

Lo stesso articolo precisa altresì che ove il conflitto sorga «tra i figli e uno solo dei genitori esercenti la responsabilità genitoriale, la rappresentanza dei figli spetta esclusivamente all'altro genitore»¹⁹³. Anche qui, come avviene ai sensi dell'art. 317 c.c., si ha un effetto legale di concentrazione automatica del potere di rappresentanza e di amministrazione in capo a un solo genitore.

Il curatore speciale deve valutare se l'atto che si vorrebbe compiere, così come è stato congegnato, sia pienamente rispondente all'inte-

¹⁹² Cass., n. 13507/2002, in *Arch. civ.*, 2003, 831 ss., sulla rappresentanza processuale di un minore, illegittimamente assunta dai genitori invece che dal curatore speciale. Cfr. anche Cass., n. 14216/2010, in *Leggi d'Italia on line*, secondo cui condizione imprescindibile della nomina del curatore speciale è la semplice «possibilità che il potere rappresentativo sia esercitato [nel caso di specie dal tutore del minore dichiarato in stato di adottabilità] in contrasto con l'interesse del minore». Cass., n. 3805/2010, in *Fam. e dir.*, 2010, 6, 555, con nota di A. FIGONE, *Sulla rappresentanza del minore nel procedimento di adottabilità*, con riguardo alla nomina da parte del tutore del difensore del minore nel procedimento di adottabilità (art. 8 ult. co. l. adoz.), ribadisce l'orientamento per cui la verifica del conflitto di interessi tra tutore (nominato dal tribunale per i minorenni) e minore va svolta *ex ante* e non a posteriori in relazione agli atteggiamenti assunti dalle parti in causa.

¹⁹³ A. C. PELOSI, *Sub art. 320*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, diretto da Cian-Oppo-Trabucchi, Padova, 1992, 371, afferma che l'art. 320 ult. co., c.c. «è applicabile per analogia allorché il conflitto sorga tra il figlio soggetto alla potestà e altra persona di cui i genitori siano tutori o curatori, nonché nell'ipotesi in cui i genitori compiano atti nella duplice veste di rappresentanti *ex lege* del figlio e di rappresentanti negoziali di un terzo».

resse del rappresentato (*id est*: utile o necessario). Se si tratta di una vendita o di un acquisto, il curatore è tenuto a richiedere l'autorizzazione giudiziale ai sensi dell'art. 320, ult. co., c.c. Nel ricorso dovranno essere forniti al giudice tutti gli elementi che gli consentano di escludere un pregiudizio per il minore (se l'oggetto è un immobile, occorre allegare la perizia di stima dello stesso).

Si discute se il provvedimento di nomina del curatore speciale possa contenere anche l'autorizzazione al compimento dell'atto.

Secondo una tesi, per ragioni di economia processuale, è possibile chiedere al giudice la nomina del curatore speciale e la contestuale autorizzazione a compiere l'atto, se quest'ultimo è già impostato negli elementi essenziali. È necessario però che il curatore proposto dallo stesso ricorrente sottoscriva il ricorso dopo aver espresso nel ricorso medesimo la propria valutazione positiva sulla necessità o utilità evidente dell'atto di cui si richiede l'autorizzazione.

Secondo un'altra tesi, invece, occorrono due ricorsi: uno per la nomina del curatore speciale, l'altro, presentato da quest'ultimo e volto a ottenere l'autorizzazione al compimento dell'atto. Si argomenta dall'art. 321 c.c., unica disposizione in cui si prevede la nomina del curatore speciale e la contestuale autorizzazione a porre in essere l'atto. L'art. 320 ult. co. c.c., diversamente, attribuirebbe al giudice soltanto il potere di nominare il curatore speciale¹⁹⁴.

In verità non sembra decisivo il mero confronto del tenore letterale degli artt. 320 ult. co. e 321 c.c. Il quale non trova il proprio contraltare in un principio da cui possa desumersi che il curatore speciale debba egli stesso presentare il ricorso per l'autorizzazione al compimento dell'atto per cui vi è conflitto di interessi. Pertanto l'art. 321 c.c. non è norma eccezionale e può essere applicato analogicamente.

Si aggiunga che gli artt. 320 ult. co. e 321 c.c. non regolano fattispecie del tutto diverse. La prima disposizione si limita a richiedere la nomina di un curatore speciale in determinate ipotesi, esprimendo così il principio generale secondo cui il conflitto di interessi esclude il potere di amministrare il patrimonio dell'incapace. La seconda prevede ancora una volta la nomina del curatore speciale, più la contestuale autorizzazione all'atto, in tutti i casi in cui i genitori esercenti la responsabilità genitoriale «non vogliono» o «non possono» compiere atti eccedenti l'ordinaria amministrazione. Ora poiché il sintagma «non

¹⁹⁴ A. JANNUZZI-P. LOREFICE, *Manuale della volontaria giurisdizione*, cit., 262, dopo aver dato conto di entrambe le predette impostazioni dottrinali, escludono l'autorizzazione al compimento dell'atto, resa contestualmente alla nomina del curatore speciale nelle ipotesi di cui all'art. 320 ult. co. c.c. Gli autori ritengono che le due autorizzazioni debbano essere tenute distinte. Successivamente alla nomina, quindi, spetterà al curatore speciale avviare un altro procedimento giudiziale, depositando il ricorso volto a ottenere l'autorizzazione al compimento di quell'atto che i genitori non potevano compiere.

possono» attrae in sé anche il conflitto di interessi (c.d. impossibilità giuridica), si deve concludere che l'art. 321, per una sua parte, specifica il contenuto dell'art. 320 ult. co. c.c.

La circostanza di fatto decisiva è se il curatore nominato dal giudice abbia o meno valutato l'utilità dell'atto. Se siffatta valutazione vi è stata, come è corretto desumere dalla sottoscrizione del ricorso da parte dello stesso curatore, non vi è alcuna ragione per esigere due procedimenti giudiziali (uno per la nomina, l'altro per l'autorizzazione al compimento dell'atto).

L'atto posto in essere nonostante il conflitto di interessi è annullabile su istanza dei genitori esercenti la responsabilità genitoriale o del figlio o dei suoi eredi o aventi causa. L'art. 322 c.c. prevede questo tipo di invalidità qualora il rappresentante abbia violato «le norme dei precedenti articoli», ossia, nel caso di specie, l'art. 320, ult. co., c.c. che impone, come si è appena visto, la nomina del curatore speciale.

L'annullabilità è sancita anche con riguardo a specifici atti vietati ai genitori. Il divieto è volto a prevenire un possibile conflitto di interessi a tutela del figlio. L'art. 323 c.c. preclude ai genitori esercenti la responsabilità di: 1) acquistare, direttamente o per interposta persona, anche all'asta pubblica, beni o diritti del minore; 2) diventare cessionari di alcuna ragione o credito verso il minore.

Si può notare, con riguardo all'art. 323 c.c., come, rispetto alla disciplina generale della rappresentanza volontaria (artt. 1387 ss. c.c.), il legislatore abbia tutelato maggiormente l'incapace legale rispetto al soggetto capace autore di una procura ad acquistare. L'art. 1395 c.c., infatti, consente il contratto con sé stesso a determinate condizioni tra le quali figura quella secondo cui «il contenuto del contratto sia determinato in modo tale da escludere la possibilità di conflitto di interessi».

Il titolare dell'ufficio di diritto privato, invece, non può mai acquistare validamente un bene del soggetto di cui amministra i beni (art. 1471 n. 3 c.c.). Qui il conflitto di interessi è presunto *iuris et de iure* e non può essere superato attraverso la nomina di un curatore speciale¹⁹⁵.

14. (SEGUE) LA DONAZIONE AL FIGLIO MINORE.

Un caso particolarmente discusso, frequente nella pratica, di possibile conflitto di interessi è quello della donazione da parte di un solo

¹⁹⁵ M. SESTA, *La potestà dei genitori, Rappresentanza e amministrazione*, cit., 137, rileva come il fondamento della norma risieda nella particolare gravità del conflitto di interessi. Egli aggiunge che il divieto in parola riguarda solo gli acquisti del genitore del figlio, non anche le alienazioni effettuate, tramite il curatore speciale, dal genitore al figlio.

genitore al proprio figlio. Come si diceva, si tratta di un contratto che, ai sensi dell'art. 320, co. 3, c.c., esige l'autorizzazione del giudice tutelare.

Secondo una tesi sostenuta non di recente dalla Cassazione¹⁹⁶, l'altro genitore - quello non donante - non può accettare la donazione, trovandosi in conflitto di interessi con il figlio. Gli argomenti addotti a sostegno, già espressi da una risalente dottrina¹⁹⁷, sono due: 1) l'art. 320, co. 3, c.c., nell'imporre l'autorizzazione giudiziale per accettare la donazione senza pesi e condizioni, postulerebbe la configurabilità di un potenziale contrasto tra la posizione del donante e quella del donatario; 2) la donazione altera l'ordine dei soggetti tenuti agli alimenti (art. 437 c.c.). Di conseguenza il genitore non donante potrebbe non essere obiettivo nel perseguire l'interesse del figlio, stretto com'è tra l'interesse ad arricchire il patrimonio del figlio stesso e quello contrapposto a non depauperare il patrimonio del donante cui è legato (conflitto di interessi indiretto)¹⁹⁸.

Un'ulteriore ragione di conflitto di interessi è stata aggiunta dalla giurisprudenza di merito: è insita nella donazione un'alterazione dei diritti che possono spettare al coniuge non donante quale soggetto legittimario (artt. 536 ss. c.c.).

La tesi enunciata si espone a critiche. Secondo un'autorevole dottrina¹⁹⁹ va escluso il conflitto di interessi qualora, come nella fattispecie in esame, il rappresentante e il rappresentato perseguano un proprio distinto interesse che, realizzandosi, avvantaggi entrambi. In tale ipotesi «i due interessi risultano concorrenti e compatibili e per di più diretti a realizzare uno stesso scopo»²⁰⁰. Effettivamente il genitore non donante non ha un interesse patrimoniale opposto a quello del figlio.

La Cassazione²⁰¹ ha accolto quest'ultima impostazione, ritenendo che il conflitto di interessi è un istituto che viene in rilievo quando l'interesse proprio del rappresentante sia in opposizione o mal si concili con quello del rappresentato. Ove ciò non accada, come nel caso della

¹⁹⁶ Cass., n. 439/1981, in *Dir. famiglia*, 1982, I, 1189, con nota di C. BARNINI, *Donazione dei genitori ai figli minori ed esercizio della funzione sostitutiva*.

¹⁹⁷ L. FERRI, *Della potestà dei genitori*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988, 100.

¹⁹⁸ Il genitore non donante potrebbe essere indotto ad accettare la donazione nel nome e per conto del figlio al solo scopo di ottenere l'effetto favorevole dell'alterazione dell'ordine dei soggetti tenuti agli alimenti, giacché il figlio-donatario verrebbe prima del genitore non donante qualora il donante dovesse trovarsi in stato di bisogno.

¹⁹⁹ A. JANNUZZI-P. LOREFICE, *Manuale di volontaria giurisdizione*, cit., 361.

²⁰⁰ A. JANNUZZI-P. LOREFICE, *op. cit.*, 361, nota 3.

²⁰¹ Cass., n. 2869/1988, in *Leggi d'Italia on line*, richiama alcuni propri precedenti in cui si è affermato «non configurarsi alcun conflitto di interessi ai sensi dell'art. 320 c.c. quando, pur avendo il genitore e il figlio interessi propri e distinti al compimento dell'atto, esso corrisponda al vantaggio di entrambi, sicché i due diversi interessi, secondo l'apprezzamento del giudice di merito, (...), siano tra loro compatibili».

donazione da parte di un genitore al figlio, è inapplicabile la disciplina del conflitto di interessi.

Si aggiunga come non sia pertinente l'argomento della Cassazione più risalente²⁰² che fa leva sulla necessità, ai sensi dell'art. 320, co. 3, c.c., dell'autorizzazione giudiziale della donazione. L'autorizzazione è prescritta al fine di valutare la necessità o l'utilità evidente dell'operazione; dunque è solo in questa ottica che essa si giustifica. Del resto è ben possibile che una donazione possa rivelarsi priva di tali caratteri, i quali, tra l'altro, alludono a qualcosa di più della semplice mancanza del pregiudizio per il donatario.

Anche l'argomento basato sugli alimenti e sui diritti dei legittimari è fuori fuoco, perché attribuisce rilievo a mere aspettative future (o addirittura a situazioni ipotetiche, come per gli alimenti). Si aggiunga, sempre sotto il profilo successorio, che non incide sulla problematica del conflitto di interessi il diritto di opposizione alla donazione che la legge n. 80/2005 ha attribuito al coniuge all'art. 563, co. 4, c.c.²⁰³. La lesione della legittima è una situazione ipotetica che, unitamente al diritto di opporsi alla donazione, non pone il coniuge non donante in conflitto di interessi con il figlio donatario²⁰⁴.

Se va escluso, come si ritiene in queste pagine, il conflitto di interessi con riguardo all'accettazione della donazione effettuata da un solo genitore al proprio figlio, l'operazione si perfeziona secondo la seguente disciplina. Posto che vi è un imprescindibile dualismo dei soggetti nella donazione (da qui l'inutilizzabilità dello schema del contratto con se stesso ex art. 1395 c.c.), occorre che sia chiamato ad accettarla un soggetto diverso dal donante²⁰⁵. Questo soggetto è l'altro genitore (art. 317 c.c.). Non va sottaciuto, tuttavia, che la tesi dell'inapplicabilità alla donazione dell'autocontratto, sebbene largamente e autorevolmente sostenuta, non gode dell'unanimità in dottrina²⁰⁶.

²⁰² Cass., n. 439/1981, cit.

²⁰³ G. CORRADI, *La rappresentanza del figlio minore di età negli atti negoziali e processuali*, in *Tratt. di diritto di famiglia*, diretto da Bonilini, cit., 4180-4181, riassume quella tesi che trae nuova linfa al conflitto di interessi dal diritto di opposizione ex art. 563, co. 4, c.c.

²⁰⁴ Nulla vieta che il coniuge non donante accetti la donazione nel nome e per conto del figlio e, successivamente, ponga in essere un atto stragiudiziale di opposizione alla donazione. I diritti successorii del coniuge vengono ad esistenza solo all'apertura della successione. A tal momento può anche emergere dalla riunione fittizia che non vi è stata alcuna lesione dei diritti dei legittimari; di conseguenza l'opposizione a suo tempo fatta alla donazione non sortisce alcun effetto, perché comunque quella donazione è inattaccabile.

²⁰⁵ Secondo il Trib. Roma (giudice tutelare), 22.7.1992, la donazione effettuata da entrambi i genitori al figlio può essere accettata solo dal curatore speciale.

²⁰⁶ Ne dà conto G. CORRADI, *La rappresentanza del figlio minore di età negli atti negoziali e processuali*, cit., 4177. Pertanto secondo alcuni è ben possibile che l'accettazione della donazione possa essere effettuata dagli stessi genitori donanti. Invece, se-

Qualora l'altro genitore dovesse rifiutare l'accettazione (perché ritiene di essere avvantaggiato dalla permanenza del bene nel patrimonio del donante)²⁰⁷, si farà luogo alla nomina del curatore speciale su istanza del figlio, del pubblico ministero o di uno dei parenti che vi abbia interesse (art. 321 c.c.).

La medesima disciplina si applica anche se il donante è l'unico genitore a esercitare la responsabilità genitoriale.

15. L'USUFRUTTO LEGALE.

L'art. 324, co. 1, c.c. attribuisce ai genitori esercenti la responsabilità genitoriale, in comune tra loro, l'usufrutto legale sui beni figlio. Questo istituto, conservato dalla riforma del 1975, nonostante alcuni autori ne invocassero l'abrogazione²⁰⁸, attiene ai rapporti patrimoniali tra genitori e figli.

Secondo una risalente dottrina²⁰⁹, a rigore, l'usufrutto legale non rientra nell'ambito della potestà (oggi della responsabilità), perché esso non è unicamente funzionale alla tutela dell'interesse della prole. Stabilisce, infatti, l'art. 324, co. 2, c.c. che i frutti dei beni dei figli sono destinati non solo all'istruzione e all'educazione degli stessi, ma, più in generale, al mantenimento della famiglia. Non vi è, quindi, secondo la dottrina ricordata, una posizione di privilegio del figlio.

È stato anche rilevato come l'usufrutto legale costituisca lo strumento attraverso cui il figlio adempie al proprio dovere di contribuire, con il suo reddito, al mantenimento della famiglia, finché convive con essa (art. 315-*bis*, ult. co., c.c.)²¹⁰.

Altra dottrina ha osservato che l'art. 324, co. 1, c.c. istituisce un collegamento tra l'usufrutto legale e la responsabilità genitoriale. Di

condo la dottrina maggioritaria, la donazione fatta da entrambi i genitori o dal genitore esercente in via esclusiva la responsabilità genitoriale deve essere accettata da un curatore speciale nominato dal tribunale ordinario ai sensi dell'art. 321 c.c.

²⁰⁷ Questa valutazione da parte del genitore non donante non dà luogo a conflitto di interessi patrimoniale, ma si sostanzia in una mera congettura. Affinché il conflitto di interessi sia rilevante, occorrono circostanze obiettive tali da prefigurare un possibile danno per l'incapace legale (A. BUCCIANTE, *La potestà dei genitori, la tutela e l'emancipazione*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, Torino, 1982, 637). La dottrina insiste sul fatto che «il conflitto deve essere attuale e non soltanto eventuale e ipotetico» (A. C. PELOSI, cit., 371).

²⁰⁸ Si tratta di C.M. Bianca e di S. Patti come ricorda M. SESTA, *L'usufrutto legale*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. Bessone, *Filiazione, adozione, alimenti*, a cura di T. Auletta, Torino, 2011, 143.

²⁰⁹ Questa dottrina è richiamata da M. SESTA, *L'usufrutto legale*, cit., 143. Cfr. anche F. RUSCELLO, *Origini ed evoluzione storica dell'usufrutto legale dei genitori*, in *Dir. famiglia*, 2009, 3, 1329.

²¹⁰ A. C. PELOSI, *Sub. art. 324*, in *Comm. dir. it. fam.*, cit., 384-385, argomenta dall'art. 315 c.c. ante riforma 2012/2013, il cui testo è ora confluito nell'art. 315-*bis* ult. co. c.c.

più: la contitolarità ivi sancita non riguarderebbe tanto il diritto di usufrutto legale bensì la funzione, l'ufficio avente ad oggetto quest'ultimo²¹¹. Argomento è stato tratto anche dall'art. 327 c.c.²¹² che lega la titolarità dell'usufrutto legale alla responsabilità genitoriale esercitata in via esclusiva.

Si aggiunga che la destinazione dei frutti a vantaggio dei diversi componenti della famiglia conferma il rapporto tra la responsabilità e i poteri di indirizzo della vita familiare (art. 144 c.c.). Dunque l'usufrutto legale appare uno strumento (come pure la rappresentanza e l'amministrazione dei beni) attraverso cui i genitori esercitano la responsabilità, anche se i beneficiari non sono soltanto i figli ma tutti i membri della famiglia.

L'usufrutto legale dà luogo a un vincolo di destinazione dei frutti dei beni al mantenimento della famiglia e all'istruzione ed educazione dei figli. L'effetto tipico della destinazione è la separazione dei patrimoni. Nella fattispecie dell'usufrutto legale si separa il patrimonio dei genitori da quello del figlio. Ciò si evince dall'art. 326, co. 2, c.c. secondo cui l'esecuzione sui frutti dei beni del figlio «non può aver luogo per debiti che il creditore conosceva essere stati contratti per scopi estranei ai bisogni della famiglia».

Questa disposizione implica che se i genitori assumono obbligazioni per soddisfare interessi non pertinenti allo svolgimento della vita familiare, i creditori non possono agire esecutivamente sui frutti dei beni del minore. I frutti possono essere oggetto di esecuzione solo in caso di inadempimento di obbligazioni assunte dai genitori per far fronte a bisogni della famiglia o del figlio²¹³.

Una regola analoga è prevista dall'art. 170 c.c. con riguardo ai beni oggetto del fondo patrimoniale, dall'art. 490 c.c. sugli effetti dell'accettazione dell'eredità con beneficio di inventario e, più in generale, dall'art. 2645-ter c.c. sull'atto di destinazione.

Che i redditi dei beni del figlio non possano essere destinati a vantaggio di persone diverse dai membri della famiglia, è desumibile anche dall'art. 328 c.c. Il genitore che si risposa conserva l'usufrutto legale, ma ha l'obbligo di accantonare a favore del figlio quanto risulti in eccesso rispetto alle spese per il mantenimento, l'istruzione e l'educazione dello stesso. Si crea, perciò, secondo parte della dottrina, una situazione analoga a quella in cui non vi è usufrutto legale, almeno per

²¹¹ Conseguo a questa impostazione che, qualora dovesse insorgere un contrasto tra i genitori sull'impiego dei frutti, è applicabile analogicamente l'art. 316 c.c., che prevede un apposito procedimento volto a comporre un contrasto insorto nell'esercizio della responsabilità genitoriale.

²¹² M. SESTA, *L'usufrutto legale*, cit., 145.

²¹³ Naturalmente i creditori del figlio potranno espropriare sia i frutti dei beni oggetto di usufrutto legale sia i beni stessi.

quanto riguarda i rapporti tra il figlio ed il genitore»²¹⁴ (si veda la somiglianza con l'art. 48, co. 3, l. adoz.).

L'art. 328 c.c. dimostra, tra l'altro, come i genitori titolari dell'usufrutto legale possano disporre liberamente dell'eccedenza dei frutti dei beni del figlio finché non si risposino.

Non tutti i beni del figlio costituiscono oggetto dell'usufrutto legale; alcuni ne sono esclusi secondo quanto dispone l'art. 324, co. 3, c.c. Esattamente: 1) i beni acquistati dal figlio con i proventi del proprio lavoro (anche se il lavoro è svolto nell'impresa familiare); 2) quelli trasferiti *mortis causa* o con donazione al figlio per intraprendere una carriera, un'arte o una professione; 3) i beni trasferiti sempre *mortis causa* o con donazione con la condizione che i genitori esercenti la responsabilità o uno di essi non ne abbiano l'usufrutto (la condizione però non è efficace per i beni spettanti a titolo di legittima)²¹⁵; 4) i beni pervenuti al figlio per eredità o per donazione e accettati nell'interesse del figlio contro la volontà dei genitori esercenti la responsabilità genitoriale (qui l'accettazione può avvenire ad opera di un curatore speciale ai sensi dell'art. 321 c.c.)²¹⁶.

²¹⁴ Una situazione paradossale, dato che la riforma del 1975 ha inteso modificare la regola previgente secondo cui il passaggio a nuove nozze determinava l'estinzione dell'usufrutto legale. Il legislatore del 1942 intendeva evitare che l'usufrutto avvantaggiasse la nuova famiglia creata dal genitore anziché quella originaria del minore. Il nuovo art. 328 c.c., formalmente, dispone la conservazione dell'usufrutto legale, sostanzialmente, la nega al genitore che si risposa (così A. C. PELOSI, *Sub. art. 328 c.c.*, in *Comm. Cian-Oppo-Trabucchi*, cit., 398-399, il quale reputa incongruente che i frutti dei beni del figlio, da un lato, debbano essere utilizzati solo per i bisogni di lui, dall'altro, rispondano comunque delle obbligazioni contratte dai genitori per i bisogni della nuova famiglia; *contra* L. FERRI, *Della potestà dei genitori*, cit., 140, secondo cui i creditori del genitore binubo non possono aggredire i frutti dei beni del figlio per l'adempimento di obbligazioni contratte dal genitore per scopi estranei al mantenimento, all'educazione e all'istruzione del figlio proprietario).

²¹⁵ M. SESTA, *L'usufrutto legale*, cit., 150, affronta il problema della natura giuridica della clausola che vincola la disposizione patrimoniale all'inizio di una carriera, di un'arte o di una professione. Egli distingue a seconda che si abbia una condizione risolutiva o un *modus*. Sullo sfondo vi sono problemi di illiceità della clausola che, ad esempio, imponga al minore di intraprendere una carriera non confacente alle sue inclinazioni. Illiceità che cada l'intera disposizione qualora si tratti del solo motivo che ha determinato il lascito.

²¹⁶ A. C. PELOSI, *Sub. art. 324 c.c.*, cit., 387 ss., spiega la *ratio* di ciascuna di tali esclusioni. In sintesi: la 1) favorisce la libera attività del figlio e riguarda - si ritiene - non solo i beni acquistati con i proventi del lavoro, ma anche i proventi stessi; la 2) si basa sull'intento del legislatore di rispettare e - aggiungerei - di rafforzare la volontà del disponente di destinare certi beni ad esclusivo vantaggio del figlio per il suo futuro lavorativo; la 3) è giustificata dallo scopo di evitare di disincentivare il disponente nell'intento di beneficiare il minore qualora egli sia in contrasto con i genitori o non voglia che della disposizione benefici l'intera famiglia; la 4) più che una pena a carico dei genitori (tesi decisamente esclusa dal Cicu), avrebbe il suo fondamento in una «ragione di opportunità: evitare che il genitore (...) si trovi costretto a destinare a vantaggio della famiglia il reddito di beni che (ad esempio, in odio al disponente) non aveva voluto far

A questi casi deve aggiungersi quello di cui all'art. 465 c.c., secondo cui i genitori esclusi per indegnità da una successione *mortis causa* non hanno l'usufrutto legale sui beni della stessa che, per delazione successiva, siano pervenuti ai figli.

L'usufrutto legale, com'è noto, non può essere sovrapposto a quello ordinario. L'art. 325 c.c. stabilisce che gravano sull'usufrutto legale gli obblighi propri dell'usufruttuario. Tuttavia occorre distinguere. I genitori sono tenuti alle spese di custodia, all'amministrazione e alla manutenzione ordinaria (art. 1004 c.c.), alle imposte e agli altri pesi di cui all'art. 1008 c.c., alle passività gravanti su eredità in usufrutto (art. 1010 c.c.), alle spese per le liti e alla redazione dell'inventario.

Si ritiene, invece, non applicabile all'usufruttuario legale il divieto di mutare la destinazione economica del bene; la necessità o l'utilità evidente possono giustificare, previa autorizzazione giudiziale, siffatto mutamento nell'interesse del minore²¹⁷. Come pure sono inapplicabili gli artt. 981, co. 1., c.c., l'art. 985, l'art. 995 e l'art. 999 c.c.²¹⁸

Va rilevato che l'art. 1002, co. 3, c.c. detta una regola particolare per l'usufrutto legale, dispensando i genitori dall'obbligo di dare idonea garanzia. Essi non sono neppure obbligati al rendiconto, diversamente dai titolari degli uffici di diritto privato a tutela degli incapaci (artt. 380, 385, 405, co. 5 n. 6, c.c.).

L'usufrutto legale non dà luogo a un diritto reale di godimento di cui i genitori possono disporre. Ciò si evince, secondo un autore²¹⁹, dall'estinzione dell'usufrutto nel momento in cui il minore non è più proprietario del bene. Dunque qualora sia alienato un bene del minore, l'acquirente acquista la piena proprietà, non sussistendo il diritto di seguito tipico dei diritti reali di godimento.

Stante l'inseparabilità del diritto reale acquistato dal figlio dall'usufrutto legale, i genitori non possono alienare quest'ultimo, renderlo oggetto di pegno, di ipoteca o di esecuzione da parte dei creditori (cfr. art. 326, co. 1, c.c., diversamente da quanto stabilisce l'art. 980 c.c.).

L'usufrutto legale cessa al compimento della maggiore età o dell'emancipazione del figlio (art. 324, co. 1, c.c.). Tuttavia se il figlio continua a convivere con i propri genitori, questi possono continuare a impiegare nell'interesse della famiglia i frutti dei beni del figlio. Ciò a condizione che il figlio convivente o non abbia fatto opposizione

pervenire al figlio» (p. 389). Diversa è la posizione di A. CICU, *La filiazione*, cit., 323-324, il quale spiga l'esclusione dall'usufrutto legale in ragione di una parziale decadenza dalla potestà dovuta all'abusivo esercizio di quest'ultima. Di conseguenza, secondo l'illustre autore, ove il genitore provi che il rifiuto è stato effettuato in buona fede, egli riacquisterebbe l'usufrutto legale sul bene.

²¹⁷ A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., 644-645.

²¹⁸ M. SESTA, *L'usufrutto legale*, cit., 148.

²¹⁹ A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., 644, trae poi la conseguenza che l'usufrutto «non implica alcuna contitolarità».

all'utilizzo dei frutti, oppure abbia autorizzato i genitori con procura all'utilizzo dei frutti senza l'obbligo di renderne conto. In questi casi, secondo l'art. 329 c.c., i genitori o i loro eredi sono tenuti a consegnare solo i frutti esistenti al momento della domanda.

La cessazione dell'usufrutto legale non incide sull'obbligo di mantenimento del figlio²²⁰, che continua fino al raggiungimento dell'indipendenza economica dello stesso. Permane anche l'obbligo a carico del figlio di contribuzione al mantenimento della propria famiglia (anche ricomposta) con la quale conviva (art. 315-*bis*, ult. co., c.c.).

C'è un punto della disciplina appena illustrata che ha sollevato le critiche di una parte della dottrina. È stato osservato che appare difficilmente giustificabile, nonostante la finalità solidaristica dell'istituto, che i genitori possano liberamente disporre dell'eccedenza dei frutti dei beni dei figli rispetto alle finalità di cui all'art. 324, co. 2 c.c.²²¹. Effettivamente questo profilo della disciplina meriterebbe un ripensamento.

16. L'ESERCIZIO DELLA RESPONSABILITÀ NELLA CRISI DI COPPIA: AFFIDAMENTO CONDIVISO, NEGOZIAZIONE ASSISTITA E ATTENUAZIONE DELLA LITIGIOSITÀ.

La separazione personale tra coniugi, il divorzio o la cessazione della convivenza di fatto sono situazioni che rischiano di svilire i diritti dei figli (art. 315-*bis* c.c) e dei genitori (art. 30, co. 1, Cost.).

Al fine di rafforzare entrambe queste posizioni giuridiche soggettive, è intervenuta prima la legge n. 54/2006 che ha introdotto l'affidamento condiviso; successivamente la riforma 2012/2013, nel rendere modulabile l'istituto dell'affido esclusivo, ha inteso assicurare quanto più possibile, il coinvolgimento nella vita dei figli anche del genitore non affidatario (cfr. *infra* § 17).

Prima di soffermarsi sull'art. 337-*quater*, co. 3, c.c., disposizione a tratti di difficile interpretazione, e sull'affido condiviso, va segnalata una significativa modifica della struttura del codice civile.

L'art. 7 d. lgs. n. 154/2013 ha introdotto, all'interno del titolo IX del libro I, un nuovo capo II intitolato «Esercizio della responsabilità genitoriale a seguito di separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili, annullamento, nullità del matrimonio ovvero all'esito di procedimenti relativi ai figli nati fuori dal matrimonio».

L'aver accolto il principio dell'unicità dello stato di figlio (art. 315 c.c.) ha imposto di unificare²²² nel codice civile la disciplina dell'eser-

²²⁰ C. M. BIANCA, *La famiglia*, cit., 351.

²²¹ C. M. BIANCA, *La famiglia*, cit., 349.

²²² G. F. BASINI, *I provvedimenti relativi alla prole*, in *Tratt. dir. fam.*, diretto da

cizio della responsabilità genitoriale, quando vengono in rilievo particolari fattispecie incidenti sul rapporto di filiazione. Precisamente sono stati abrogati gli artt. da 155 a 155-*sexies* e riscritti, con qualche significativa modifica e aggiunta, nel capo II del titolo IX del libro primo, prendendo la numerazione dall'art. 337-*bis* ss. c.c.

Il nuovo articolato normativo, dopo una iniziale disposizione sull'ambito applicativo (cfr. art. 337-*bis* c.c.), chiarisce subito quali sono i diritti dei figli che devono essere salvaguardati, nonostante la crisi del rapporto genitoriale. L'art. 337-*ter*, co.1, c.c. prevede: il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori; il diritto di ricevere cura, educazione, istruzione e - quale novità rispetto al previgente art. 155 c.c. - assistenza morale; il diritto di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale.

Vi è poi una disposizione strettamente connessa all'elencazione dei diritti, funzionale a garantirne l'effettività. Il giudice, nell'adottare i provvedimenti relativi alla prole, deve far esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa (art. 337-*ter*, co. 2, c.c.). I diritti dei figli sono dunque gerarchicamente sovraordinati alla posizione giuridica dei genitori²²³. E il legislatore, com'è noto, ha fornito una indicazione fondamentale per attuare al meglio la tutela della prole: il giudicante deve valutare prioritariamente la possibilità che la prole resti affidata a entrambi i genitori²²⁴, non essendo egli vincolato a un accordo con cui sia stato previsto l'affidamento esclusivo²²⁵.

G. Bonilini, cit., vol. III, 3107 ss, rileva come una totale unificazione non vi sia stata. Ad esempio egli ritiene ancora vigente l'art. 6 co. 6 l. n. 898/1970 (sul divorzio). Per un approfondimento si rinvia alle chiarissime pagine dell'autore.

²²³ G. F. BASINI, *I provvedimenti relativi alla prole*, cit., 3110.

²²⁴ P. SCHLESINGER, *L'affidamento condiviso è diventato legge! Provvedimento di particolare importanza, purtroppo con inconvenienti di rilievo*, in *Corr. giur.*, 2006, 3, 301 ss. (ma v. pag. 3 versione *on line*) afferma che l'introduzione del principio di bigenitorialità sia una «preziosa conquista» del nostro ordinamento. L'autore sottolinea, però, anche le criticità, soprattutto processuali, della nuova legge.

²²⁵ S. PATTI, *Rilievi introduttivi*, in *L'affidamento condiviso*, a cura di S. Patti-L. Rossi Carleo, Milano, 2006, 8, accoglie giustamente questa soluzione, sebbene l'ordinamento tedesco, che pure conosce l'affidamento condiviso, ammetta gli accordi che stabiliscono l'affidamento esclusivo. L'autore argomenta dalla ricostruzione dell'affidamento condiviso «come una naturale prosecuzione del rapporto genitori-figli - non toccato dalla separazione personale dei coniugi - e quindi della potestà [oggi responsabilità] genitoriale». Il diritto-dovere dei genitori di mantenere, educare ed istruire è indisponibile tanto prima quanto a seguito della crisi familiare. Si può aggiungere che l'art. 315-*bis*, co.1, c.c. prevede - sebbene fosse già implicito ai sensi dell'art. 30, co. 1, Cost. - il diritto soggettivo del figlio di essere mantenuto, educato, istruito e assistito moralmente dai genitori. Ecco perché - quasi come una conseguenza necessaria di queste disposizioni - il giudice deve valutare «prioritariamente» la possibilità dell'affidamento condiviso e deve tentare di scongiurare, se del caso avvalendosi della mediazione familiare (art. 337-*octies* ult. co. c.c.), l'affidamento esclusivo nell'interesse morale e materiale dei figli. Ebbene è piuttosto evidente che i genitori non possano accordarsi sull'affidamento esclusivo; opinando diversamente, verrebbe cancellato il diritto del

Tra i diversi provvedimenti giudiziari viene, pertanto, in rilievo, come prima soluzione da ponderare, l'istituto dell'affidamento condiviso. Il cui elemento caratterizzante non sta nella perfetta divisione del tempo di permanenza del figlio presso l'abitazione di ciascun genitore. Nella prassi giudiziaria, per lo più, vi è un genitore, denominato collocatario (o domiciliatario), con cui il figlio convive per maggior tempo²²⁶.

Due sono piuttosto gli elementi fondamentali dell'affido condiviso. Il primo è l'esercizio in comune della responsabilità genitoriale, che postula un accordo tra i genitori sugli obiettivi educativi, un profondo rispetto dei rispettivi ruoli e soprattutto - e ancor prima - un'adeguata capacità collaborativa²²⁷. Va precisato tuttavia che, secondo l'orienta-

figlio di cui si diceva previsto dagli artt. 30 Cost. e 315-bis, co. 1, c.c., diritto attuato tramite l'affidamento condiviso (art. 337-ter, co. 2, c.c.) Secondo Patti gli accordi tra i genitori sono rilevanti quanto ai «tempi e alle modalità» della presenza dei figli presso ciascun genitore, ossia alla divisione del tempo settimanale e alla organizzazione dei pernottamenti. Si tratta, quindi, delle modalità di esecuzione dell'affidamento condiviso, non già della sua esclusione.

Dagli artt. 30 Cost., 315-bis, co. 1, c.c. e 337-ter, co. 2 c.c., discende anche un altro limite all'autonomia dei genitori. Questi ultimi non possono scegliere l'affidamento condiviso, prevedendo altresì, negli accordi di separazione o di divorzio, che alcune decisioni di maggior interesse verranno assunte soltanto da un genitore senza alcun previo concerto con l'altro, il quale si assume esclusivamente l'obbligo di pagare. Una pattuizione del genere svuoterebbe di contenuto l'affidamento condiviso, il quale «comporta l'assunzione di uguali poteri e responsabilità da parte dei genitori, ai fini dello sviluppo psico-fisico del figlio e della sua formazione morale e culturale, richiedendo a ciascuno di essi un personale impegno nella realizzazione di un progetto di vita comune, la cui elaborazione non può risolversi nella passiva acquiescenza di un genitore alle scelte unilateralmente compiute dall'altro, ma esige una costante e preventiva consultazione reciproca, volta alla sollecita percezione delle necessità del minore e all'identificazione dei mezzi più convenienti per farvi fronte». Così Cass., n. 10174/2012, in *Fam. e dir.*, 2013, 2, 11 ss., con nota di A. ARCERI, *Onere di mantenimento della prole e spese straordinarie nella recente giurisprudenza della Cassazione*, la quale afferma anche che, ammettendo la validità e l'efficacia della predetta pattuizione, si ridurrebbe «l'apporto di uno dei genitori ad una mera erogazione di denaro, svincolata da qualsiasi contributo di carattere decisionale, in contrasto con gli obiettivi di responsabilizzazione di entrambe le figure genitoriali avuti di mira dal legislatore attraverso la previsione di queste forme di affidamento [il riferimento è all'affidamento congiunto previsto dalla legge sul divorzio e al nuovo affidamento condiviso]».

²²⁶ Sui tempi di presenza presso ciascun genitore incidono rilevanti circostanze di fatto quali la vicinanza della scuola e degli altri edifici in cui il figlio pratica attività funzionali allo studio o di svago e anche la diversa disponibilità di tempo dei genitori a stare durante il giorno nell'abitazione nonché lo spazio a disposizione in quest'ultima.

²²⁷ Secondo il Trib. Reggio Emilia, 11.6.2015, in *Cassazione.net*, qualora si ravvisi che i genitori hanno consistenti difficoltà a sviluppare un minimo di dialogo su una questione importante come la salute del figlio (nel caso di specie affetto da autismo), è possibile disporre l'affido condiviso, prevedendo al contempo che le decisioni di maggior interesse relative alla salute del figlio siano assunte da un soggetto terzo (nel caso di specie dal responsabile della Neuropsichiatria infantile e da quello del Centro autismo). Il trib. argomenta dall'art. 337-ter, co. 2, c.c. che attribuisce al giudice un ampio

mento consolidato della Cassazione, tendenzialmente, «il grave conflitto tra i genitori, di per sé solo, non è tale da escludere l'affidamento condiviso»²²⁸. Il quale va inteso *come regola* a tutela del diritto del

potere discrezionale in ordine all'individuazione dei provvedimenti da assumere nell'interesse della prole. Già in precedenza Cass., n. 4413/2014, in *Leggi d'Italia on line*, ha affidato i minori ai sevizi sociali, pur domiciliandoli presso la madre. Secondo la Suprema Corte «l'affidamento ai servizi sociali non deve essere considerato come un'alternativa ma piuttosto come un supporto all'esercizio della funzione genitoriale della [madre] e una garanzia per i minori di evitare produzione di ulteriori traumi dipendenti dalla conflittualità esistente fra i genitori».

²²⁸ Così Cass., n. 12976/2012, in *Leggi d'Italia on line*. Ma anche Cass., n. 16593/2008, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, 1, 10068, con nota di M. MANTOVANI, (*Presunta omosessualità di un genitore, idoneità educativa e rilievo della conflittualità ai fini dell'affidamento*, secondo cui «perché possa derogarsi alla regola dell'affidamento condiviso [occorre che] risulti, nei confronti di uno dei genitori, una sua condizione di manifesta carenza o inidoneità educativa o comunque tale appunto da rendere quell'affidamento in concreto pregiudizievole per il minore (come nel caso, ad esempio, di una sua anomala condizione di vita, di insanabile contrasto con il figlio, di obiettiva lontananza»). Dunque per escludere l'affidamento condiviso occorrerà una motivazione, da un lato, in positivo sull'idoneità del genitore affidatario, dall'altro, in negativo sull'inidoneità educativa dell'altro genitore. Conformemente Cass., n. 17191/2011 la quale conferma l'affido esclusivo disposto dalla Corte d'appello di Brescia sulla base non solo della conflittualità tra i coniugi, ma anche sul comportamento gravemente denigratorio compiuto dal marito e dalla di lui famiglia nei confronti della moglie. Secondo Cass., n. 5108/2012, in *Leggi d'Italia on line*, tuttavia, se la conflittualità non si mantiene nel limite di determinare un tollerabile disagio per la prole, ma si «esprima in forme atte ad alterare e a porre in serio pericolo l'equilibrio e lo sviluppo psicofisico dei figli e, dunque, tali da pregiudicare il loro superiore interesse», deve essere preferito l'affidamento esclusivo al genitore capace di assicurare maggiore serenità alla prole. La pronuncia è da condividere se si considera che dalla CTU era emerso come l'affidamento condiviso si fosse dimostrato nocivo per la minore, «fonte di future patologie (...) in quanto generante ansia, confusione [perché su diversi profili della vita quotidiana della figlia adottavano soluzioni e regole diverse] e tensione».

Anche la giurisprudenza di merito non si è accontentata della mera conflittualità quale giustificazione decisiva dell'affidamento esclusivo. Cfr. Trib. Roma, 3.2.2015, n. 2546, il quale dispone l'affido esclusivo alla moglie sulla base di due elementi: 1) incapacità del marito di scindere il rapporto fortemente conflittuale con la moglie dal suo ruolo genitoriale; 2) scarsa collaborazione del marito con i Servizi Sociali instaurata al fine di recuperare il rapporto padre figlio. Si sottolinea nella sentenza, quale elemento negativo, che il padre non rispettava il dovere di incontrare il figlio nel fine settimana. Di certo lo scarso interesse nei confronti del figlio è incompatibile con il corretto funzionamento dell'affidamento condiviso. In sintesi può dirsi che, di per sé sola, l'aspra conflittualità tra i genitori non può costituire fondamento dell'affidamento esclusivo, poiché l'art. 337-*quater*, co. 1, c.c. richiede, quale suo presupposto, la contrarietà all'interesse del minore (*id est* il pregiudizio per quest'ultimo) dell'affidamento ad entrambi i genitori. Semmai, secondo talune pronunce di merito, in caso di rapporti tissimissimi tra i genitori, l'affidamento condiviso e le regole del suo funzionamento dovrebbero essere di stimolo - francamente se ne dubita - a una ripresa del dialogo nell'esclusivo interesse dei figli. Affinché il giudice escluda un genitore dall'affidamento, occorre allegare e provare specifiche circostanze concernenti un genitore, le quali si sono ripercosse (o si ripercuoteranno) negativamente sulla serena crescita del minore. Osserva però perspicuamente Manuela Mantovani nella nota sopra citata che, in caso di aspra conflittualità tra i genitori, il giudice, anche avvalendosi dei servizi sociali,

minore alla bigenitorialità, laddove, invece, l'affidamento esclusivo si pone come eccezione, tant'è che la previsione giudiziale di quest'ultimo provvedimento deve essere motivata.

Il secondo elemento attiene ai tempi di frequentazione e di cura del figlio, i quali devono essere non tanto identici ma sufficientemente equilibrati per entrambi i genitori²²⁹. È solo nel rapporto diretto e nella convivenza con il genitore che il minore vive e consolida il legame con la figura genitoriale. L'abitudine alla presenza fisica dell'altro è, in astratto, elemento decisivo per una crescita equilibrata e più ricca di scambi comunicativi per il minore.

L'affido condiviso non può, dunque, scadere nel vetusto modello del diritto di visita, altrimenti si viola il diritto del figlio minore di mantenere un rapporto *continuativo* con ciascun genitore e si perpetua l'idea di una situazione di svantaggio di un genitore (quello che, pur affidatario, dispone di ritagli di tempo per stare col figlio)²³⁰.

Deve ammettersi, a ben vedere, che l'elemento della contitolarità dell'esercizio della responsabilità connota maggiormente l'affidamento condiviso rispetto alla distribuzione tendenzialmente paritaria del tempo di convivenza. La lontananza delle residenze, infatti, non è di per sé ragione sufficiente a giustificare l'affidamento esclusivo. È soltanto il pregiudizio per il minore che deve indurre il giudice ad estromettere un genitore dall'affidamento²³¹. Inoltre a stretto rigore, il diritto ad un «rapporto continuativo» con ciascun genitore, di cui fa menzione l'art.

dovrà indagare le cause del dissidio «in modo da poter escludere che, in quella concreta situazione, l'affidamento condiviso non finisca per compromettere l'equilibrio psico-fisico del minore». Egli se, all'esito dell'indagine, dovesse propendere per l'affidamento esclusivo, al fine di conservare il diritto del minore di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascun genitore, potrà modulare l'esercizio della responsabilità genitoriale ai sensi del nuovo art. 337-*quater* ult. co. c.c. di cui si dirà in seguito. Per una ricca e ragionata sintesi della casistica sull'affidamento condiviso cfr. G. F. BASINI, *I provvedimenti relativi alla prole*, cit., 3110 ss.

²²⁹ M. SESTA, *Le nuove norme sull'affidamento condiviso: A) profili sostanziali*, cit. 4, (versione *on line*) afferma che l'affidamento condiviso «rimanda ad un'idea di compartecipazione dei genitori nei compiti di cura e crescita del figlio; (...) ciascun genitore spartisce con l'altro la cura e i compiti relativi del figlio». È proprio questa l'essenza dell'affidamento condiviso, il quale - lo si ribadisce - è strumento di attuazione del diritto di cui all'art. 337-*ter* c.c. di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori. Diritto la cui attuazione postula a sua volta non soltanto la capacità di instaurare un dialogo con il figlio, ma anche la rilevanza della volontà di quest'ultimo. Trascurando questi nessi, il rapporto genitore-figlio non sarebbe più equilibrato, ma piuttosto caratterizzato da una gerarchia fine a se stessa che farebbe dubitare della capacità genitoriale.

²³⁰ S. PATTI, *Rilievi introduttivi*, [sull'affidamento condiviso], cit., 5-6.

²³¹ Cass., n. 24526/2010, in *Leggi d'Italia on line*, accoglie il seguente principio di diritto: «l'oggettiva distanza esistente tra i luoghi di residenza dei genitori non preclude la possibilità di un affidamento condiviso del minore ad entrambi i genitori, potendo detta distanza incidere soltanto sulla disciplina dei tempi e delle modalità della presenza del minore presso ciascun genitore». Questo orientamento è senz'altro da

337-ter, co. 1, c.c., non significa tanto quotidianità dello stare insieme, ma partecipazione affettiva, morale e materiale alla vita del minore²³².

Ma c'è un altro aspetto, già accennato, essenziale e propedeutico al più efficiente funzionamento dell'affidamento condiviso. È la capacità dei genitori di scindere le ragioni della loro conflittualità dall'atteggiamento, conciliante ed equilibrato, che devono assumere quando discutono di decisioni da adottare nell'interesse dei figli. I cui diritti sanciti dall'art. 337-ter, co. 1, c.c. sono tanto più effettivi quanto maggiore sia la capacità dei genitori di cooperare tra loro, riducendo al minimo la conflittualità. Ecco perché il legislatore del 2013 ha previsto che, pur in presenza dell'affido esclusivo, di regola, le decisioni di maggior interesse per i figli siano adottate da entrambe i genitori. È

condividere se si considera non solo che lunghe distanze possono essere percorse anche in tempi relativamente brevi, ma che l'uso della tecnologia audio-video contribuisce a mantenere vitale un rapporto a distanza (cfr. *infra*)

²³² Quando le residenze dei genitori sono lontane o un genitore, per ragioni lavorative, trascorre molto tempo in un altro paese, il giudice potrebbe disporre l'affido condiviso, stabilendo che i contatti tra il genitore non collocatario e il figlio possano avvenire tramite skype (video chiamata). Questo strumento tecnologico, da adoperare naturalmente in via provvisoria, consente al genitore lontano di vedere la prole con la frequenza stabilita nel provvedimento giudiziale. Preme sottolineare come dalla distanza dei luoghi tra un genitore e il figlio non possa desumersi *sic et simpliciter* l'assenza di un legame affettivo, né un disinteresse verso la prole, così da ritenere necessario l'affidamento esclusivo. La giurisprudenza di merito ha disposto l'utilizzo di Skype, nel regime di affidamento esclusivo, per consentire il recupero del rapporto tra la madre e le figlie, le quali rifiutavano la presenza fisica della stessa. Il Trib. Milano, ord. 16.4.2013, in *Leggi d'Italia on line*, ha ritenuto che il video-dialogo potesse essere una buona soluzione per favorire la ripresa del contatto tra madre e figlie. Nel dispositivo dell'ordinanza se ne regola l'utilizzo. Nella motivazione del provvedimento, il tribunale di Milano richiama l'interpretazione che la Corte EDU ha accolto dell'art. 8 Cedu. Il diritto al rispetto della propria vita familiare impone alle Alte Parti Contraenti non soltanto di non ledere tale situazione giuridica (obblighi negativi non tassativamente predefiniti), ma di apprestare un adeguato strumentario giuridico che garantisca l'effettività del diritto e il rispetto delle decisioni dei tribunali (obblighi positivi) (Corte EDU, 29.1.2013, *Lombardo c. Italia.*, ric. n. 25704/11). Nel fornire strumenti adeguati di realizzazione del diritto, lo Stato deve essere tempestivo (il giudice non può limitarsi a constatare l'inosservanza dei propri provvedimenti), altrimenti vi è il rischio di pregiudicare gravemente il rapporto genitore figlio. L'art. 8 Cedu, insomma, impone agli Stati di adottare misure non già automatiche e stereotipate ma potenzialmente effettive. Si può notare come ritorni spesso il principio di effettività, nel senso di spingere il giudice ad individuare strumenti e tecniche di tutela - non espressamente previste dalla legge - idonee all'attuazione del diritto fatto valere in giudizio. È importante però sottolineare che l'utilizzo giornaliero di Skype non può giustificare l'inosservanza da parte del genitore del calendario degli incontri mensili o annuali fissati dal giudice con il figlio. Sul punto cfr. Cass., n. 977/2017, in *www.cassazione.net*, la quale conferma l'affidamento esclusivo al padre. La Corte di merito, secondo la Cassazione, ha giustamente attribuito rilievo al fatto che la madre «nel corso di più di un anno (dall'estate del 2012 alla fine del 2013) non aveva mai fatto ritorno in Italia, nemmeno per il numero minimo di incontri (tre) individuati dal consulente tecnico». Com'è noto, una delle ragioni che, secondo una costante giurisprudenza, giustifica la deroga all'affidamento condiviso è l'esercizio discontinuo del diritto di visita.

nella condivisione delle scelte maturate nel dialogo costruttivo e nell'ascolto reciproco che il minore cresce e consolida la sua personalità.

Il giudice, tuttavia, secondo una criticabile impostazione, non può spingersi fino a prescrivere ai genitori, in aspro conflitto tra di loro e incapaci di far prevalere l'interesse della prole, di sottoporsi a un percorso psicoterapeutico individuale e a un percorso di sostegno alla genitorialità da seguire insieme. Secondo la Cassazione²³³ siffatta prescrizione è lesiva del diritto alla libertà personale (art. 13 Cost.) e della disposizione che pone una riserva di legge per l'imposizione di trattamenti sanitari (art. 32, co. 2 Cost.).

In verità, come ha rilevato un'attenta dottrina²³⁴, il discorso è più articolato di come l'ha affrontato la Cassazione, ma ciò che ora preme sottolineare è altro. L'esercizio della responsabilità genitoriale è il profilo più delicato della crisi della famiglia, essendo esso strettamente legato all'effettività dei diritti dei figli in tale ambito.

Nell'affido condiviso occorre distinguere tra le decisioni di maggior interesse per i figli e quelle attinenti a questioni di ordinaria amministrazione. Le prime, quelle relative all'istruzione, all'educazione, alla salute, alla scelta della residenza abituale del minore e alla attività ricreative, devono essere assunte di comune accordo, tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli (artt. 316, co. 1 e 337-ter, co. 3, c.c.). Con riguardo alle seconde, il giudice può stabilire, anche d'ufficio, che i genitori esercitino la respon-

²³³ Cass., n. 13506/2015, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 1, 10018, con nota di M. MANTOVANI, *Immaturità, fragilità dei genitori e affidamento dei figli: sul lettino di Freud* e con nota di M. CASONATO, *Psicoterapie, percorsi, e altra psicologia spicciola cassati dalla prima sezione civile*. Si legge nella sentenza che «(...) la prescrizione di un percorso terapeutico ai genitori è connotata da una finalità estranea al giudizio quale quella di realizzare una maturazione personale dei genitori che non può che rimanere affidata al loro diritto di auto-determinazione». In verità quest'affermazione oblitera un profilo giuridico rilevante. Se il minore ha diritto di mantenere un rapporto equilibrato con ciascuno dei genitori (art. 337-ter, co. 1, c.c.), deve potersi rimediare all'inadeguatezza educativa e affettiva di questi ultimi. Come si è già rilevato innanzi nel testo, la tutela più efficiente del minore si incentra non già sulla eliminazione ma sul recupero del rapporto con i genitori. Ma allora se questi ultimi appaiono inadeguati allo svolgimento dei loro compiti, il giudice, senza violare alcuna riserva di legge né libertà della persona, può porre una relazione tra il futuro atteggiamento refrattario dei genitori all'ausilio di psicologici per risolvere la loro problematica e l'esercizio della responsabilità genitoriale.

²³⁴ M. MANTOVANI, *Immaturità, fragilità dei genitori e affidamento dei figli: sul lettino di Freud*, cit., 6 ss. (versione *on line*), muove intanto dalla considerazione che non è agevole chiarire il rapporto tra i trattamenti sanitari cui fa menzione l'art. 32 co. 2 Cost. e la molteplicità dei tipi di interventi di carattere psicologico. Ma, a parte ciò, l'autrice ritiene, anche sulla scorta di una pronuncia del tribunale di Milano (10.10.2015), che il giudice possa utilizzare il linguaggio dell'onere, prefigurando conseguenze sulla responsabilità genitoriale, qualora le libere e legittime scelte del genitore (il quale non si sottopone ai percorsi psicologici volti a superare le problematiche comportamentali) si traducano in comportamenti pregiudizievoli per il figlio.

sabilità genitoriale separatamente. Ciò semplifica l'esercizio della responsabilità per gli atti di minor importanza e di frequente reiterazione.

Se i genitori dovessero trovarsi in disaccordo su una decisione di maggior interesse, essa è rimessa al giudice (così l'art. 337-ter, co. 3, c.c.).

È evidente che l'affidamento condiviso, quale istituto che esprime la condivisione genitoriale dell'esercizio della responsabilità, garantisce più efficacemente il diritto del figlio di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori. La concentrazione dell'esercizio in capo a un solo di essi allenta, quasi inevitabilmente, il rapporto con l'altro genitore a detrimento, spesso, della qualità di vita del figlio.

Non a caso il legislatore del 2006, da un lato, ha previsto come presupposto dell'affido esclusivo la contrarietà all'interesse del minore dell'affido a uno dei genitori, difficile da delimitare e da integrare, dall'altro, ha posto a carico del giudice l'obbligo di motivazione. Dal provvedimento giudiziale deve emergere che l'affido condiviso sia pregiudizievole (non già sconsigliabile o inopportuno) per il minore, il che si verifica in casi estremi, quali l'assoluta incapacità di educare e di instaurare un rapporto con il figlio, il disinteresse totale verso quest'ultimo, la pericolosità delle condotte tenute dal genitore. Vi è per il giudice un dovere di doppia motivazione: in *positivo* sull'idoneità del genitore affidatario e in *negativo* sulla manifesta carenza dell'altro genitore nell'assumere i doveri genitoriali²³⁵.

La giurisprudenza ha riconosciuto l'esistenza di tale pregiudizio con molta parsimonia: solo a fronte di condotte particolarmente gravi tali da impedire, senza alcun dubbio, una crescita serena e armoniosa del minore²³⁶.

Il legislatore, per favorire l'affidamento condiviso, ha adottato disposizioni volte a scoraggiare la domanda di affido esclusivo. Ai sensi dell'art. 337-*quater*, co. 2, c.c. se la domanda risulta manifestamente infondata²³⁷, il giudice può, da un lato, considerare il comportamento

²³⁵ Cass., n. 17191/2011; Cass., n. 24841/2010 e Cass., n. 24526/2010, tutte in *Leggi d'Italia on line*.

²³⁶ Nella casistica si trovano i seguenti casi: il genitore che ha usato violenza nei confronti della moglie [(o della convivente *more uxorio*), Trib. Milano, 13.1.2014, Cass., n. 8548/2011, entrambe in *Leggi d'Italia on line*]; il genitore con gravi precedenti penali che non abbia offerto alcun segno di ravvedimento o che sia tossicodipendente o alcolista con frequenze malavitose; il genitore che non provvede all'assistenza morale e materiale del figlio, disinteressandosene (Cass., n. 17990/2013, in *Leggi d'Italia on line*); il genitore che scredita sistematicamente l'altro genitore durante i colloqui col figlio.

²³⁷ Il genitore che domanda l'affido esclusivo del figlio soltanto in ragione dell'astio che prova nei confronti dell'altro genitore, artefice a sue dire della crisi di coppia, rischia l'effetto opposto: che gli venga rigettata la domanda, vedendo altresì precluso per sé l'affidamento. Denigrare ingiustificatamente l'altra persona, ritenendola

del genitore istante nell'emettere i provvedimenti da adottare nell'interesse dei figli, dall'altro, applicare l'art. 96 c.p.c. sulla responsabilità aggravata, che comporta una condanna al risarcimento del danno a carico della parte soccombente in giudizio.

Dalla disamina dell'affidamento condiviso è emerso un punto importante, che merita un'ulteriore sottolineatura, alla luce anche dei più recenti interventi legislativi. La normativa della crisi familiare persegue lo scopo di ridurre la conflittualità²³⁸.

La negoziazione assistita, introdotta con d.l. n. 132/2014 conv. con modificazioni in l. n. 162/2014, quale strumento per risolvere la crisi (solo) coniugale, palesa proprio la predetta finalità: spingere chi vive la fine del rapporto coniugale ad abbassare il livello di litigiosità. Questo risultato è strumentale a un'attuazione più compiuta soprattutto dei diritti dei figli, ma anche in una qualche misura dei genitori.

Procediamo però con ordine per suffragare questo assunto.

L'art. 337-ter, co. 2, c.c. prevede espressamente la rilevanza giuridica degli accordi tra i genitori; il giudice ne «prende atto», cioè li recepisce *in toto*, salvo che essi siano contrari all'interesse dei figli²³⁹. È vero che all'indomani dell'entrata in vigore della legge n. 54/2006, un Maestro del diritto²⁴⁰, in ragione delle incertezze interpretative sollevate da talune disposizioni, aveva preconizzato un incremento della litigiosità e una giustizia inevitabilmente più lenta, tanto da fargli esclamare: «poveri giudici!» Non che la previsione non si sia realizzata, ma il legislatore ha cercato, successivamente, di responsabilizzare maggiormente gli interessati e la classe degli avvocati portando, con la negoziazione assistita, fuori dal tribunale la gestione della crisi coniugale, anche in presenza di figli minori di età.

Condivisibile è la decisione del legislatore di non aver previsto l'obbligatorietà della negoziazione assistita²⁴¹ in materia di separazio-

del tutto priva di capacità genitoriali, palesa un atteggiamento non protettivo nei confronti del figlio e un'incapacità di fare il miglior interesse di quest'ultimo; interesse che si attua conservando un rapporto equilibrato e continuativo con entrambi i genitori, come si è espresso il legislatore nell'art. 337-ter, co. 1, c.c.

²³⁸ M. PARADISO, *Potestà dei genitori e «interesse morale e materiale della prole»*, cit., 208, sottolinea come la previsione contenuta nell'art. 155, co. 3, c.c. (riversata nell'art. 337-ter, co. 3, c.c.), secondo cui anche le decisioni di ordinaria amministrazione sono assunte dai genitori di comune accordo, salvo diversa disposizione del giudice, esprime una sollecitazione del legislatore ai genitori affinché questi sappiano «ritrovare quelle modalità di intesa e quelle ragioni di accordo che non avevano saputo raggiungere nel loro rapporto di coppia».

²³⁹ M. SESTA, *Le nuove norme sull'affidamento condiviso*, cit., 6-7 (versione *on line*), sottolinea esattamente come il legislatore abbia inteso «valorizzare l'autonomia gestionale ed organizzativa dei genitori, sollecitandoli [n.d.r. anche nella separazione giudiziale in cui i coniugi si scontrano su molti aspetti] a suddividersi compiti e responsabilità rispetto alla prole».

²⁴⁰ P. SCHLESINGER, *L'affidamento condiviso è diventato legge!* cit., 7 (versione *on line*).

²⁴¹ La negoziazione assistita è condizione di procedibilità della domanda solo se

ne, divorzio e modifica delle relative condizioni, perché altrimenti i coniugi avrebbero potuto percepire il procedimento preliminare al giudizio come una inutile perdita di tempo di cui liberarsi in fretta. Tuttavia, ai sensi dell'art. 2, co. 7, d.l. n. 132/2014, «È dovere deontologico degli avvocati informare il cliente all'atto del conferimento dell'incarico della possibilità di ricorrere alla convenzione di negoziazione assistita».

È in questo momento dell'informativa, estremamente delicato e non meramente formale, che l'avvocato deve esplicitare al cliente i vantaggi della procedura stragiudiziale rispetto a quella giudiziale²⁴² e soprattutto far comprendere che l'effettività dei propri diritti e soprattutto di quelli dei figli dipendono in larga misura dalla capacità di ridurre la conflittualità, di collaborare in buona fede e con lealtà - così si esprime l'art. 2, co. 1, d.l. n. 132/2014 - al raggiungimento di un accordo²⁴³.

L'avvocato di ciascuna parte deve impegnarsi a far raggiungere un accordo equilibrato, che tenga conto delle circostanze concrete e degli elementi di fatto utili per la regolazione dell'affidamento condiviso e per la quantificazione degli assegni ai figli, al coniuge e al soggetto in unione civile (art. 1, co. 25, l. n. 76/2016). Un accordo che sia rispettoso delle norme imperative e dell'ordine pubblico, come deve essere espressamente certificato dagli avvocati (art. 5 co. 2 d.l. n. 132/2014), il che postula un'attività di consulenza e di redazione delle clausole in funzione anti-processuale.

C'è un'altra disposizione, fortemente voluta dai consociati, che

tratta di: 1) risarcimento del danno da circolazione dei veicoli e dei natanti; 2) domanda di pagamento a qualsiasi titolo di somme eccedenti 50.000,00 euro (art. 3 d.l. n. 132/2104 convertito con modificazioni nella l. n. 162/2014 recante «Misure di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile»).

²⁴² Alcuni vantaggi che la negoziazione assistita può assicurare ai coniugi sono i seguenti: 1) risolvere in breve tempo i problemi giuridici che la crisi coniugale determina. Ai sensi dell'art. 2 d.l. 132/2014 la convenzione di negoziazione deve precisare il termine concordato dalle parti per l'espletamento della procedura, termine che non può essere inferiore a un mese e non superiore a tre mesi, prorogabile per ulteriori trenta giorni per accordo tra le parti; 2) favorire quel dialogo tra i coniugi che è essenziale non solo per accordarsi sugli effetti della separazione e del divorzio, ma anche, in prospettiva futura, per garantire la migliore attuazione degli accordi stessi e per maturare o rafforzare quella capacità collaborativa che consentirà loro di andare, talvolta, oltre la lettera delle singole pattuizioni raggiunte nell'accordo all'esito della convenzione di negoziazione assistita; 3) risparmiare denaro, stante la lunghezza del procedimento giudiziario di separazione o di divorzio che, se di natura contenziosa, è normalmente connotato da un'aspra e defatigante conflittualità.

²⁴³ Come si diceva innanzi nel testo, già l'art. 337-ter, co. 2, c.c., quindi in un procedimento giudiziale, spinge i genitori a raggiungere un accordo sull'affidamento e sugli aspetti patrimoniali dei figli. Si può rilevare come vi sia un'apprezzabile continuità nella legislazione in senso rafforzativo della finalità, davvero decisiva per il miglior funzionamento dell'affidamento condiviso e l'attuazione dei diritti del figlio, di ridurre la conflittualità tra i genitori attraverso la rilevanza delle intese che essi possono (e devono sforzarsi) raggiungere.

spinge i coniugi a collaborare proficuamente tra loro: è l'art. 1 della legge n. 55/2015 che ha introdotto il c.d. divorzio breve. Se si raggiunge l'accordo sulla separazione personale e sui suoi effetti, si potrà chiedere lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio dopo soli sei mesi dall'udienza di comparizione dei coniugi innanzi al presidente del tribunale. Altrimenti, se la separazione è giudiziale dovranno attendersi dodici mesi dalla medesima udienza per proporre domanda di divorzio.

Volendo trarre le fila di questo discorso, si impone una considerazione. Le leggi successive all'introduzione dell'affidamento condiviso sono il frutto di una precisa consapevolezza del legislatore: la disciplina giuridica della crisi coniugale deve incentrarsi, in funzione della più efficiente garanzia dei diritti dei soggetti coinvolti, sull'accordo tra i coniugi (o tra i conviventi *more uxorio* con prole). Naturalmente il raggiungimento di intese postula una capacità di dialogo costruttivo e di compromesso che costituisce l'unica chiave per superare la fine del coniugio e per continuare ad accudire, senza particolari ostacoli, la prole.

Il procedimento di negoziazione assistita esprime tale consapevolezza da parte del legislatore. Si può senz'altro affermare che l'effettività dei diritti dei coniugi (e dei conviventi) in crisi e soprattutto dei figli è in larga parte nelle mani dei primi. I quali, tuttavia, non sono necessariamente soli nel faticoso componimento di una relazione familiare accettabile. I tribunali, di recente, hanno accolto la figura americana del «Coordinatore genitoriale»²⁴⁴. Quest'ultimo ha il compito, attribuitogli dal giudice in funzione anti-processuale, «di ridurre al massimo» il conflitto esistente tra i genitori, attraverso un sostegno qualificato nel tentativo di superare quelle problematiche collegate all'esecuzione del provvedimento giudiziale che disciplina l'affidamento della prole²⁴⁵.

²⁴⁴ Trib. Milano, decr. 7-29.7.2016, in www.ilcaso.it.

²⁴⁵ Spetta la giudice nominare, con il consenso delle parti processuali, il «Coordinatore genitoriale», attribuendogli compiti specificamente individuati. Si legge nel decreto del trib. Milano, 7-29.7.2016, cit., pronunciato ai sensi degli artt. 337-*quinquies* e 333 c.c.: «Avuto riguardo alla peculiarità della situazione e al quadro delineato dal CTU, ritiene il Collegio, ferme le funzioni specifiche di cui alla «linee guida VI» di dover in particolare rimettere al coordinatore il compito di: 1. Verificare la concreta attuazione degli interventi disposti in favore delle parti (attuazione dei percorsi terapeutici individuali) e della minore X (terapia psicomotoria relazionale); 2. Mantenere una funzione di raccordo tra gli operatori che seguiranno il nucleo familiare, nonché se necessario con gli insegnanti della minore e con i medici che l'hanno in cura; 3. Salvaguardare e preservare la relazione tra i genitori e X fornendo le opportune indicazioni (sulla base della CTU) eventualmente «correttive» dei comportamenti disfunzionali dei genitori rispetto al progetto di crescita, autonomizzazione e distacco della minore dalle figure dei genitori; 4. Coadiuvare i genitori - con specifica possibilità di effettuare raccomandazioni - nelle scelte in tema di salute della minore (scelte del professionista a cui rivolgersi, degli interventi medici da seguire, dei trattamenti terapeutici ecc.), di educazione (scelte scolastiche) e formative della minore, di osservanza del rispetto del

Il fondamento normativo di tale figura è ravvisabile nell'art. 337-ter, co. 1, c.c. nella parte in cui attribuisce al giudice il potere di adottare «ogni altro provvedimento relativo alla prole» e nell'art. 333 c.c. che prevede la possibilità di assumere provvedimenti atipici.

È bene però precisare che, in una valutazione complessiva degli interventi legislativi e giudiziali, non si è inteso lanciare segnali di privatizzazione del diritto della crisi familiare. Nei più recenti interventi legislativi, l'autonomia privata è stata indubbiamente valorizzata quale strumento preminente per attuare la volontà collaborativa dei coniugi e non già per conculcare discrezionalmente i diritti del coniuge economicamente più debole e dei figli.

Non solo l'art. 5, co. 2, d.l. n. 132/2014, come si è già rilevato, ma anche l'art. 1, co. 51, l. n. 76/2016, con riguardo al contratto di convivenza, obbliga il notaio o l'avvocato ad attestarne la conformità alle norme imperative e all'ordine pubblico. La prescrizione è chiara: tutto ciò che secondo la legge o il diritto vivente non è nella libera disponibilità delle parti, costituendo la struttura portante del diritto di famiglia, sia quanto ai profili patrimoniali che non patrimoniali, non può essere escluso né limitato dall'autonomia privata. Si pensi, solo per riprendere un esempio già innanzi indicato, all'irrinunciabilità dell'assegno di separazione o di divorzio, stante la regola dell'efficacia *rebus sic stantibus* degli accordi sugli assegni, la quale può essere eliminata dalle parti solo se sia intervenuto il controllo di equità del giudice della pattuizione sulla corresponsione in unica soluzione²⁴⁶.

L'assoluto rilievo della collaborazione tra i genitori, quale postulato dell'attuazione dei diritti del figlio, induce lo scrivente a trattare, come si accennava sopra, la novità secondo cui l'affidamento esclusivo non comporta più, necessariamente come nella vigenza della legge n.

calendario relativo alla modalità di esercizio del diritto di visita in favore del genitore non collocatario in particolare aiutando e suggerendo ai genitori le opportune riflessioni in punto di opportunità/inopportunità di apportare modifiche e deroghe al calendario di frequentazione della minore; 5. Guidare i genitori a negoziare ed accordarsi sul tempo da trascorrere e condividere con X, con conseguente riduzione degli effetti dannosi che il conflitto genitoriale provoca sul benessere psicofisico della figlia; 6. Segnalare con urgenza all'autorità giudiziaria minorile ogni condizione di concreto pregiudizio psicofisico della minore che venisse a ravvisare. Le parti dovranno peraltro provvedere alla formalizzazione dell'incarico al Coordinatore genitoriale individuato concordemente con il loro consenso entro 45 giorni dalla comunicazione del presente provvedimento: i costi del coordinatore genitoriale dovranno essere ripartiti al 50% tra i genitori. Salvo diverso accordo delle parti per una durata superiore, l'incarico del Coordinatore genitoriale avrà durata biennale».

²⁴⁶ Sul punto mi permetto di rinviare ad A. GORGONI, *Accordi traslativi e crisi coniugale*, cit., 166 ss. Significativo è anche l'art. 12 d.l. 132/2014 che non consente ai coniugi di separarsi, di divorziare o di modificare le condizioni di separazione o di divorzio innanzi al Sindaco del comune di residenza di uno di loro o del comune presso cui è iscritto o trascritto l'atto di matrimonio se vi sono figli minori, figli maggiorenni incapaci, figli maggiorenni portatori di handicap gravi o figli maggiorenni non economicamente autosufficienti.

54/2006²⁴⁷, l'esercizio esclusivo della responsabilità da parte del genitore affidatario.

17. LA FLESSIBILITÀ DELL'AFFIDAMENTO ESCLUSIVO E L'AFFIDAMENTO SUPER-ESCLUSIVO.

Il d. lgs. n. 154/2013 ha modificato l'istituto dell'affidamento esclusivo, rendendolo elastico, diversamente dalla legge n. 54/2006 che lo connotava rigidamente.

Secondo l'interpretazione giurisprudenziale e dottrinale prevalente prima della più recente novella, il genitore cui non erano affidati i figli perdeva del tutto l'esercizio della potestà, la quale spettava esclusivamente al genitore affidatario. L'affidamento condiviso e quello esclusivo erano i due poli opposti che attraevano la potestà (oggi responsabilità), senza che vi potesse essere alcuna situazione intermedia²⁴⁸.

Il nuovo art. 337-*quater*, ult. co., c.c. accoglie una logica diversa: avvicina l'affido esclusivo all'affido condiviso, al fine di garantire una maggiore attuazione dei diritti di cui all'art. 337-*ter*, co. 1, c.c., ma an-

²⁴⁷ M. SESTA, *Le nuove norme sull'affidamento condiviso*, cit., 4-5 (versione *on line*), all'indomani dell'entrata in vigore della l. n. 54/2006, ha sostenuto le tesi secondo cui, benché la legge 54 non fosse chiara sulle modalità di esercizio della potestà (oggi responsabilità genitoriale) in caso di affidamento mono-genitoriale, doveva ritenersi che l'esercizio della stessa spettasse esclusivamente al genitore affidatario. Questa è l'opinione che si è affermata in giurisprudenza, sebbene vi fosse qualche voce contraria in dottrina (ne dà conto Sesta, ma cfr. anche A. ARCERI, *L'affidamento condiviso. Nuovi diritti e nuove responsabilità nella famiglia in crisi*, Milano, 2007, 86 ss., la quale dà conto e confuta le tesi dottrinali secondo cui il genitore escluso dall'affidamento conservava comunque l'esercizio della responsabilità, quanto meno per le decisioni di maggior interesse per i figli (art. 155, co. 3, c.c. abrogato e trasposto nell'art. 337-*ter*, co. 3, c.c.).

²⁴⁸ Del resto - osservava la dottrina - se presupposto dell'affidamento esclusivo è la contrarietà all'interesse del minore dell'affidamento anche all'altro genitore (art. 155-*bis*, co. 1 c.c., abrogato dal d.lgs. n. 154/2013), sarebbe stato contraddittorio riconoscere al genitore non affidatario l'esercizio della potestà, anche, e soprattutto, per le decisioni di maggior interesse per il figlio. Il genitore incapace, secondo il giudice, di attuare l'affidamento condiviso (perché inetto o per l'avversione del minore nei suoi confronti) tramite l'esercizio della potestà, non può certo rimanere titolare del potere di assumere le decisioni riguardanti il figlio e di rappresentarlo negli atti che lo riguardano. Egli era tenuto soltanto a vigilare sull'esercizio della potestà da parte dell'altro del genitore e, se del caso, a ricorrere al giudice qualora avesse ritenuto che fossero state assunte decisioni pregiudizievoli per il minore.

I due istituti dell'affidamento condiviso e dell'affidamento esclusivo non avevano alcun punto di sovrapposizione e ciò sembrava coerente con lo scopo e con le peculiarità del primo. Vedremo in questo paragrafo come il legislatore della riforma 2012/2013 abbia rivisto questa impostazione, trascinando l'affidamento esclusivo verso quello condiviso fino a sovrapporli in parte.

che di non sfavorire oltre misura il genitore non affidatario²⁴⁹. Stabilisce che «il genitore cui sono affidati i figli, salva diversa disposizione del giudice, ha l'esercizio esclusivo della responsabilità genitoriale su di essi». L'articolo continua con il seguente tenore: «Salvo che non sia diversamente stabilito, le decisioni di maggior interesse per i figli sono adottate da entrambi i genitori».

È stato riconfigurato il ruolo del genitore non affidatario, il quale non è più, come nella legge n. 54/2006, inevitabilmente estromesso dall'esercizio delle responsabilità. Non vi sono più due situazioni necessariamente contrapposte: il genitore affidatario con l'esercizio esclusivo della responsabilità genitoriale, l'altro che ne è privo.

Il superamento della precedente impostazione si fonda sulla volontà del legislatore, di rafforzare il diritto alla bigenitorialità del figlio; diritto che si attua soprattutto attraverso un coinvolgimento quanto più esteso di entrambi i genitori nelle decisioni attinenti alla vita della prole. Pertanto anche il genitore non affidatario può essere coinvolto nell'esercizio della responsabilità. Se e quanto debba essere esteso tale coinvolgimento, spetta al giudice deciderlo, mediante una valutazione estremamente delicata, come si vedrà nel prosieguo.

L'art. 337-*quater*, ult. co., c.c., nel rendere modulabili i poteri del genitore non affidatario, distingue tra questioni di ordinaria amministrazione e decisioni di maggior interesse per il figlio. Con riguardo a queste ultime, la lettera dell'articolo lascia chiaramente intendere che, di regola, nonostante l'affidamento esclusivo, le decisioni di maggior interesse devono essere adottate di comune accordo tra i genitori.

A dire il vero non si tratta di una novità assoluta, perché l'art. 6, co. 4, l. n. 898/1970 (scioglimento del matrimonio) prevedeva già una disposizione analoga²⁵⁰. La riforma 2012/2013 non ha fatto altro che

²⁴⁹ Nella vigenza della l. n. 54/2006 si era instaurata una prassi giudiziaria per cui un genitore era preferito all'altro nell'affidamento esclusivo semplicemente perché poteva dedicare più tempo al figlio, ovvero perché reputato più capace di attenuare le difficoltà generate dalla separazione. In questo scenario il genitore non affidatario veniva sacrificato, perdendo l'esercizio della potestà, anche se non sussisteva una evidente inettitudine a svolgere correttamente i compiti genitoriali. La rigidità della disciplina dell'affidamento esclusivo poteva causare, perciò, pregiudizi sia al minore che al genitore non affidatario, il quale non doveva essere consultato nelle decisioni da assumere nell'interesse del figlio. Egli veniva relegato al ruolo di controllore dell'esercizio del potere altrui e di soggetto tenuto al mantenimento.

²⁵⁰ L'art. 6, co. 4, l. n. 898/1970, introdotto dalla l. n. 74/1987 e abrogato dall'art. 98, co. 1 let. b), d. lgs. n. 154/2013, stabiliva che «Il genitore cui sono affidati i figli, salva diversa disposizione del tribunale, ha l'esercizio esclusivo della potestà su di essi; egli deve attenersi alle condizioni determinate dal tribunale. Salvo che non sia diversamente stabilito, le decisioni di maggior interesse per i figli sono adottate da entrambi i genitori. Il genitore cui i figli non siano affidati ha il diritto ed il dovere di vigilare sulla loro istruzione ed educazione e può ricorrere al tribunale quando ritenga che siano state assunte decisioni pregiudizievoli nel loro interesse». Già questa dispo-

estendere la predetta regola anche ad altri istituti diversi dal divorzio (*id est*: a quelli menzionati dall'art. 337-*bis* c.c.).

La disposizione è apprezzabile, perché il regime previgente determinava a carico del genitore non affidatario un sostanziale svuotamento della potestà, della quale egli rimaneva titolare solo formalmente. Non sono, tuttavia, mancati i rilievi di costituzionalità formulati dal tribunale di Milano²⁵¹ sotto il profilo dell'eccesso di delega.

Ad ogni modo al giudice è stato attribuito un potere delicato, difficile da esercitare in concreto: valutare se, in un contesto in cui non vi sono le condizioni per disporre l'affidamento condiviso, il genitore non affidatario sia in grado di collaborare con l'altro genitore²⁵², con sollecitudine ed equilibrio, per assumere le decisioni sugli aspetti più importanti della vita del figlio. La difficoltà del giudicante scaturisce dal fatto che il provvedimento di affido esclusivo postula l'inidoneità (caratteriale/comportamentale) di un genitore alla proficua interazione soprattutto con il figlio quando non addirittura rifiuto della figura genitoriale.

I giudici spesso si sono avvalsi del potere di decidere diversamente, affidando il minore in via esclusiva a un genitore, privando al contempo l'altro dell'esercizio della responsabilità per le decisioni di maggior interesse. Quando ciò accade è invalsa l'espressione affidamento super-esclusivo o rafforzato, per indicare un incremento del potere di esercizio della responsabilità genitoriale in capo al genitore affidatario in via esclusiva. Si tratta di ampliamento perché egli, in forza dell'art. 337-*quater* ult. co. periodo I, è già titolare, salvo diversa disposizione del giudice, dell'esercizio esclusivo della responsabilità genitoriale con riguardo agli atti di ordinaria amministrazione.

Brevi cenni alla casistica giurisprudenziale aiutano a comprendere meglio l'ambito di applicabilità dell'affido super-esclusivo.

Un caso è quello del genitore escluso dall'affidamento quando

sizione accoglieva l'idea che, di regola, colui che viene escluso dall'affidamento abbia le capacità per esercitare la potestà con riguardo agli atti più rilevanti per la vita del figlio. Il legislatore spingeva i genitori a collaborare nel superiore interesse del figlio.

²⁵¹ Trib. min. Milano, 24.2.2014, in www.ilcaso.it.

²⁵² A. ARCERI, *Il contenuto dell'affidamento esclusivo ed il potere del giudice di conformazione della responsabilità genitoriale*, in *Fam. e dir.*, 2016, 1, 55 ss. (cfr. pag. 3 versione *on line*), afferma come il legislatore abbia chiaramente imposto ai genitori «un dovere di consultazione reciproca, e discussione preventiva, di tutte le decisioni che possono definirsi (...) di maggior interesse». Può aggiungersi che anche l'art. 337 *ter* co. 3 c.c. e l'art. 337-*quater* co. 3 terzo periodo c.c. sono espressione di quell'obiettivo legislativo di cui si discorreva nel § 16 di favorire l'attenuazione della litigiosità tra i genitori almeno con riferimento al preminente interesse della prole. L'ordinamento, come si è detto innanzi, negli ultimi anni, ha promosso questo rilevante risultato. È bene insistere su questo punto: la normativa sulla crisi familiare è davvero efficiente se tende, attraverso regole e istituti, alla diminuzione del livello di conflittualità tra i genitori; ciò è soprattutto funzionale alla migliore protezione della posizione giuridica della prole.

l'eccessiva conflittualità con l'altro si riverbera negativamente sul figlio. Un altro consiste nel disinteresse manifestato da un genitore nei confronti del figlio. L'affidamento super-esclusivo previene rispettivamente quelle condotte ostruzionistiche o omissive sulle questioni di maggior interesse che rischiano di danneggiare gravemente la prole²⁵³. Questa prevedibile mancanza di collaborazione, qualora non sia disposto l'affido super-esclusivo, andrebbe superata proponendo un ricorso al giudice ai sensi dell'art. 337-ter, co. 3, c.c. con costi da sostenere e con il rischio di pregiudicare il figlio a causa del tempo necessario per dirimere il contrasto tra i genitori o la situazione di stallo decisionale.

Particolarmente delicate sono le problematiche generate dalla residenza abituale del minore²⁵⁴ a seguito della volontà del genitore affidatario di cambiare città²⁵⁵. È qui che, ad esempio, si apprezza la portata applicativa del nuovo art. 337-quater, co. 3, perché la lontananza

²⁵³ Trib. min. Milano, 24.2.2014, cit., dichiara giudizialmente la paternità (provvedimento, questo, oggi di competenza del tribunale ordinario) e dispone l'affido super-esclusivo alla madre.

²⁵⁴ Cass. n. 21285/2015, in *Leggi d'Italia on line*, sul problema della competenza per territorio del tribunale a seguito dello spostamento della residenza del figlio, si sofferma sulla nozione di residenza abituale. La Suprema Corte accoglie una soluzione ragionevole, tesa a valorizzare l'effettivo interesse che si manifesta nel giudizio, al di là di ogni dato di fatto fine a sé stesso. Essa rigetta ogni criterio formale di individuazione della residenza abituale, accogliendone uno sostanziale. La residenza - si afferma - «è il luogo dove il minore ha consolidato, consolida ovvero potrà consolidare una rete di affetti e relazioni, tale da assicurargli un armonico sviluppo psicofisico. Non può farsi riferimento, alla data della domanda [giudiziale], ad un dato meramente quantitativo (prossimità temporale del trasferimento; maggior durata del soggiorno ecc.) ma soprattutto, in casi, come nella specie, di recente trasferimento del minore, sarà necessaria una prognosi sulla possibilità che la nuova dimora diventi l'effettivo, stabile e duraturo centro di affetti e di interessi del minore». Naturalmente, continua la Corte, il trasferimento non deve configurarsi «come mero espediente per sottrarre il minore alla vicinanza dell'altro genitore o alla disciplina generale della competenza territoriale». Si ha cura anche di precisare che quanto affermato da Cass. Sez. un., n. 11915/2014 (*id est* che il trasferimento del minore non è idoneo a radicare la competenza del Tribunale di destinazione, quando non sia trascorso un tempo minimo apprezzabile) «non esclude certo la valutazione del luogo, come centro di relazioni ed interessi del minore, anche in prospettiva futura, purché probabile».

²⁵⁵ Trib. Torino, decr. 5.6.2015, in *www.ilcaso.it*, chiarisce che la scelta della residenza abituale del minore deve essere assunta di comune accordo dai genitori anche in caso di affidamento monogenitoriale, salvo che il giudice abbia disposto l'affidamento super-esclusivo. Qualora il genitore collocatario voglia trasferirsi col figlio in un'altra città - si tratta di una libertà garantita dall'art. 16 Cost. - e l'altro genitore si opponga, decide il giudice. Il quale valuta se il trasferimento leda il diritto del minore a un equilibrato e armonico sviluppo della personalità; diritto che comprende anche una significativa e continuativa frequentazione del genitore non collocatario. Nel caso di specie il tribunale, adducendo diversi argomenti che mostrano come, nel caso di specie, la libertà della madre si coniughi con la posizione giuridica delle figlie, autorizza il trasferimento da Torino, dove vive il padre, a Livorno. Si noti come, ovviamente, l'autorizzazione rende necessaria una rimodulazione delle modalità di visita delle

tra i genitori non può essere ragione sufficiente per escludere del tutto il genitore non affidatario dall'esercizio della responsabilità²⁵⁶.

Un altro caso di affido super-esclusivo si ha quando un genitore, attraverso condotte distorcenti la realtà, impedisce al figlio di valutare liberamente l'altra figura genitoriale, fino al punto da turbarne la relazione con quest'ultimo. In tale ipotesi può tra l'altro venire in rilievo l'art. 709-ter c.p.c. con il suo corredo di rimedi e sanzioni²⁵⁷ (cfr. *infra* cap. III-sez. III, §§ 10-11).

L'affido super-esclusivo viene disposto solo ove si dimostri la totale inadeguatezza del genitore non affidatario all'esercizio della responsabilità genitoriale²⁵⁸. Può non essere sufficiente la contrarietà dei figli, espressa dagli stessi durante l'ascolto, a rimanere soli con quel genitore con cui il rapporto si sia deteriorato (semmai ciò è motivo per disporre incontri protetti alla presenza del personale educativo). Essenziale è il convincimento del giudice sull'idoneità dell'affido

minori da parte del padre. Sul punto il trib. compensa la fisiologica riduzione degli incontri settimanali con il padre, aumentando il tempo da trascorrere con lo stesso durante le vacanze scolastiche.

²⁵⁶ A. ARCERI, *Il contenuto dell'affidamento esclusivo ed il potere del giudice di conformazione della responsabilità genitoriale*, cit., 5 (versione *on line*), ritiene che qualora l'affidamento esclusivo non sia stato motivato sulla base di comportamenti gravemente pregiudizievoli di un genitore nei confronti del minore, egli non possa essere estromesso dall'esercizio della responsabilità genitoriale con riguardo alle decisioni di maggior interesse. L'autrice reca gli esempi dell'eccessiva lontananza, della detenzione in carcere e della forte avversione sviluppata dal minore nei confronti del genitore non affidatario e non causata da colpe specifiche di quest'ultimo. Le tre pronunce annotate dall'autrice (Trib. Pavia ord. 29.12.2014, Trib. Torino ord. 22.1.2015 e Trib. Modena, 2.3.2015), nel disporre tutte l'affidamento super-esclusivo, hanno in comune, come ella stessa riconosce, le riscontrate gravi carenze genitoriali causa di pregiudizio per il minore.

²⁵⁷ Trib. Pavia, 29.12.2014, cit., dispone - all'esito della c.t.u. - il collocamento abitativo prevalente del minore presso il padre e l'affidamento super-esclusivo a quest'ultimo. Il trib., ai sensi dell'art. 709-ter c.p.c., ammonisce altresì la madre dal porre in essere condotte che possano alterare la relazione col padre, condannandola sia a corrispondere al padre euro 5.000,00 a titolo di risarcimento del danno non patrimoniale sia a pagare euro 1.000 a favore della Cassa delle Ammende.

²⁵⁸ Trib. Torino, 22.1.2015, cit., rigetta la domanda di affido super-esclusivo perché, sebbene la madre abbia palesato carenze genitoriali, gli incontri tra lei e figli alla presenza dei Servizi sociali avevano evidenziato un miglioramento del rapporto. L'affidamento super-esclusivo postula una completa inettitudine di un genitore a elevare il figlio al di sopra dei propri interessi e delle proprie esigenze. Questo è un punto importante, perché il sistema giuridico dell'affidamento deve indurre i giudici a valorizzare quel genitore - quasi talvolta dandogli fiducia - che, nonostante i propri limiti, abbia dimostrato di saper costruire o ricostruire un rapporto positivo con il figlio. La disciplina dell'esercizio della responsabilità genitore nella crisi familiare è tutta protesa a garantire al figlio la presenza e l'operatività virtuosa di entrambi i genitori. L'art. 337-*quater*, co. 2, III periodo c.c. ancor prima di disincentivare i genitori dal chiedere in modo manifestamente infondato l'affidamento esclusivo, li spinge ad adottare atteggiamenti concilianti nell'interesse superiore del figlio. Il genitore che ostacola il rapporto tra il figlio e l'altro genitore o non valorizza quanto di positivo c'è nella relazione tra quest'ultimo e la prole rischia di perdere l'affidamento.

super-esclusivo ad essere l'unica misura che previene un pregiudizio al minore, attuando così il suo interesse prevalente.

Vi può essere anche il caso in cui il giudice moduli l'esercizio della responsabilità genitoriale con riguardo alle decisioni di maggior interesse a seconda dell'oggetto di queste. Il provvedimento giudiziario può, ad esempio, stabilire che solo le determinazioni inerenti la salute e la scelta della residenza abituale della prole debbano essere effettuate di comune accordo²⁵⁹. Qui l'affido può essere definito quasi super-esclusivo.

Non bisogna confondere il piano dell'affidamento super-esclusivo con quello della frequentazione tra il minore e il genitore non affidatario. Quest'ultimo, sebbene completamente privato dell'esercizio della responsabilità genitoriale, conserva il diritto di visita del figlio. Un diritto le cui modalità di attuazione sono stabilite dal giudice, il quale deve, pur nelle situazioni più difficili, adottare misure appropriate volte a recuperare un rapporto equilibrato e continuativo col genitore non affidatario²⁶⁰.

Il recupero, come si è innanzi osservato, è un obiettivo della legislazione sulla crisi della famiglia, come si evince chiaramente da diverse disposizioni. Il diritto del figlio a mantenere un rapporto «equilibrato e continuativo» con ciascuno dei genitori e, prima ancora, la previsione dei doveri di cui all'art. 30, co. 1, Cost. esigono un impegno da parte delle istituzioni in quella direzione. L'art. 337-*octies*, co. 2, c.c. attribuisce al giudice il potere di disporre, con il consenso delle parti, la mediazione a tutela dell'interesse morale e materiale dei figli. Va richiamato anche l'istituto dell'affidamento familiare volto ad evitare la dichiarazione di adottabilità attraverso il recupero della famiglia di origine (art. 4, co. 4, l. n. 184/1983).

Spostando ora l'attenzione sul primo periodo dell'art. 337-*quater*, co. 3, c.c., è agevole osservare come esso sia costruito all'opposto rispetto al terzo periodo dello stesso articolo. Di regola, infatti, l'esercizio della responsabilità genitoriale con riguardo alle decisioni che non

²⁵⁹ Trib. Roma, 3.2.2015, n. 2546, cit.

²⁶⁰ Corte EDU, *Bondavalli c. Italia*, 17.11.2015, cit., condanna l'Italia per non aver garantito in modo appropriato il diritto di visita del genitore-ricorrente. Il quale, in tal modo, secondo la Corte, ha subito una violazione del diritto al rispetto della sua vita familiare previsto dall'art. 8 Cedu. Questa disposizione, soggiungono i giudici di Strasburgo, non si limita soltanto a proteggere l'individuo dalle ingerenze arbitrarie dei pubblici poteri (obblighi negativi), ma impone allo Stato di adottare quelle «misure volte al rispetto della vita familiare fin nelle relazioni tra gli individui» (obblighi positivi). Nel caso di specie, poiché la madre, affidataria esclusiva del minore, aveva rapporti professionali con i servizi sociali incaricati e in passato finanche con il consulente tecnico d'ufficio, le giurisdizioni interne avrebbero dovuto sia incaricare un altro consulente di redigere una nuova perizia, sia affidare ai servizi sociali di un altro Comune il compito di seguire e valutare gli incontri tra padre e figlio. Sono dunque mancate quelle misure protese a unire il genitore non affidatario al proprio figlio.

sono di maggiore interesse (*id est*: quelle di ordinaria amministrazione) spetta esclusivamente al genitore affidatario. Ma in deroga a tale prescrizione, il giudice, in forza di quanto introdotto dal d. lgs. n. 154/2013, può disporre diversamente.

Gli scenari prospettabili sono i seguenti: a) il giudice stabilisce l'affidamento esclusivo senza alcuna precisazione. Di conseguenza il genitore affidatario ha, con riguardo agli atti di ordinaria amministrazione, l'esercizio esclusivo della responsabilità genitoriale. Per le decisioni di maggior interesse, egli, invece, condividerà l'esercizio della responsabilità con l'altro genitore non affidatario; b) il giudice, nel disporre l'affido esclusivo, decide di dettare delle regole particolari per le decisioni che non sono di maggiore interesse.

Non è chiaro, tuttavia, che cosa di diverso possa essere disposto dal giudice rispetto alla regola che concentra tutto il potere di esercizio della responsabilità nel genitore affidatario.

Non sembra tecnicamente possibile stabilire che tutte le decisioni di minor interesse debbano essere assunte congiuntamente dai genitori. Opinando diversamente non si avrebbe più alcuna differenza tra l'affido condiviso e l'affido esclusivo, perché il genitore non affidatario eserciterebbe la responsabilità genitoriale, quanto alle decisioni di minor interesse, in forza dell'attribuzione giudiziale e, per quelle di maggior interesse, in conseguenza dell'effetto legale che lo vede già titolare del potere di esercizio.

Piuttosto è ipotizzabile che il giudice precluda al genitore non affidatario l'esercizio della responsabilità con riferimento alle decisioni di maggior interesse, consentendogli, invece, l'esercizio della stessa nell'assunzione, di tutte o di parte, delle decisioni di minore importanza.

Sezione II

Procreazione medicalmente assistita e assunzione della responsabilità del nato

SOMMARIO: 1. Progresso tecnologico e diritto. - 2. Procreazione, diritti contrapposti e tecniche legislative. - 3. Requisiti di accesso alla procreazione assistita e principi generali. - 4. L'illegittimità costituzionale del divieto della procreazione eterologa e l'incontestabilità dello stato di figlio. - 5. Tutela dell'embrione e della salute della donna. Cenni sulla sperimentazione. - 6. La diagnosi preimpianto e la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 4, co. 1, n. l. 40/2004. - 7. Scambio di embrioni e rapporto di filiazione. - 8. Surroga biologica di maternità e criteri della filiazione di fatto. - 9. Sul significato giuridico dell'effettività e sul ruolo dell'interprete. - 10. Famiglie omosessuali formate in uno Stato estero e diritto del figlio alla conservazione dello *status filiationis*.

1. PROGRESSO TECNOLOGICO E DIRITTO.

Lo sviluppo dell'umanità è strettamente legato al progresso tecnologico, il cui scopo è migliorare le condizioni di vita attraverso l'offerta di possibilità prima precluse. Un settore dove ciò si è manifestato con evidenza è quello del biodiritto, il cui oggetto di studio è diventato sempre più ampio in ragione delle nuove conquiste della biologia.

Al centro delle sollecitazioni intellettuali di molti problemi sta il corpo del soggetto, stretto tra l'identificazione con il Sé (ma talvolta anche tra una dicotomia tra io-soggetto e corpo-oggetto¹) e le regole giuridiche che pretendono il governo del corpo².

La fecondazione *in vitro* dell'embrione ha permesso alle coppie sterili di avere un figlio generato dall'unione dei propri gameti (ovuli e spermatozoi), oppure attraverso la donazione di questi ultimi da parte di un soggetto terzo (così nella procreazione eterologa, cfr. *infra* § 4).

¹ Qui viene il rilievo la problematica del testamento di fine vita (o biologico).

² P. ZATTI, *Principi e forme del "governo" del corpo*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. ZATTI, *Il governo del corpo*, a cura di S. Canestrari-G. Ferrando-C. M. Mazzoni, S. Rodotà-P. Zatti, Milano, 2011, I, 99 ss.; S. RODOTÀ, *Ipotesi sul corpo "giuridificato"*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1994, 467 ss.

Sempre attraverso le tecniche di procreazione medicalmente assistita (d'ora in poi PMA) è divenuta da tempo praticabile la surroga di maternità, operazione in cui una donna assume l'obbligo sia di portare a termine la gravidanza per conto di una coppia committente infertile sia di consegnare a questa il nato³.

Gli Stati sono chiamati ad affrontare nuovi complessi problemi determinati dalla disponibilità di queste tecniche. Per il giurista (il legislatore, il giudice, lo studioso) diventa primaria la questione dell'ammissibilità della procreazione eterologa, della surroga biologica, della sperimentazione sugli embrioni e della diagnosi preimpianto. Naturalmente ciascuna di queste possibilità impatta su istituti, principi e diritti volta a volta diversi, anche in opposizione tra loro.

La presenza di una legge restrittiva, come si vedrà in seguito, acuisce invece di affievolire o di risolvere i problemi. Ci si è chiesti come debbano reagire le istituzioni di fronte a fenomeni nuovi riguardanti l'origine della vita e scelte fondamentali, intime, della persona che scardinano convinzioni secolari⁴.

È stato stigmatizzato il rischio di considerare la tecnica come elemento di libertà assoluta, che pretende di prescindere sempre dai limiti naturali che le cose portano con sé⁵. Si è parlato di «orizzonte culturale tecnocratico», a significare che il fondamento di ogni decisione dell'uomo è tutto interno alle possibilità schiuse dalla tecnica. Così il vero coincide con il fattibile. Ma altre prospettive culturali reagiscono a questa impostazione, replicando che non tutto quello che è fattibile è giustificabile.

La discussione si sposta allora sul criterio di senso e di valore idoneo a costituire un freno alla vocazione assolutistica della tecnica. Nella Lettera Enciclica «*Caritas in veritate*» si invita a contrastare il puro fare tecnico centrato su sé stesso attraverso la responsabilità etica dell'uso della tecnica, la coerenza morale e la promozione della dignità dell'uomo⁶.

La parola dignità richiama la dimensione giuridica. Il diritto, la cui funzione essenziale è ordinare i fenomeni sociali, è protagonista nel delineare un orizzonte di valori e di principi da porre a fondamento delle scelte legislative e giudiziali. Se, come è stato scritto da Natalino

³ C. FLAMIGNI, *Il libro della procreazione. La maternità come scelta: fisiologia, contraccezione, fecondazione assistita*, Milano, 1998; per una sintesi aggiornata cfr. Id., *Le tappe dell'evoluzione biologica*, in *Trattato di biodiritto*, cit., tomo II, 1281 ss.

⁴ S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, 143 ss., indaga con equilibrio e realismo il problema.

⁵ S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, cit., 148, rifiuta giustamente anche l'utilizzo del diritto «non solo (o non tanto) per risolvere problemi concreti, ma come sostituto di un'etica comune che non c'è». Il diritto, quindi, calerebbe dall'alto per imporre certezze che la società ancora non sente come proprie.

⁶ BENEDETTO XVI, *Caritas in veritate*, Libreria editrice vaticana, 2009, 113 ss.

Irti, la tecnica ambisce a «utilizzare il mondo, a manipolare la natura organica e inorganica, a perseguire, secondo leggi e procedure, infiniti scopi», la volontà giuridica, per sua intrinseca vocazione, sceglie e persegue determinate finalità. Pertanto la tecnica, che invece «non conosce confini e limiti di spazio (...), essendo generica forza di raggiungere risultati», è condizionata dal diritto e dagli obiettivi di quest'ultimo⁷ (cfr. *infra* § 9).

Non a caso il legislatore ha voluto regolare tutte le tematiche più rilevanti e urgenti di biodiritto con la legge n. 40/2004 («*Norme di procreazione medicalmente assistita*»). Una legge che, nel testo entrato in vigore, si è palesata come fortemente ideologica, perciò incapace di resistere all'urto dei principi e dei diritti costituzionali che la Consulta ha ritenuto violati (cfr. *infra* §§ 3 e 5).

Nonostante gli interventi della Corte costituzionale, la dottrina discute di problemi ancora aperti⁸ (su cui *infra* §§ 7, 8, 10), prodotti dalla circolazione delle persone, che non trovano soluzione in una regola precisa né si prestano ad essere risolti con l'analogia. Qui il giurista vive tutta la difficoltà di non poter adoperare il metro della conformità a una regola.

Si apre uno scenario contrassegnato dall'impiego di nuove tecniche argomentative che applicano le norme costituzionali anche di principio, il diritto europeo, la normativa internazionale e gli orientamenti delle pronunce delle corti interne, della Corte EDU e della Corte di Giustizia. Il giurista trae la giuridicità del fatto da una pluralità di fonti (dove l'art. 177 Cost. ha superato l'art. 12 Preleggi al c.c.) per costruire una regola mancante o inadeguata alla luce soprattutto del principio di effettività della tutela (artt. 24 Cost., 47 Carta dei diritti fondamentali UE, 8 Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, 6 e 13 CEDU)⁹. Emblematica al riguardo è la problematica della diagnosi preimpianto, in cui la preminenza del diritto alla salute della donna orienta l'interpretazione della legge n. 40/2005 (cfr. *infra* §

⁷ N. IRTI, *L'essenza tecnica del diritto, (terzo dialogo con Emanuele Severino)*, in *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2005, 31.

⁸ U. SALANITRO, *Gli effetti della procreazione medicalmente assistita*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da G. Bonilini, *La filiazione e l'adozione*, 2016, vol. IV, 3740 ss., sul rapporto tra il nato e il donatore dei gameti; A. RENDA, *La surrogazione di maternità ed il diritto della famiglia al bivio*, in *Europa e dir. priv.*, 2015, 2, 415 ss.; A. RENDA, *Lo scambio di embrioni e il dilemma della maternità divisa (nota a Trib. Roma, ord. 8-8.2014)*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2015, 230 ss.; M. RIZZUTI, *La maternità surrogata: tra gestazione altruistica e compravendita internazionale di minori*, in *Riv. biodiritto*, 2015, 2, 89 ss.

⁹ G. VETTORI, *Controllo giudiziale del contratto ed effettività delle tutele. Una premessa*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, 151 ss., il quale sviluppa importanti scritti di I. Pagni e di N. Trocker; Id., *Regole e principi. Un decalogo*, in *Persona e mercato*, 2015, 2, 51 ss.

6), «alla ricerca delle regole operazionali che si celano spesso dietro la retorica dei diritti»¹⁰.

Il nuovo ordine giuridico, espressione del rinnovamento pos-moderno, esige che l'interprete si avvalga dei principi¹¹ e dei criteri di correttezza, ragionevolezza¹² e proporzionalità per affrontare i problemi del presente non risolvibili, talvolta, con la sussunzione né con l'analogia, metodi, questi, che postulano una fattispecie astratta¹³. Piuttosto, a fronte di un interesse protetto, l'interprete è chiamato a costruire «regole contestuali tratte non solo da un enunciato normativo, ma attingendo a una pluralità di norme e principi»¹⁴.

Il terreno della PMA, estremamente delicato perché coinvolge la dimensione immateriale dell'essere umano, è caratterizzato da incertezze applicative con riguardo ad esempio ai requisiti di accesso alle tecniche di PMA (cfr. *infra* § 6), alla surroga di maternità nonostante il divieto (cfr. *infra* § 8) e alla procreazione eterologa (cfr. *infra* § 3).

Vedremo come certe questioni siano state risolte dal giudice applicando proprio il canone della ragionevolezza, il principio del preminente interesse del minore e talune disposizioni della Cedu (in part. artt. 8 e 14). Tutto ciò - è bene insistere - adottando nuovi percorsi dell'argomentazione giuridica, ben oltre il metodo analogico e tipologico, dove l'interprete, tramite la scelta da egli effettuata dei valori pertinenti, è decisivo nella produzione della norma da applicare al caso concreto.

A tal proposito illuminante è stata quella dottrina che ha parlato di «crisi della fattispecie»¹⁵. Una locuzione, questa, che, adoperando le parole di Massimo Vogliotti, segna nel tempo pos-moderno il passaggio «dalla centralità della legge alla centralità dell'uomo di leg-

¹⁰ G. VETTORI, *Controllo giudiziale del contratto ed effettività delle tutele. Una premessa*, cit. p. 3 (versione *on line*).

¹¹ A. PROTO PISANI, *Brevi note in tema di principi e regole*, in *Persona e mercato*, 2015, 2, 73 ss., rileva come la valutatività (cioè l'operare dei principi) nell'interpretazione, per effetto dell'entrata in vigore della Costituzione e della legislazione *lato sensu* europea, sia un fenomeno «quantitativamente (non qualitativamente) aumentato».

¹² G. ALPA, *Ragionevolezza e integrazione europea*, in *Riv. dir. comm. e dir. gen. obbligaz.*, 2011, 2, 113 ss.

¹³ G. BENEDETTI, *Fattispecie e altre figure di certezza*, in *Persona e mercato*, 2015, 3, 67 ss., impartisce un insegnamento prezioso: «il vuoto della fattispecie va coperto dall'interpretazione, caratterizzata da rigore argomentativo e trasparenza» (p. 70). La motivazione del giudice deve essere giusta, «cioè strutturata in precisi e rigorosi statuti epistemologici, spesso dettati dalla legge stessa», così che il dispositivo ne costituisca la stretta conseguenza (art. 384, co. 4, c.p.c.). In linea con questa impostazione sono due passaggi conclusivi dello scritto dell'illustre autore: a) vi è stato il passaggio dal sillogismo apodittico al sillogismo retorico (o critico); b) non cedere alla tirannia dei valori, ma valorizzare - come emerge dalla legge, ad esempio nell'art. 1322 c.c.- la connessione tra fatto, potere, principio e valore.

¹⁴ G. VETTORI, *Controllo giudiziale del contratto ed effettività delle tutele. Una premessa*, cit. p. 4 (versione *on line*).

¹⁵ N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2014, 1, 38 ss.

ge»¹⁶. Come ha più volte segnalato Paolo Grossi «l'interpretazione, ieri [*id est*: nell'epoca della modernità giuridica] concepita come un'appendice esterna ed estranea al procedimento di formazione della norma, si trasforma non solo in momento interno ma addirittura nel momento più rilevante, giacché è quello che determina il disciplinamento della fattispecie»¹⁷.

2. PROCREAZIONE, DIRITTI CONTRAPPOSTI E TECNICHE LEGISLATIVE.

Gli sviluppi delle scienze e delle tecnologie investono il diritto di un compito assai delicato: coniugare le nuove scelte individuali rese disponibili su tematiche cruciali come il fine vita, la salute, la privacy e la procreazione (di cui ci occuperemo) con la tutela dei diritti della persona. La tecnica, forza inarrestabile della storia che sposta sempre più in là le frontiere della vita, può, da un lato, favorire la proclamazione di diritti sconosciuti o estendere il contenuto di situazioni giuridiche soggettive già esistenti, dall'altro e all'opposto, ledere diritti già riconosciuti.

Si pongono perciò almeno due problemi legati tra loro. Il primo consiste nella necessità di verificare se un'istanza sociale, sollecitata da un progresso scientifico, assurga a diritto fondamentale della persona (si pensi alla procreazione eterologa o al tema dei rapporti di filiazione sorti dall'uso di una tecnica vietata dalla legge su cui cfr. *infra* § 8). Il secondo esige di bilanciare tale diritto con altre posizioni giuridiche soggettive già protette, al fine di individuare una regola ragionevole e coerente col sistema normativo che cambia¹⁸.

La reazione del legislatore alle conquiste della tecnica può essere non già di apertura ma di forte contenimento quando non di chiusura. Con l'effetto di irrigidire oltremisura il quadro normativo. Questi ultimi due atteggiamenti si sono concretizzati nella legge n. 40/2004 (*"Norme in materia di procreazione medicalmente assistita"*). Di conseguenza vi sono state forti reazioni da parte dei consociati e della dottrina¹⁹ che hanno aperto la via a referendum abrogativi e a interventi demolitivi della Corte costituzionale di cui si dirà.

¹⁶ M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, 2007, 299 ss.

¹⁷ P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., 81.

¹⁸ G. VETTORI, *Controllo giudiziale del contratto ed effettività delle tutele. Una premessa*, cit. p. 5 (versione *on line*), sottolinea, sulla scia della migliore dottrina, la necessità che il giurista, nell'argomentare le proprie soluzioni, conservi una «visione sistemica» del diritto nel segno di una evoluzione ordinata dei fenomeni sociali.

¹⁹ Nella dottrina più recente si sono intensificate le critiche a diverse soluzioni accolte dalla legge n. 40/2004. Cfr.: S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 283 ss.; U. SALANITRO, *Il dialogo tra Corte di Strasburgo e Corte costituzionale*

La legge 40 rappresenta un tentativo organico di attuare i diritti e gli interessi coinvolti dalla PMA che hanno un fondamento costituzionale: il diritto di procreare, la salute, la ricerca scientifica per la cura delle malattie, la tutela del concepito e del nato. Di più: la legge 40 costituisce una «legge costituzionalmente necessaria», cioè un provvedimento che non può essere abrogato *in toto* senza essere contestualmente sostituito da un'altra regolamentazione normativa²⁰.

La scelta di avere figli è una libertà costituzionalmente garantita, essendo legata all'identità e allo sviluppo della personalità di ogni individuo. La Corte EDU ritiene che l'art. 8 Cedu, nel sancire il diritto al rispetto della vita privata e familiare, esige, per la sua stessa esistenza, il riconoscimento della libertà di decidere se procreare²¹. Ma non si tratta di una libertà assoluta.

A seguito dei progressi della tecnica, è emerso il problema dei limiti da contrapporre al diritto di procreare. In passato, rileva Stefano Rodotà, non si è esitato a respingere, nel nome di questo diritto, «la tentazione degli Stati di pianificare rigidamente le nascite, di imporre la sterilizzazione» o la contraccezione e di «sanzionare penalmente il superamento di un certo numero di figli per famiglia o per persona»²².

Oggi più di ieri il diritto di procreare si confronta con altre situazioni giuridiche soggettive costituzionalmente garantite. Tra queste vi è il diritto di avere due genitori che, nell'impostazione della l. 40/2004, fonda l'impedimento all'accesso alla PMA per la donna sola e il divieto della fecondazione *post mortem*. Inoltre la preoccupazione per la salute del nato e della gestante hanno indotto il legislatore a vietare la surrogazione di maternità (art. 14, co. 6, l. 40/2004), ossia il ricorso da parte della coppia a una donna che sia disposta a condurre la gravidanza e a consegnare il nato senza poter rivendicare su questo alcun diritto (c.d. utero in affitto). Ancora: la protezione dell'embrione ha richiesto regole che contenessero la sperimentazione e che avversassero ogni forma di selezione di esso a scopo eugenetico (art. 13, co. 3, let. c l. cit.).

La legge 40/2004, nella sua versione originale (mutata come si vedrà considerevolmente per opera della giurisprudenza), aveva previsto anche altri divieti piuttosto discutibili come quello della PMA di tipo

in materia di fecondazione eterologa, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 10, 637 s.; M. MELI, *Il divieto di fecondazione eterologa e il problema delle antinomie tra diritto interno e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, 1, 22; A. GORGONI, *Famiglie e matrimonio: profili evolutivi nel diritto europeo*, in *Persona e mercato*, 2013, 3, 262 ss. G. BALDINI, *Riflessioni di biodiritto*, Padova, 2012, *passim*.

²⁰ Corte cost., n. 45/2005 (rel.: F. Bile), chiarisce che la legge è costituzionalmente necessaria quando, tra l'altro, la sua eliminazione con referendum sopprimerebbe la tutela minima pretesa dai diritti fondamentali della persona.

²¹ Corte EDU, 22.1.2008, *causa E.B. c. Francia*, ric. n. 43546/2008; Corte EDU, 1.4.2010, *caso S.H. e altri c. Austria*, ric. n. 57813/00, in www.echr.coe.int.

²² S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, cit., 153.

eterologo o della diagnosi preimpianto. Più in generale si può affermare che una criticità rispetto al sistema della legge 40 era rappresentata da una tutela sproporzionata e irragionevole dell'embrione rispetto alla protezione della salute della donna²³.

Il legislatore, insomma, nel 2004 ha scelto di intervenire con una disciplina non già «elastica, leggera, sobria, aperta», come gli aveva suggerito un'illuminata dottrina²⁴, ma di *hard law*. L'impostazione è stata, invece, quella di regolamentare tutto, prevalentemente in modo netto, ammettendo e vietando. Col risultato di imporre valori, principi e diritti che hanno delegittimato altre situazioni giuridiche soggettive rilevanti a livello costituzionale.

Sarebbe stato preferibile adottare maggiormente la tecnica del bilanciamento degli interessi, la quale, come si vedrà meglio in seguito, è stata adoperata dalla Cassazione e della Corte costituzionale per riscrivere, attraverso operazioni ermeneutiche e dichiarazioni di incostituzionalità, parti fondamentali della legge 40.

È soprattutto tale tecnica che, nel tempo presente, garantisce il rispetto del pluralismo dei valori, carattere essenziale della Costituzione.

3. REQUISITI DI ACCESSO ALLA PROCREAZIONE ASSISTITA E PRINCIPI GENERALI.

Il legislatore, nel disciplinare i requisiti soggettivi di accesso alla PMA, è stato molto attento nel garantire un certo equilibrio tra contrapposti diritti. L'art. 5 l. n. 40/2004 stabilisce che hanno titolo: 1) le coppie di maggiorenni (coniugate o conviventi); 2) di sesso diverso; 3) in età potenzialmente fertile; 4) entrambi viventi.

Questa disposizione palesa tutto il "peso" del diritto del nato di avere due genitori. Questi devono essere relativamente giovani (in età potenzialmente fertile) ed entrambi viventi. Si è voluto, da un lato, avversare il fenomeno dei genitori-nonni, ossia di chi, forzando le leggi naturali, decida di procreare in tarda età pretendendo di accedere alla PMA, dall'altro, garantire al nato la presenza della doppia figura genitoriale. Tant'è che se il marito o il compagno sia deceduto, la vedova non potrà accedere alla PMA né, eventualmente, utilizzare il seme preventivamente congelato²⁵.

Va aggiunto, tuttavia, con riguardo alla fecondazione *post mortem*,

²³ G. FERRANDO, *Fecondazione in vitro e diagnosi preimpianto dopo la decisione della Corte Costituzionale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, 11, 521 ss.

²⁴ Così P. ZATTI, *Verso un diritto per la bioetica: risorse e limiti del discorso giuridico*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, 43 ss.

²⁵ G. FURGIUELE, *La fecondazione artificiale: quali principi per il giurista?*, in *Quadrimestre*, 1989, 265-266, ritiene legittima la fecondazione *post-mortem* qualora sia intervenuto il consenso del marito prima del suo decesso. Mi permetto di rinviare

che se l'embrione è stato già formato e crioconservato per ragioni di salute della donna (art. 14, co. 3, l. 40/2004), e nel frattempo sia intervenuto il decesso dell'uomo, la donna potrà ugualmente chiedere l'inserimento nel proprio corpo dell'embrione. Ciò si evince dall'art. 6, co. 3, l. cit. secondo cui la volontà di accedere alla fecondazione assistita può essere revocata da ciascun soggetto «fino al momento della fecondazione dell'ovulo». Qui la tutela della vita umana, sia pur embrionale, prevale sul diritto del nato ad avere due genitori.

Ai requisiti appena ricordati, se ne aggiungono altri di tipo oggettivo. Secondo l'art. 4 l. 40, la PMA è secondaria all'accertamento con atto medico della sterilità o dell'infertilità e all'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione²⁶. Questa disposizione non fa altro che specificare il principio generale contenuto nell'art. 1, co. 2, l. n. 40/2004, che consente il ricorso alla PMA «qualora non vi siano altri metodi terapeutici» efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità.

L'infertilità si ha quando la donna non è in grado di condurre la gravidanza fino all'epoca di vitalità fetale, ovvero, secondo un'altra definizione, quando una coppia non ottiene una gravidanza dopo un anno di rapporti sessuali non protetti. La sterilità riguarda, invece, la coppia nella quale uno o entrambi i componenti siano affetti da una condizione fisica permanente che rende impossibile la procreazione.

In queste situazioni la legge 40, nonostante la finalità proclamata nell'art. 1 di «favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità», consentiva, nella formulazione originaria, soltanto la PMA di tipo omologo. Ciò significava che i gameti (gli ovuli e il liquido seminale) dovevano provenire necessariamente dalla stessa coppia che aveva accesso alla fecondazione assistita.

Era vietata la procreazione eterologa, tecnica, questa, che richiede gameti maschili o femminili provenienti da un soggetto estraneo alla coppia. Il superamento di tale divieto normativo, avvenuto per effetto di una coraggiosa sentenza della Corte costituzionale (cfr. *infra* § 4), permette di superare le patologie procreative più gravi e fa sì che la coppia possa avere un figlio legato geneticamente almeno a uno dei componenti di essa.

Più in generale la fecondazione può avvenire «*in vivo*» o «*in vitro*». In estrema sintesi nella prima, il liquido seminale, dopo essere

per un approfondimento sul tema della fecondazione *post mortem* al mio primo saggio A. GORGONI, *Rilevanza giuridica dell'embrione e procreazione di un solo genitore*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 2, 367 ss.

²⁶ U. SALANITRO, *La regolazione della procreazione medicalmente assistita*, in *Trattato di diritto di famiglia*, cit., 3670-3673, svolge acute considerazioni sull'adozione quale strumento alternativo, secondo il legislatore, alla PMA e sull'obbligo del medico di accertare l'impossibilità di rimuovere le cause che impediscono la procreazione naturale. Su quest'ultimo punto occorre dare adeguato peso al fatto che anche la PMA è reputata dalla legge un metodo terapeutico (arg. ex art. 1, co. 2, l. n. 40/2004).

stato adeguatamente trattato, viene depositato direttamente nella cavità uterina della donna (IUI-Inseminazione Intrauterina); oppure l'inserimento può riguardare spermatozoi e ovociti insieme (GIFT-Gamete Intra-Fallopian Transfer). Nella seconda, l'ovulo, dopo essere stato fecondato fuori dal corpo della donna, viene inserito nell'utero di questa (FIVET).

Secondo il disposto dell'art. 4, co. 2 l. cit., le tecniche di PMA sono applicate sulla base di due principi generali della legge 40: 1) la gradualità delle stesse, «al fine di evitare il ricorso ad interventi aventi un grado di invasività tecnico e psicologico più gravoso per i destinatari» (let. a); 2) il «consenso informato, da realizzare ai sensi dell'art. 6». Questo articolo pone a carico del medico, prima di ricorrere alle tecniche e in ogni fase di applicazione delle stesse, un articolato obbligo informativo della coppia da svolgersi dettagliatamente e riguardante: metodi, problemi bioetici, possibili effetti collaterali sanitari e psicologici conseguenti all'applicazione medica, probabilità di successo, rischi, e conseguenze giuridiche per la donna, per l'uomo e per il nascituro.

In particolare gli effetti giuridici della PMA devono essere esplicitati con chiarezza alla coppia, la quale deve sottoscriverli (art. 6, co. 5, l. 40). Esattamente si ha diritto di sapere che: a) il nato avrà lo stato di figlio nato nel matrimonio o di figlio riconosciuto della coppia; b) è preclusa ogni azione volta a contestare, in caso di eterologa, la mancanza del legame genetico *ex uno latere*; c) la madre non potrà avvalersi della facoltà di non essere nominata nell'atto di nascita; d) il donatore di gameti non sarà parente né acquisirà diritti o obblighi nei confronti del nato.

Vi sono altre informazioni da comunicare: che esiste l'adozione e l'affidamento come alternativa alla PMA e quali sono «i costi economici dell'intera procedura qualora si tratti di strutture private autorizzate».

È evidente che la delicatezza della PMA e delle sue implicazioni sotto più profili hanno indotto il legislatore a procedimentalizzarle, come egli stesso si esprime, «il formarsi di una volontà consapevole e consapevolmente espressa» (art. 6, co. 1, c.c.).

In coerenza con tale obiettivo, la legge 40 ha disciplinato la forma del contratto con la struttura sanitaria. L'art. 6, co. 3 stabilisce che «la volontà di entrambi i soggetti di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è espressa per iscritto congiuntamente al medico responsabile della struttura», secondo le modalità previste con decreto dei Ministri della giustizia e della salute adottato ai sensi dell'art. 17, co.3, l. 400/1988.

4. L'ILLEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DEL DIVIETO DELLA PROCREAZIONE ETEROLOGA E L'INCONTESTABILITÀ DELLO STATO DI FIGLIO.

Le ragioni poste a fondamento del divieto della procreazione eterologa si sono rivelate inesatte e ingiustificatamente compressive di li-

bertà e diritti costituzionalmente protetti. Ciò è emerso da alcuni studi dottrinali prima e da una sentenza della Corte costituzionale poi, la quale, con una motivazione articolata e convincente, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, co. 3, l. n. 40/2004 e di altre disposizioni a questo articolo collegate²⁷.

La Consulta sottolinea come, secondo le risultanze della scienza medica, l'eterologa non comporti rischi particolari né per il soggetto donatore dei gameti né per i donatari, se non quello connaturato a qualsiasi pratica terapeutica. Non vi è, inoltre, un rischio psicologico comprovato per il nato, correlato alla genitorialità non naturale. Ancora: le possibili controversie tra il genitore cosiddetto sociale (chi riceve i gameti altrui) e quello genetico (il donante) sono prevenibili con un'apposita regolazione normativa, peraltro già esistente nella legge n. 40/2004 come si vedrà meglio in seguito.

Infine secondo i tribunali che hanno sollevato la questione di legittimità costituzionale²⁸ esiste già, tramite l'adozione, la possibilità di avere, come nell'eterologa, una scissione tra la genitorialità genetica e quella basata su un'assunzione di responsabilità.

²⁷ Corte cost., n. 162/2014 (rel.: G. Tesaurò), in *Corr. giur.*, 2014, 8-9, 262 ss., con nota di G. FERRANDO, *La riproduzione assistita nuovamente al vaglio della Corte costituzionale. L'illegittimità del divieto di fecondazione eterologa*, in *Fam. e dir.*, 2014, 8-9, 753 ss., con nota di V. CARBONE, *Sterilità della coppia. Fecondazione eterologa anche in Italia*, dichiara l'illegittimità costituzionale anche degli artt. 9, co. 1, e 9, co. 3, l. n. 40/2004, limitatamente alle parole «in violazione del divieto di cui all'art. 4, comma 3» e dell'art. 12, co. 1, l. n. 40/2004 che prevedeva una sanzione amministrativa pecuniaria a carico di chi utilizzava gameti di soggetti estranei alla coppia. Il riferimento è al medico, poiché non erano punibili i coniugi o i conviventi *more uxorio* che ricevevano la donazione dei gameti (art. 12, co. 8, l. 40/2004).

²⁸ Trib. Firenze ord. 13-9-2010, in *Guida al dir.*, 2010, 42, 65 ss.; Trib. Catania 21-10-2010, in *Guida al dir.*, 2010, 44, 65 ss.; Trib. Milano 2-2-2011, www.penalecontemporaneo.it. Queste pronunce, dopo aver escluso, in ossequio alla giurisprudenza maggioritaria, la possibilità di disapplicare l'art. 4, co. 3, l. n. 40/2004 per contrasto con gli artt. 8 e 14 Cedu, hanno sostenuto che molte delle ragioni a sostegno del divieto dell'eterologa non siano sufficienti a giustificarlo. In particolare, si è contestata quella di impedire le c.d. parentele atipiche. I tribunali di Catania e di Milano hanno sottolineato altresì che il divieto dell'eterologa mette a rischio la salute della donna che partecipa al programma di procreazione medicalmente assistita. Ella sarà indotta a sottoporsi a terapie mediche meno indicate o più pericolose, non potendo beneficiare della donazione di ovuli. Ciò in contrasto con il principio chiaramente espresso da Corte cost. 151/2009, secondo cui «in materia di pratica terapeutica [da identificarsi nella procreazione eterologa], la regola di fondo deve essere l'autonomia e la responsabilità del medico che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali». Più ampiamente, il tribunale di Firenze ha fatto leva sul contrasto del divieto di eterologa con l'art. 3 Cost. I tribunali di Catania e Milano hanno posto la questione di costituzionalità anche con riferimento all'art. 31 Cost., che tutela il diritto alla maternità e alla paternità, all'art. 2 Cost., nel cui ambito va ricondotto il diritto alla vita privata e familiare e all'art. 32 Cost., giacché il divieto rischia di compromettere l'integrità fisiopsichica delle coppie infertili o sterili. Il divieto appare inoltre discriminatorio e irragionevole, anche perché smentisce la stessa finalità dichiarata dall'art. 1 l. 4/2004. Il

A quest'ultimo rilievo, ripreso dalla Corte costituzionale non senza obiezioni dottrinali, può aggiungersi come il d.lgs. n. 154/2013 abbia valorizzato il rapporto non basato sulla derivazione genetica quale fondamento della filiazione. È stato, infatti, introdotto un termine di improponibilità dell'azione di disconoscimento della paternità di 5 anni decorrente «comunque» dal giorno della nascita, cioè a prescindere dalla conoscenza dell'adulterio o dell'*impotentia generandi* [(art. 244, co. 4, c.c.), cfr. *supra* cap. I-sez. I, § 12].

Il punto su cui interessa insistere è quello dell'assunzione della responsabilità del nato quale elemento costitutivo della filiazione. Occorre allora comprendere più compiutamente le ragioni che hanno determinato il superamento del divieto della PMA eterologa. A tal fine è utile avere contezza delle circostanze rilevanti che lo hanno preparato.

Prima della dichiarazione di incostituzionalità sono intervenute due pronunce della Corte EDU²⁹ sulla disciplina austriaca dell'eterologa. Di esse i tribunali italiani *a quibus* si sono avvalsi per rafforzare l'argomentazione sull'incostituzionalità dell'art. 4, co. 3, l. n. 40/2004 sottoposta alla Corte costituzionale.

In particolare la sentenza della Grande Camera della Corte EDU (giudice del riesame rispetto alla Camera) ha indotto la nostra Consulta alla restituzione degli atti ai giudici rimettenti, affinché riformulassero la questione di legittimità costituzionale³⁰. A seguito di questa riformulazione è stata dichiarata l'incostituzionalità dell'art. 4, co. 3, l. n. 40/2004, utilizzando però soltanto parametri interni alla Costituzione, senza alcun riferimento agli artt. 8 e 14 CEDU.

Il percorso argomentativo è piuttosto articolato: 1) si muove dai diritti fondamentali della coppia, incisi irreversibilmente dal divieto di eterologa; 2) si dimostra come la dichiarazione di incostituzionalità non lascerebbe alcun vuoto normativo lesivo di diritti fondamentali del nato; 3) si ribadisce che il diritto all'identità genetica del nato, lungi dal precludere l'eterologa, ha modo di esplicarsi entro i limiti già fissati dalla legge e dalla stessa Corte costituzionale; 4) si considera il divieto *de quo* manifestamente irragionevole; 5) si individua una violazione del principio di uguaglianza causata dal cosiddetto «turismo procreativo» alimentato dal divieto dell'eterologa, poiché soltanto le famiglie abbienti possono ricorrere a tale tipo di procreazione recandosi in un

fatto che una coppia necessiti della donazione di gameti non sembra sufficiente a diversificare tale situazione da quella in cui la coppia utilizza esclusivamente i propri gameti.

²⁹ Corte EDU, 1.4.2010, *caso S.H. e altri c. Austria*, ric. n. 57813/00; Corte EDU, 3.11.2011, *caso S.H. e altri c. Austria*, ric. n. 57813/00. All'epoca dei fatti, la legge austriaca non vietava del tutto l'eterologa, ammettendo solo la donazione di sperma da utilizzarsi esclusivamente per la fecondazione *in vivo* e non anche *in vitro*. Vietata in assoluto era la donazione di ovuli.

³⁰ Corte cost., n. 150/2012 (rel.: G. Tesaurò).

altro Paese e vedendo riconosciuta in Italia la costituzione del rapporto di filiazione.

Sul primo punto è indubbio, secondo la Consulta, che la libertà fondamentale della coppia di formare una famiglia con figli sia riconducibile alla più generale libertà di autodeterminarsi, desumibile dagli artt. 2, 3 e 31 Cost. Naturalmente tale libertà non è senza limiti, sebbene quelli che la riguardano non possano spingersi fino a sopprimerla, come accadeva, invece, col divieto di eterologa. Un freno all'esercizio della libertà in parola si deve porre quando la misura soppressiva della medesima sia l'unico mezzo per tutelare altri interessi di rango parimenti costituzionale.

Ma se l'unicità del mezzo non è sostenibile, afferma la Consulta, il divieto di eterologa è manifestamente irrazionale e sproporzionato, sacrificando ingiustificatamente diritti fondamentali, come il diritto di procreare e quello alla salute della coppia, soprattutto della donna costretta a trattamenti terapeutici più invasivi pur di concepire un figlio.

Non sembrano irresistibili le critiche che un'autorevole dottrina³¹ ha rivolto a questa pronuncia, almeno nei suoi punti di forza. Esse svalutano eccessivamente il diritto fondamentale di procreare e di autodeterminarsi con riguardo alla «sfera più intima ed intangibile della persona umana» (artt. 2, 3, e 31 Cost.)³²; diritto che, sebbene non sia assoluto, non può essere compresso se non vi è la necessità di tutelare, pena la sua soppressione, un altro diritto fondamentale contrapposto, qual è quello di conoscere la storia della propria nascita. Ma la conoscibilità delle proprie origini è tutelata e ciò è sufficiente ad evitare una lesione della propria identità personale³³.

La Consulta sostiene, inoltre, che il divieto dell'eterologa rischia di pregiudicare la salute fisica e psichica della «coppia», cioè, più esattamente, di ciascun membro di essa. Anche il riferimento al parametro costituzionale di cui all'art. 32 Cost. è stato assoggettato a una critica

³¹ C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., 67 ss.

³² Corte cost., n. 162/2014, cit.

³³ C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., 76, dissente e svolge un'argomentazione diversa. Non è agevole replicare a un giurista di grande esperienza come Castronovo, sempre profondo e stimolante nel ragionamento. Sembra però a chi scrive che se si adduce l'argomento dell'ineluttabile alterazione dell'identità del nato («identità adulterata in radice», così l'autore), si esce dalla logica del bilanciamento degli interessi, per affermare un pensiero indiscutibile e la tirannia di un valore. In questa discussione, tra l'altro, non sembra irrilevante la consapevolezza, largamente diffusa, secondo cui l'identità della persona non si costruisce soltanto in ragione delle proprie origini, ma anche e soprattutto per effetto della relazione con chi abbia svolto concretamente il ruolo di genitore, delle più disparate esperienze e dell'interazione con gli altri. L'eliminazione del divieto di eterologa (e non già la sua permanenza) attua un ragionevole punto di equilibrio tra contrapposte esigenze. Si potrà dire che il bilanciamento non sia stato molto ragionevole, ma non che vi è quasi un'ontologica impossibilità di introdurre nel nostro ordinamento la procreazione eterologa.

che, seppur sensata³⁴, non si condivide. Nell'argomentazione della Corte, il riferimento alla salute - bene questo da valorizzare quanto più possibile - concorre a determinare l'incostituzionalità con gli altri parametri sopra indicati.

Chiarite le posizioni giuridiche soggettive in rilievo, deve ammettersi che il divieto di PMA eterologa non è giustificato da una ragione palese di tutela di un bene costituzionale assolutamente prevalente che, altrimenti, verrebbe soppresso.

Il donante, il donatario e il nato non subiscono pregiudizi dall'eterologa. Il nato acquista lo stato di figlio nato nel matrimonio o di figlio riconosciuto della coppia di fatto che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche di PMA, tra cui vi rientra anche la procreazione eterologa (art. 8 l. n. 40/2004). Tale *status* è inattaccabile poiché il donatario non potrà agire con l'azione di disconoscimento della paternità, né impugnare il riconoscimento (automatico) per difetto di veridicità, facendo valere l'assenza del legame genetico (art. 9, co. 1, l. n. 40/2004).

La madre, da parte sua, perde la facoltà di non essere nominata nell'atto di nascita (art. 9, co. 2, l. n. 40/2004). Inoltre l'art. 9, co. 3, l. n. 40/2004 stabilisce che «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». È questa una regola che oltre a favorire la donazione dei gameti, rispecchia il reale intento di ciascuno dei soggetti coinvolti nella PMA eterologa.

Deve, inoltre, escludersi che il figlio nato da eterologa possa agire, facendo leva sull'imprescrittibilità dell'azione, con l'azione di disconoscimento della paternità (art. 244, co. 5, c.c.) o con l'impugnazione per difetto di veridicità (art. 263, co. 2, c.c.)³⁵. Il fatto che lo *status*

³⁴ C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., 76, ritiene che la Corte costituzionale avrebbe dovuto concludere diversamente rispetto al proprio ragionamento sulla possibile lesione del bene salute. Esattamente, secondo l'autore, avremmo dovuto attenderci «una pronuncia interpretativa che [avesse] limita[to] l'incostituzionalità dell'art. 4, co. 3, l. 19 febbraio 2004, n. 40 alla mancata previsione di una limitazione del divieto di fecondazione eterologa ai casi in cui questa [avesse] pot[uto] comportare «un serio pericolo per la salute fisica o psichica» della donna». Ma una pronuncia interpretativa così come ipotizzata avrebbe determinato un pericoloso abbassamento del livello di tutela della salute dei soggetti coinvolti, costringendoli a sottoporsi a trattamenti meno efficaci o a recarsi all'estero. Si aggiunga che non può essere ritenuta conforme alla Costituzione una regola come quella del divieto dell'eterologa che conculchi l'autonomia e la responsabilità del medico, proprio al fine di proteggere nel modo più ampio possibile la salute.

³⁵ Diverso è il pensiero di G. CHIAPPETTA, *Riflessioni sul novellato sistema delle azioni di stato*, cit., 106, la quale, facendo leva sulla novità introdotta della riforma 2012/2013 dell'imprescrittibilità dell'azione soltanto per il figlio, conclude che «il consenso alla fecondazione assistita di tipo eterologo è dei c.dd. genitori sociali, ma non sembra far venir medo il «diritto» che la Riforma ha attribuito al figlio [quello appunto di far emergere la verità genetica]. La possibilità di recidere il rapporto di fi-

filiationis non sia, rispetto al donatario dei gameti, conforme alla verità biologica non giustifica l'esperibilità dell'azione di stato, neppure da parte del figlio. Il consenso della coppia sposata o di fatto alla PMA eterologa - e dunque l'assunzione della responsabilità del nato - è fondante lo stato di figlio rispetto alla coppia stessa.

Il legame genetico è fuori gioco. Pertanto non vi è alcuna falsità da far emergere, né il figlio può reclamare genitori diversi. Per legge i genitori del nato da eterologa sono soltanto quelli che hanno avuto accesso alla pratica di fecondazione assistita. Chiarissimo è l'art. 9, co. 3, l. n. 40/2004: «il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato».

Lo stato di figlio nato dalla PMA eterologa è dunque incontestabile, salvo il caso in cui sia mancato il consenso del marito o del convivente di fatto ad accedere a tale tipo di tecnica procreativa. E lo è perché, come ha affermato la Corte costituzionale argomentando dai principi costituzionali e dall'adozione, «il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia [con figli]»³⁶.

La Corte è consapevole che adozione e PMA hanno finalità diverse: la prima è volta a garantire una famiglia al minore in stato di abbandono (art. 30, co. 2, Cost.); la seconda è protesa ad attuare il diritto dell'adulto di procreare e di formare una famiglia con figli, quale espressione essenziale della personalità umana (art. 2 Cost.). Tale diversità non impedisce di ritenere che la derivazione genetica non sia un presupposto imprescindibile della filiazione e della famiglia con prole.

Preme sottolineare come qui ritorni il tema, accennato all'esordio di questa ricerca, dell'effetto espansivo dell'ordinamento giuridico, determinato dall'attuazione dei diritti fondamentali tramite la tecnica del bilanciamento. Se un diritto costituzionale non può essere soppresso, ne deriva che dall'art. 30, co. 1, Cost. non possa dedursi l'unicità del fondamento della filiazione, altrimenti salterebbe l'equilibrio sistematico tra siffatti diritti. Ma allora la generazione e il legame genetico con i soggetti che hanno causato la nascita è soltanto uno dei fatti costitutivi della filiazione, al quale si aggiunge, in alternativa, l'assun-

liazione e di superare l'anonimato della madre o del donatore dei gameti, se preclusa, potrebbe rappresentare un *vulnus* all'art. 3 e 117 Cost., quest'ultimo in relazione agli artt. 8 e 14 CEDU (...). In ossequio alla ragionevolezza ed alla non discriminazione del figlio, nel sistema della Riforma, potrebbe spettare a quest'ultimo la scelta di agire con le azioni di stato». Ad avviso di chi scrive non si pone una questione di ragionevolezza, né di discriminazione del figlio. Irragionevole sarebbe consentire la distruzione dello stato di figlio senza che vi sia la possibilità di instaurare lo *status filiationis* con il donatore dei gameti. Inoltre non sembra esservi discriminazione del figlio nato dall'eterologa rispetto a quello il cui stato si fondi su una presunzione di paternità o su una dichiarazione di riconoscimento falsa. Va garantito però, come sottolinea esattamente l'autrice, il diritto del minore di conoscere le proprie origini.

³⁶ Corte cost., n. 162/2014, cit., § 6.

zione della responsabilità (cfr. *amplius infra* § 8 e cap. III-sez. III, §§ 4, 5 e 6).

Come poteva resistere allora il divieto dell'eterologa alla luce anche del cosiddetto test di proporzionalità e di ragionevolezza (art. 3 Cost.)³⁷?

Il divieto non si giustifica neppure invocando il diritto di conoscere le proprie origini biologiche o all'identità genetica. Tale diritto, pur di rilievo costituzionale essendo strettamente connesso con l'identità personale e con lo sviluppo della personalità umana (art. 2 Cost.), può essere limitato (ma non soppresso) a tutela di altre posizioni costituzionalmente protette³⁸.

L'art. 28 l. adoz. coniuga, infatti, il diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini con la segretezza dell'identità dei genitori biologici, la cui finalità è di tutelare la stabilità della famiglia adottiva. A tal proposito, la Corte costituzionale, con un'attesa sentenza³⁹, ha ampliato ulteriormente il diritto di conoscere le proprie origini con riferimento alla posizione della madre biologica, riconoscendo a quest'ultima, ove interpellata, la facoltà di revocare la dichiarazione di restare anonima⁴⁰ (cfr. *amplius supra* cap. I-sez. I, § 8).

Naturalmente, alla luce di questa pronuncia, si deve ammettere che anche il nato con la procreazione eterologa abbia diritto di conoscere le proprie origini⁴¹. Questo aspetto non trova, tuttavia, un'e-

³⁷ La Corte cost., n. 162/2014, cit., § 13 utilizza frequentemente i canoni della razionalità e della proporzionalità per scrutinare la costituzionalità di una disposizione di legge. Ad essi si collega il «vincolo del minor sacrificio possibile» degli interessi e valori costituzionalmente protetti.

³⁸ Sotto il profilo metodologico, la Corte costituzionale argomenta, a fronte dell'istanza sociale di ampliare il contenuto del diritto di procreare, secondo una scansione indicata lucidamente tempo addietro da S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, cit., 152-153. Secondo l'autore occorre muovere da un postulato forte desumibile dalla Costituzione: il rispetto della libertà di scelta di ciascun individuo su profili inerenti la sfera più intima della persona. Quindi, deve essere effettuato un contemperamento con interessi o diritti altrui con cui l'istanza di libertà possa confliggere. In quest'ultima dimensione del ragionamento, entrambe le posizioni devono essere salvaguardate e regolate. Fatto salvo il caso in cui la prima incontri un «limite assoluto in altri diritti o principi fondamentali del sistema giuridico».

³⁹ Corte cost., n. 278/2013, cit., dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 28, co. 5, l. adoz., nella parte in cui non prevede che il giudice interPELLI, su richiesta del figlio, la madre biologica per verificare se ella intenda revocare la propria decisione, a suo tempo assunta, di restare anonima.

⁴⁰ V. CARBONE, *Un passo avanti del diritto del figlio, abbandonato e adottato, di conoscere le sue origini rispetto all'anonimato materno*, in *Fam. e dir.*, 2014, 1, 11 ss., ripercorre l'evoluzione giurisprudenziale interna ed europea che ha condotto a una dichiarazione di incostituzionalità apprezzabile per l'equilibrato bilanciamento di interessi posto in essere.

⁴¹ È un diritto fondamentale il cui riconoscimento non disincentiva particolarmente l'atto di donazione dei gameti. L'art. 9, co 3, l. n. 40/2004 stabilisce che «il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non

spessa regolamentazione nella legge n. 40/2004. In presenza di tale lacuna può ammettersi - non senza difficoltà - l'applicazione analogica dell'art. 28 l. n. 184/1983⁴², come integrato dalla sentenza della Corte costituzionale n. 278/2013 in punto di richiesta di conoscenza dell'identità del donatore⁴³.

Oltre alla sproporzione è stato evidenziato anche il vizio di manifesta irrazionalità del divieto con riguardo allo scopo perseguito dalla legge 40 di «favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana». È contraddittorio vietare una pratica funzionale al superamento dalle patologie di coppia più gravi.

L'ultimo argomento accolto dalla Corte costituzionale a sostegno dell'incostituzionalità dell'art. 4, co. 3, l. cit. si incentra sulla violazione del principio di uguaglianza, determinata dalla concorrenza di due fattori: uno di fatto e uno giuridico. Con il primo si allude al fenomeno del turismo procreativo che fa assurgere la condizione economica a inaccettabile requisito dell'esercizio di un diritto fondamentale.

Il secondo fattore attiene alla costituzione dello stato di figlio che l'ordinamento italiano riconosceva anche in caso di violazione del divieto di eterologa (cfr. art. 9, co. 1, l. n. 40/2004 prima di essere modificato dalla Consulta). Non è questo, si legge nella sentenza, «un mero inconveniente di fatto, bensì un diretto effetto delle disposizioni in esame, conseguente ad un bilanciamento degli interessi manifestamente irragionevole».

Non è il caso di indagare qui nel testo su aspetti di dettaglio dell'eterologa⁴⁴. Solo un'ultima considerazione. Il legislatore che inter-

può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi». È semmai quest'ultima una disposizione che ha la funzione di evitare di dissuadere dalla donazione di gameti.

⁴² U. SALANITRO, *Gli effetti della procreazione medicalmente assistita*, cit., 3741. Per un'accurata analisi comparatistica sul diritto di accedere ai dati del donatore cfr. L. D'AVACK, *Il diritto alle proprie origini tra segreto, anonimato e verità nella pma con donatori/trici*, in *Dir. di fam. e delle pers.*, 2012, 815 ss.

⁴³ Le difficoltà cui si allude *supra* nel testo sono dovute alla diversità delle fattispecie concrete. Una cosa è l'anonimato quale diritto funzionale a tutelare la salute della donna e del nascituro, altro è l'anonimato di chi dona i propri gameti per consentire al donatario di procreare. Ma un elemento fondamentale in comune c'è: la scomparsa dalla scena del genitore genetico e la rilevanza giuridica dell'interesse del nato di identificare il proprio genitore genetico.

⁴⁴ Oggi possono accedere alla PMA di tipo eterologo, in ossequio agli artt. 1, co. 2 e 4, co. 1, l. n. 40/2004, solo le coppie, coniugate o conviventi, affette da sterilità irreversibile o da infertilità inspiegate documentate da un atto medico. La certificazione di infertilità o sterilità, essenziale per l'accesso alle tecniche di PMA, è disciplinata dettagliatamente dalle Linee guida 2015 emanate, ai sensi dell'art. 7 l. 40/2004, dal Ministro della Salute con proprio decreto. In esse si afferma anche, in attuazione del divieto di selezione degli embrioni e dei gameti a scopo eugenetico (art. 13, co. 3, l. cit.), che «non è possibile per le coppie scegliere caratteristiche fenotipiche del donatore». Ciò naturalmente costituisce un limite all'eterologa. Vi è un altro limite riguardante l'età della donna donataria degli ovuli. Occorre muovere da un'affermazione della Corte costituzionale. La dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 4, co. 3, l. 40 cit.

viene su temi che coinvolgono più situazioni giuridiche soggettive di rilievo costituzionale deve trovare una regola bilanciata. Un eventuale divieto regge soltanto qualora esso sia l'unica soluzione a tutela di diritti fondamentali. Altrimenti si finisce col sacrificare irragionevolmente dimensioni profonde della persona, introducendo oltretutto una gerarchia tra i diritti più alti, spesso difficile da giustificare nel quadro della Costituzione.

La ragionevolezza e la proporzionalità sono due canoni di valutazione della tenuta costituzionale di una norma di legge, ampiamente adoperati anche dalle Corti europee⁴⁵, che hanno contribuito, non di rado, all'affermazione di un diritto più giusto.

5. TUTELA DELL'EMBRIONE E DELLA SALUTE DELLA DONNA. CENNI SULLA SPERIMENTAZIONE.

Un altro profilo della legge n. 40/2004 che ha determinato tensioni con i principi generali dell'ordinamento è quello del bilanciamento della tutela dell'embrione con altre posizioni giuridiche soggettive. Tra queste ne vengono in rilievo almeno due: la salute della donna e la ricerca clinica e sperimentale per la cura di gravi malattie.

Il legislatore era consapevole della necessità di dover trovare un punto di equilibrio, tant'è che nell'art. 1 l. n. 40/2004 si esplicita l'intenzione di assicurare i diritti di tutti i soggetti coinvolti nella PMA, compreso il concepito, la cui tutela trova un fondamento costituzionale negli artt. 2 e 31, co. 2, Cost.⁴⁶. Ma le soluzioni normative accolte, tal-

non produce un vuoto normativo quanto alla disciplina della procreazione eterologa. Ciò in quanto, quest'ultima, è riconducibile al medesimo *genus* della procreazione omologa, pur non essendo assimilabile a quest'ultima. Entrambe queste tecniche mirano infatti a superare le difficoltà procreative della coppia. Di conseguenza, stante l'analogia tra le due tecniche di PMA, in applicazione dell'art. 5 l. 40 cit., la donna può ricevere in donazione ovuli solo se ella è «in età potenzialmente fertile». Questa prescrizione è funzionale ad evitare il fenomeno delle mamme-nonne (cfr. Tar Veneto, 8.5.2015, n. 501, dispone l'annullamento di una delibera della Regione Veneto nella parte in cui ha ritenuto di applicare solo alla procreazione eterologa il limite di età di 43 anni per la donna, a fronte del limite meno stringente per l'omologa di anni 50. Il Tar chiarisce che il limite di età deve essere il medesimo per entrambe le tecniche di PMA).

⁴⁵ P. PERLINGIERI, *Leale collaborazione tra Corte costituzionale e Corti europee. Per un unitario sistema ordinamentale*, Napoli, 2008. La tesi dell'illustre autore è espressa già nella parte finale del titolo della sua opera. Il valore dell'unità dell'ordinamento, nella dimensione dell'art. 117 Cost., evita incongrue frammentazioni del discorso giuridico che, in molti casi, conducono a un impoverimento dei diritti e delle tutele.

⁴⁶ La Corte costituzionale già nella sentenza n. 27/1975 (rel.: P. Rossi) riconosce che la tutela del concepito, già presente nel codice civile (artt. 320, 339 nel frattempo abrogato e art. 687 c.c.), ha un fondamento costituzionale; esattamente nell'art. 31, co.

volta sbilanciate a favore dell'embrione, non hanno retto alla verifica di costituzionalità.

L'art. 14, co. 3, l. 40, nella sua formulazione originaria, poneva un limite numerico alla formazione degli embrioni, i quali, una volta creati, dovevano essere tutti impiantati. La disposizione vietava di «creare un numero di embrioni superiore a quello necessario ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre». La *ratio* era di proteggere la vita e la dignità umana fin dal concepimento, beni, questi, entrambi messi in pericolo da una sovra-produzione di embrioni, i quali sarebbero stati destinati inevitabilmente alla distruzione o alla sperimentazione.

Da un lato, quindi, si tutelava fortemente l'embrione, dall'altro si consentiva, di riflesso, di mettere in pericolo la salute della donna, impedendo al medico di decidere, tenuto conto della patologia specifica, quale fosse il numero di embrioni ottimale da produrre. Così la donna era costretta a sottoporsi a plurime stimolazioni ovariche e a più tentativi di impianto, tutte le volte in cui il numero di tre embrioni fosse palesemente insufficiente a garantire l'inizio della gravidanza al primo inserimento in utero.

Al profilo della salute si aggiungeva la disparità di trattamento di situazioni diverse: difatti a prescindere dal modo di atteggiarsi del problema di sterilità/infertilità che affliggeva una donna rispetto ad un'altra, il numero massimo di embrioni producibili era sempre, secondo la legge, pari a tre.

Correttamente, quindi, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, co. 2, l. 40 limitatamente alle parole «ad un unico e contemporaneo impianto e comunque non superiore a tre»⁴⁷. Di conseguenza il medico può scegliere, con riferimento alla specifica situazione clinica del paziente, quanti embrioni produrre e inserire nel corpo della donna. Quelli non utilizzati dovranno essere crioconservati, il che ha determinato, come si vedrà tra breve, problemi di difficile soluzione inerenti la dignità dell'embrione.

2, Cost., che impone la «protezione della maternità» e, più in generale, nell'art. 2 Cost. che «riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, fra i quali non può non collocarsi, sia pur con le caratteristiche sue proprie, la situazione giuridica del concepito».

⁴⁷ Corte cost., n. 151/2009 (rel.: A. Finocchiaro), in *Fam. e dir.*, 2008, 8-9, 764 ss., con nota di M. DOGLIOTTI, *La Corte costituzionale interviene sulla produzione e sul trasferimento degli embrioni a tutela della salute della donna*; in *Corr. giur.*, 2009, 9, 1213 ss., con nota di G. FERRANDO G., *Diritto alla salute della donna e tutela degli embrioni: la Consulta fissa nuovi equilibri*; in *Fam. pers. e succ.*, 2008, 8-9, 683 ss., con nota di F. R. FANTETTI, *Illegittimità costituzionale della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, 3-4, 475 ss., con nota di R. VILLANI, *Procreazione assistita e Corte costituzionale: presupposti e conseguenze (dirette e indirette) del recente intervento della Consulta sulla disciplina della legge 40/04*; A. GORGONI, *Il divieto di procreazione eterologa all'esame della Corte costituzionale*, in *Persona e mercato*, 2011, 1 ss. Tutti i commentatori, sia pur con taluni distinguo quanto a determinati profili, hanno accolto favorevolmente la pronuncia.

La Consulta, con la stessa sentenza, ha altresì dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, co. 3 l. n. 40/2004 «nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni da realizzare non appena possibile (...) debba essere effettuato senza pregiudizio per la salute della donna». Dunque, sebbene siano stati già formati gli embrioni, non si potrà costringere la donna a riceverli nel proprio corpo contro la sua volontà, qualora la ragione del rifiuto inerisca alla propria salute.

Si dovrebbe dire di più: la donna può rifiutare l'impianto dell'embrione anche a prescindere dalle sue condizioni di salute. È vero che l'art. 6, co. 3, ultimo capoverso l. n. 40/2004 stabilisce che i soggetti non possono revocare il consenso alla PMA una volta che l'ovulo sia stata fecondato, ma questo precetto è privo di sanzione e comunque la donna non può essere costretta a subire un intervento medico, qual è il procedimento di inizio della gravidanza (artt. 2, 13, co. 1, e 32 Cost.).

Correttamente, rispetto alla tutela della salute della donna, la Corte costituzionale ha ridimensionato la tutela dell'embrione, in consonanza con il principio espresso in un risalente, illuminato, precedente giurisprudenziale in cui si è affermato che «non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona rispetto a chi persona deve ancora diventare»⁴⁸. All'epoca veniva in rilievo il tema dell'aborto, che è stato successivamente regolato dalla legge n. 194/1978 proprio in conformità a tale principio.

È utile sottolineare come la Corte costituzionale e le Corti europee abbiano arricchito gli strumenti ermeneutici a disposizione del giurista. È oramai diffusa la consapevolezza che la discrezionalità politica del legislatore debba fare i conti con il test di ragionevolezza e di proporzionalità che permette di esaminare - come è stato rilevato⁴⁹ - la correttezza del «bilanciamento effettuato e [dei] mezzi prescelti dal legislatore. Al fine di controllare se si è compresso in modo eccessivo una delle posizioni soggettive coinvolte».

La donna ha, dunque, il potere di non far nascere il figlio, quale strumento di tutela sia della propria salute - ciò sotto un altro profilo

⁴⁸ Corte cost., n. 27/1975, cit., dichiara costituzionalmente illegittimo, per violazione degli artt. 31 co. 2 e 32 co. 1 Cost., l'art. 546 c.p. che punisce l'aborto di donna consenziente, nella parte in cui non prevede che la gravidanza possa venir interrotta licitamente quando l'ulteriore gestazione implichi danno o pericolo grave, medicalmente accertato e non altrimenti evitabile, per la salute della donna.

⁴⁹ Così G. VETTORI, *La fecondazione assistita fra legge e giudici*, cit., 6-7, il quale scrive anche che «il giudice delle leggi svolge un controllo di razionalità e di ragionevolezza delle scelte politiche. Le Corti europee contribuiscono ad arricchire i modi e gli strumenti di tutela delle posizioni di libertà. E tutto ciò non è visto dai più come una anomalia ma come uno sviluppo fisiologico della forma di Stato sociale costituzionale grazie a tre elementi. La scelta di una Costituzione rigida, il riconoscimento come norme dei principi e la valorizzazione del pluralismo dei valori da interpretare e bilanciare che muta il rapporto tra norma e giudice in una legalità costituzionale che si contamina continuamente con la legalità legislativa» (p. 7).

verrà ripreso nel paragrafo successivo - sia del diritto di autodeterminarsi in ordine agli interventi sul proprio corpo.

La posizione dell'embrione è, invece, risultata più forte se rapportata - sia consentito qualche cenno - all'interesse dell'umanità allo svolgimento della ricerca scientifica finalizzata alla tutela della salute individuale e collettiva. L'art. 13, co. 1, l. n. 40/2004 consente, com'è noto, la ricerca clinica e sperimentale sull'embrione soltanto se volta a tutelare la salute e lo sviluppo dell'embrione stesso. È vietato perciò quell'utilizzo dell'embrione che ne cagioni la soppressione, seppure finalizzato a individuare nuove cure per gravi patologie.

Questa disposizione è sembrata irragionevole al tribunale di Firenze nella parte in cui non consente la sperimentazione sugli embrioni non impiantabili soprattutto perché malati (come si vedrà *amplius infra* § 5), destinati perciò comunque ad estinguersi nel tempo. In tale caso, secondo il giudice fiorentino che ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 13, coo. 1, 2 e 3, l. n. 40/2004, non si potrebbero negare «le esigenze individuali e collettive sottese all'attività di ricerca scientifica, proprio in quei settori quali la terapia genica e l'impiego delle cellule staminali embrionali, che la comunità medico-scientifica ritiene fra i più promettenti per la cura di numerose e gravi patologie».

La Corte costituzionale, con una sentenza molto accorta⁵⁰, ha dichiarato la questione inammissibile, svolgendo tre considerazioni. Con la prima si pone in rilievo che la dignità dell'embrione è tutelata dall'art. 2 Cost., perché in esso vi è il principio della vita. Di conseguenza la sua protezione non può venire meno per il solo fatto di essere affetto da una malformazione genetica.

Certo, continua la Consulta - seconda considerazione - anche la tutela dell'embrione, come ogni altro valore costituzionale, è assoggettata al bilanciamento. Il quale, però, nel caso di specie è aperto a più esiti, tutti ammissibili. La Corte EDU ha constatato come non esista un vasto consenso europeo sul tema della legittimità e dei limiti alla sperimentazione⁵¹. I legislatori hanno legiferato in modi diversi e talvolta opposti; l'Italia non è l'unico Stato membro del Consiglio d'Europa ad aver vietato la donazione di embrioni umani a fini di ricerca scientifica.

La terza osservazione attiene alle divisioni che esistono tra gli scienziati e tra i giuristi su diversi aspetti del tema. La Corte costituzionale, riportati gli argomenti favorevoli e contrari alla sperimentazione sugli embrioni non impiantabili, conclude rilevando che un bilanciamento dei valori diverso da quello contenuto nell'art. 13 l. n. 40/2004 non possa essere introdotto con una pronuncia additiva della Corte. Ciò in quanto esso non sarebbe «a rima obbligata», essendovi più

⁵⁰ Corte cost., n. 84/2016 (rel.: M. R. Morelli), in *Leggi d'Italia on line*.

⁵¹ Corte EDU Grande Camera, 27.8.2015, *Parrillo c. Italia*, ric. n. 46470/11, in *www.echr.coe.int*.

opzioni intermedie, puntualmente indicate dalla Consulta⁵², nella disponibilità della scelta del legislatore.

Ineccepibile è stato il ragionamento del giudice delle leggi, che ha segnato una linea di demarcazione tra il proprio potere e quello della politica legislativa.

6. LA DIAGNOSI PREIMPIANTO E LA DICHIARAZIONE DI INCOSTITUZIONALITÀ DELL'ART. 4, CO. 1, N. L. 40/2004.

La diagnosi preimpianto consiste in un esame clinico e diagnostico dell'embrione fuori dall'utero, effettuato per accertare l'eventuale presenza di malattie genetiche di cui sia portatore uno dei genitori. La finalità dell'accertamento è di salvaguardare la salute della donna, evitando gravidanze che, con elevato grado di probabilità, verrebbero interrotte ai sensi dell'art. 6 let. b) l. n. 194/1978 a causa della diagnosi *in utero* della presenza di quella malattia già nota alla coppia.

Questa tecnica non è contemplata dalla legge n. 40/2004, anzi, secondo una tesi, vi sono indici normativi che depongono in senso contrario alla sua ammissibilità.

In un primo periodo di tempo si è imposta, soprattutto tra i giudici, un'interpretazione contraria alla legittimità della diagnosi preimpianto. Si argomentava dall'art. 13, co. 2, l. 40/2004 che consente la ricerca clinica e sperimentale solo nei limiti in cui essa tuteli la salute e lo sviluppo dell'embrione. La diagnosi preimpianto, non perseguendo questi scopi (anzi potendo ledere l'integrità dell'embrione), doveva ritenersi impraticabile.

L'errore ermeneutico è evidente: l'art. 13 l. 40 riguarda, a ben vedere, il conflitto tra l'interesse pubblico a che la scienza, tramite la ricerca e la sperimentazione, sconfigga gravi malattie e l'interesse dell'embrione a svilupparsi verso la nascita⁵³.

⁵² La Corte cost., n. 84/2016, cit. mostra nel seguente passaggio della motivazione come plurali siano le scelte che possono essere assunte: «unicamente al legislatore ... compete la valutazione di opportunità (sulla base anche delle “evidenze scientifiche” e del loro raggiunto grado di condivisione a livello sovranazionale) in ordine, tra l'altro, alla utilizzazione, a fini di ricerca, dei soli embrioni affetti da malattia - e da quali malattie - ovvero anche di quelli scientificamente “non biopsabili”; alla selezione degli obiettivi e delle specifiche finalità della ricerca suscettibili di giustificare il “sacrificio” dell'embrione; alla eventualità, ed alla determinazione della durata, di un previo periodo di crioconservazione; alla opportunità o meno (dopo tali periodi) di un successivo interpellato della coppia, o della donna, che ne verifichi la confermata volontà di abbandono dell'embrione e di sua destinazione alla sperimentazione; alle cautele più idonee ad evitare la “commercializzazione” degli embrioni residui».

⁵³ La rilevanza giuridica dell'embrione ha indotto il nostro legislatore a vietare qualsiasi sperimentazione sull'embrione umano (art. 13). A livello delle fonti europee, la direttiva 98/44/CE, 6.7.1998, sulla *protezione giuridica delle invenzioni biotecnolo-*

La diagnosi preimpianto evoca, invece, il contrasto tra la rilevanza giuridica del concepito, da un lato, la salute della donna e il suo diritto ad una procreazione cosciente e responsabile, dall'altro. Questa contrapposizione, di cui si fa carico l'art. 14 l. 40, del tutto diversa da quella tra benessere collettivo e tutela dell'embrione, viene risolta dal principio di prevalenza della salute della donna. Una prevalenza effettiva grazie al disposto di cui all'art. 14, co. 5, l. 40 che attribuisce alla coppia il diritto di essere informata «sullo stato di salute degli embrioni prodotti e da trasferire in utero».

Su questo diritto si è innestata la sentenza con cui la Corte costituzionale ha cancellato l'obbligo normativo dell'unico e contemporaneo impianto. Con conseguente possibilità per il medico di utilizzare soltanto gli embrioni sani, scartando quelli malati.

La giurisprudenza di merito ha esattamente fatto leva sul diverso oggetto degli artt. 13 e 14 l. 40 e sul diritto a una procreazione cosciente e responsabile. Così argomentando, il giudice ha ordinato la diagnosi preimpianto tutte le volte in cui nella coppia vi fosse un portatore di una grave malattia genetica. Ciò non solo nei casi di infertilità o di sterilità⁵⁴, ma anche a prescindere da questi requisiti oggettivi di accesso alle tecniche di PMA (art. 4 l. 40)⁵⁵.

Rimaneva però molto dubbia questa tesi giurisprudenziale secondo cui la coppia né sterile né infertile affetta da una malattia genetica trasmissibile al concepito potesse accedere alla PMA. Ciò in quanto la tesi opposta vantava un solido fondamento nell'art. 4, co.1, l. 40/2004:

giche, stabilisce che non sono considerati brevettabili le utilizzazioni di embrioni umani a fini industriali o commerciali (art. 6 let. c). Secondo la Corte di Giustizia UE, 18.10.2011, *Brustle c. Greenpeace eV*, (rinvio pregiudiziale da parte del *Bundesgerichtshof*) «fin dalla fase della sua fecondazione qualsiasi ovulo umano deve essere considerato un embrione umano». Ne consegue che un'invenzione biotecnologica non è brevettabile neppure qualora non utilizzi direttamente embrioni umani, ma un prodotto di questi ultimi come le cellule staminali, il cui utilizzo ne comporta la soppressione. Il *discrimen* tra liceità e illiceità del brevetto, osserva la Corte di Giustizia, dipende dal suo oggetto: se viene o no in rilievo «un organismo tale da dare avvio al processo di sviluppo di un essere umano come l'embrione creato mediante fecondazione di un ovulo». Principio, questo, confermato dalla Corte di Giustizia UE, 18.12.2014, *International Stem Cell Corporation c. Comptroller General of Patents, Designs and Trademarks* (rinvio pregiudiziale da parte della High Court of Justice), secondo cui è ammissibile il brevetto sull'utilizzo di partenoti umani, solo se sia accertato dal giudice del rinvio che questi ultimi non si sviluppano oltre lo stadio della blastocisti (privi quindi della capacità intrinseca di svilupparsi in un essere umano).

⁵⁴ Cfr.: Trib. Cagliari, 9.11.2012, Trib. Bologna, 29.6.2009, Trib. Firenze, 17.12.2007, Trib. Cagliari, 22.9.2007, i quali effettuano un'interpretazione costituzionalmente orientata degli artt. 13 e 14 l. n. 40/2004. In dottrina cfr. E. FALLETTI, *La diagnosi genetica preimpianto: una ricostruzione di dottrina e di giurisprudenza nazionale ed europea*, in *Corr. giur.*, 2013, 2 234 ss., la quale dà ampiamente conto dell'evoluzione giurisprudenziale che vi è stata sul tema.

⁵⁵ Il Trib. Salerno, 13.1.2010, ammette alla procreazione medicalmente assistita la coppia, non sterile né infertile, portatrice di una malattia genetica trasmissibile al nascituro.

chi può procreare naturalmente non può accedere alla PMA, salvo nei casi di malattie virali sessualmente trasmissibili.

In quest'ultima ipotesi, il rischio di infezione per l'altro partner e per il feto ha indotto le Linee Guida ministeriali 2015 ad ammettere l'esistenza di «una condizione di infecondità, da farsi rientrare tra i casi di infertilità severa da causa accertata e certificata da atto medico, di cui all'art. 4, comma 1 della legge n. 40 del 2004»⁵⁶. Quindi se un soggetto è portatore di una delle malattie virali trasmissibili al partner, indicate dalle Linee Guida, la coppia può accedere alla PMA; se invece si tratta di una gravissima patologia genetica trasmissibile solo al concepito, non si avrebbe diritto di accedere alla PMA.

È intervenuta la Corte costituzionale che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 1, coo. 1 e 2, e 4, co. 1, l. n. 40/2004 nella parte in cui non consentono il ricorso alla PMA alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, co. 1, let. b), l. n. 194/1978⁵⁷.

La Consulta ha condiviso l'impostazione del giudice rimettente sull'impraticabilità di un'interpretazione estensiva delle disposizioni in questione o di una loro disapplicazione⁵⁸. La costruzione argomentativa dell'incostituzionalità, che si lascia apprezzare, si basa sulle riscontrate violazioni dei seguenti parametri costituzionali: 1) dell'art. 3 Cost. per la palese irragionevolezza del divieto di accesso alla PMA per le coppie fertili portatrici di una malattia genetica. Come già rilevato dalla Corte EDU⁵⁹, l'irragionevolezza sta nel non consentire alla donna di conoscere lo stato di salute dell'embrione fuori dall'utero e, allo stesso tempo, ammettere l'aborto - potenzialmente lesivo

⁵⁶ In questo senso si erano espresse già le Linee Guida in materia di procreazione medicalmente assistita predisposte dal Ministero della Salute (con decreto 11.4.2008). Le malattie virali sessualmente trasmissibili di cui si fa menzione sono l'HIV, la HBV, o HCV. Analogo sul punto è il contenuto delle più recenti Linee Guida 2015, adottate ai sensi dell'art. 7 l. n. 40/2004.

⁵⁷ Corte cost., n. 96/2015 (rel.: M. R. Morelli), in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 10, 20582, con nota di G. FERRANDO, *Come d'autunno sugli alberi le foglie. La legge n. 40 perde anche il divieto di diagnosi preimpianto*.

⁵⁸ Corte cost., n. 96/2015, conferma l'orientamento giurisprudenziale secondo cui non è ammissibile la disapplicazione di una norma interna che contrasti con una disposizione della Cedu (Corte cost. nn. 348-349/2007). Ciò vale nonostante il disposto di cui all'art. 6 § 3 TUE, secondo cui i diritti fondamentali garantiti dalla Cedu «fanno parte integrante del diritto dell'Unione in quanto principi generali». Detti principi – soggiunge la Consulta – vengono in rilievo soltanto con riguardo a fattispecie cui si applica il diritto dell'Unione; e non è il caso dell'accesso alla PMA. La disapplicazione è una tecnica disponibile solo nei casi in cui il diritto comunitario sia dotato di effetti diretti nello Stato dell'Unione.

⁵⁹ Secondo la Corte EDU, 28.8.2012, *Costa e Pavan c. Italia*, ric. n. 5470/10, vietare la diagnosi preimpianto rappresenta un'ingerenza sproporzionata da parte del legislatore italiano nel diritto al rispetto della vita privata e familiare, in violazione dell'art. 8, co. 2, Cedu.

della salute della gestante - a fronte della presenza nel feto proprio di quella malattia genetica del genitore; 2) dell'art. 32 Cost., poiché il divieto della diagnosi preimpianto costringe la donna ad accettare il rischio del pregiudizio per la propria salute, senza che ciò persegua una vera tutela del nascituro, il quale è comunque esposto all'aborto. Ne consegue la violazione anche di un altro canone: 3) di razionalità dell'ordinamento.

Non sfugge alla Consulta la delicatezza della selezione delle malattie genetiche che dovrebbero giustificare l'accesso alla PMA e la diagnosi preimpianto. Essa ritiene che spetti al legislatore «introdurre apposite disposizioni al fine dell'auspicabile individuazione (anche periodica, sulla base dell'evoluzione tecnico-scientifica) delle patologie che possano giustificare l'accesso alla PMA di coppie fertili e delle correlative procedure di accertamento (...) e di una opportuna previsione di forme di autorizzazione e di controllo delle strutture abilitate ad effettuarle (...)».

Aggiunge la Corte che la patologia genetica deve essere accertata «da apposita struttura pubblica specializzata».

È dunque legittimo selezionare gli embrioni sani da impiantare nell'utero della donna, qualora nella coppia via sia un soggetto affetto da una grave malattia genetica trasmissibile. Di conseguenza tale selezione non può più essere attratta nella sfera del penalmente rilevante, così come avveniva nell'impianto originario della legge n. 40/2004. Così si è espressa la Corte costituzionale in una sentenza recente - successiva alla n. 96/2015 sopra ricordata - con la quale è stato censurato il disposto dell'art. 13, co. 3 let. b) e co. 4⁶⁰.

È bene sottolineare che ammettere la diagnosi preimpianto, sia pur in certi casi, non postula il riconoscimento del diritto di avere un figlio sano né, dal lato del nato, del diritto di non nascere se non sano⁶¹. La

⁶⁰ Corte cost., n. 229/2015 (rel.: M. R. Morelli), dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 13, co. 3 let. b) e co. 4, l. n. 40/2004, nella parte in cui qualifica come reato la condotta di selezione degli embrioni anche nei casi in cui questa sia esclusivamente finalizzata a evitare l'impianto nell'utero della donna di embrioni affetti da malattie genetiche trasmissibili, rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, co. 1, l. n. 194/1978 (*id est*: deve trattarsi di malattie genetiche che determinano rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro).

La Corte dichiara, invece, non fondata l'altra questione di legittimità costituzionale sottoposta riguardante l'art. 14 coo. 1 e 6 l. n. 40/2004, il quale sanziona penalmente la condotta soppressiva anche di quegli embrioni che, all'esito della diagnosi preimpianto, risultino affetti da grave malattia genetica. Si legge nella sentenza che vi è «l'esigenza di tutelare la dignità dell'embrione, alla quale non può parimenti darsi, allo stato, altra risposta che quella della procedura di crioconservazione. L'embrione, infatti, quale che ne sia il, più o meno ampio, riconoscibile grado di soggettività correlato alla genesi della vita, non è certamente riducibile a mero materiale biologico».

⁶¹ Ha fatto discutere in dottrina (F. D. BUSNELLI, *Verso una giurisprudenza che si fa dottrina. Considerazioni in margine al revirement della Cassazione sul danno da c.d. «nascita malformata»*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 6, 1525; D. CARUSI, *Revirement in*

legge n. 194/1978 (sull'interruzione volontaria della gravidanza), nel regolamentare l'aborto anche in caso di malformazione del nascituro (art. 6 let. b) contrappone al diritto alla vita di quest'ultimo il diritto alla salute della gestante e non il diritto ad avere un figlio sano⁶².

La diagnostica fuori dall'utero è, come si diceva, funzionale a tutelare esclusivamente il diritto alla salute della donna; diritto, questo, che, sia pur con dei contemperamenti (cfr. in part. art. 7 ult. co. l. n. 194/1978), prevale sulla vita del concepito.

Per queste ragioni neppure può sostenersi che vi sia un collegamento tra la diagnosi preimpianto ed eugenetica.

7. SCAMBIO DI EMBRIONI E RAPPORTO DI FILIAZIONE.

La formazione di embrioni *in vitro* reca con sé il pericolo del loro scambio. Due coppie accedono alla PMA e il medico, per un tragico errore, inserisce nell'utero delle due donne gli embrioni formati con i gameti dell'altra coppia. Ciascuna donna, quindi, porta in grembo il figlio che, geneticamente, appartiene non a sé e al proprio coniuge o convivente *more uxorio*, ma all'altra coppia e viceversa.

Talvolta solo una delle due donne porta a termine la gravidanza, dando alla luce un figlio che possiede il patrimonio genetico di altri soggetti legati in matrimonio o *more uxorio*. I genitori genetici chiedono la consegna del figlio; la madre-gestante rifiuta di separarsi dal nato e forma un atto di nascita in costanza di matrimonio o effettua il riconoscimento.

Si crea un conflitto tra i genitori legati geneticamente al figlio e i

alto mare: il «danno da procreazione» si «propaga» al procreato, in *Giur. it.*, 2013, 4, 796 ss.; A. GORGONI, *I danni da malattia congenita non diagnosticata*, in *Persona e mercato*, 2014, 3, 143 ss.) il riconoscimento del danno non patrimoniale al nato con una malattia congenita non rilevata dal medico (Cass., n. 16754/2012). Questa pronuncia ha ribaltato il precedente orientamento negativo pur non riuscendo, ad avviso di chi scrive, a superare almeno due argomenti: 1) l'inesistenza del diritto a non nascere se non sano, diritto che la pronuncia, sebbene ritenga il contrario, finisce con l'ammettere; 2) l'insussistenza del nesso di causalità tra la condotta omissiva del medico e il danno lamentato dal nato. Correttamente, pertanto, Cass. Sez. un., n. 2567/2015 ha negato che il nato abbia legittimazione ad agire per chiedere i danni da malattia congenita non rilevata dal medico durante la gravidanza. Opinando diversamente - affermano le Sezioni unite - si darebbe rilevanza, non senza una inestricabile contraddizione, alla non vita, finendo con l'ammettere il risarcimento senza che vi sia danno-conseguenza. Difatti, se si fa valere la non vita, non è possibile effettuare quella comparazione che l'art. 1223 c.c. richiede: tra la qualità della vita prima e dopo e la nascita.

⁶² Sostanzialmente simile è, sul punto, la posizione della Corte EDU. Secondo la sentenza *Costa e Pavan* del 2012 cit., il diritto al rispetto della vita privata e familiare di cui all'art. 8 Cedu «include il desiderio della coppia di generare un figlio non affetto da malattia genetica». Si parla di desiderio e non di diritto, e comunque la posizione giuridica soggettiva cui viene ancorato tale desiderio è pur sempre la salute della donna.

genitori cosiddetti sociali, cioè quelli che, pur non avendo concepito, hanno vissuto la gravidanza assumendosi comunque la responsabilità del nato.

Questo caso si è verificato in Italia. È intervenuta una decisione giudiziale⁶³ che ha escluso ogni rilievo del legame genetico tra il nato e la coppia che ha fornito i propri gameti per la formazione dell'embrione, impiantato, per errore, nell'utero di un'altra donna. La motivazione è sostanzialmente da condividere, anche se, a tutta prima, può sconcertare l'estromissione dei genitori genetici.

Il tribunale di Roma ha ritenuto che la madre sia la donna che ha partorito ed il padre sia il di lei marito.

Il codice civile, nel caso appena descritto, attribuisce la maternità a colei che ha partorito per tre ordini di ragioni: 1) l'art. 269, co. 3, c.c. reputa madre colei che ha partorito, 2) l'art. 239, co. 1, c.c. prevede, quali casi di reclamo, la supposizione di parto o la sostituzione di neonato; parimenti vale per l'azione di contestazione dello stato di figlio (art. 240 c.c.). E lo scambio di embrioni, di per sé, non rientra né nell'una né nell'altra ipotesi; 3) l'art. 243-*bis* c.c. non indica il padre naturale tra i soggetti legittimati ad agire con l'azione di disconoscimento della paternità. Questa limitazione, tra l'altro, è stata ritenuta legittima dalla Corte costituzionale, secondo cui l'individuazione del punto di equilibrio tra verità legale e verità biologica spetta al legislatore.

Alla luce di tale quadro normativo, non rimaneva che verificare se esso fosse contrario alla Costituzione nella parte in cui preclude ai genitori genetici di far emergere la verità, costituendo il rapporto di filiazione. Il tribunale romano, su domanda dei ricorrenti, ha effettuato tale controllo, fornendo però, attraverso argomenti di non poca pregnanza, una risposta negativa.

Decisiva è stata la seguente affermazione: la derivazione genetica del nato da determinati soggetti non è l'unico principio posto a fondamento della filiazione. Questo assunto trova riscontro nella riforma 2012/2013. La quale, come si è già rilevato, ha introdotto un termine finale di cinque anni decorso il quale nessuno (tranne il figlio) può agire con l'azione di disconoscimento della paternità (art. 244, co. 4, c.c.) o con l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità (art. 263, co. 3, c.c.).

Si aggiunga che la giurisprudenza ha più volte sottolineato la cen-

⁶³ Trib. Roma, ord. 8.8.2014, con nota di A. RENDA, *Lo scambio di embrioni e il dilemma della maternità divisa (nota a Trib. Roma, ord. 8-8.2014)*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2015, 230 ss. I genitori genetici depositano un ricorso ai sensi dell'art. 700 c.p.c., chiedendo: a) in via principale di separare i gemelli dai resistenti o di garantire il diritto di visita ai ricorrenti, in attesa della definizione del giudizio; b) in via subordinata di sollevare questione di legittimità costituzionale di quelle disposizioni che, nel caso concreto, non lasciano spazio ai genitori genetici di veder riconosciuto il rapporto di filiazione.

tralità dell'interesse del minore nelle azioni di stato⁶⁴ e in tutte le fattispecie in cui si discute di responsabilità genitoriale. In due pronunce⁶⁵ la Corte costituzionale ha negato che possa operare automaticamente la pena accessoria della decadenza dalla potestà (oggi responsabilità) genitoriale quale conseguenza dei reati di alterazione o di soppressione dello stato.

È stata così dichiarata la parziale incostituzionalità dell'art. 569 c.p., sostenendo la necessità di una valutazione giudiziale caso per caso sull'applicabilità della pena accessoria. La *ratio decidendi* è ravvisabile non tanto nella presenza del legame genetico con la madre, quanto piuttosto nell'esistenza di un rapporto madre-figlio sano e proficuo, consolidatosi nel tempo. È questo elemento di fatto che deve impedire, secondo la Corte costituzionale, la decadenza dalla responsabilità genitoriale.

Vi sono altri indici, anche sovranazionali, da cui trarre la rilevanza del rapporto (con certe caratteristiche) quale fondamento dello stato di figlio.

La recente abrogazione del divieto della PMA eterologa sottende il rilievo dell'assunzione della responsabilità quale elemento decisivo della genitorialità. Ma già nel 1999, in assenza di una normativa specifica sulla procreazione assistita, la Corte costituzionale prima e la Cassazione⁶⁶ poi hanno negato il disconoscimento della paternità da parte di chi aveva prestato il consenso all'eterologa.

⁶⁴ Corte cost., n. 50/2006 (rel.: A. Finocchiaro), dichiara l'illegittimità costituzionale del giudizio di ammissibilità dell'azione di dichiarazione giudiziale della paternità o maternità naturale previsto dell'art. 274 c.c.

⁶⁵ Corte cost., n. 31/2012 (rel.: A. Criscuolo), dichiara «l'illegittimità costituzionale dell'art. 569 c.p., nella parte in cui prevede che, in caso di condanna pronunciata contro il genitore per il delitto di alterazione di stato di cui all'art. 567, co. 2, c.p., debba conseguire necessariamente la perdita della potestà genitoriale». La Corte ha voluto escludere l'automatismo della sanzione accessoria, per dare spazio a una valutazione giudiziale caso per caso del miglior interesse del minore. Tre in sintesi gli argomenti a sostegno della pronuncia. L'automatismo: 1) viola il principio di ragionevolezza (art. 3 Cost.), perché fa scaturire ineluttabilmente dal reato l'incapacità di svolgere il ruolo genitoriale (nel caso di specie la figlia era stata dichiarata come naturale, invece che nata in costanza di matrimonio; ciò al fine di proteggerla dal padre detenuto); 2) lede il diritto del minore di crescere e di essere educato nella sua famiglia naturale [artt. 2, 30 e 31 Cost. (nella specie, la figlia aveva sviluppato un solido rapporto relazionale con la madre)]; 3) viola il principio della funzione rieducativa della pena (art. 27, co. 3, Cost.). Analogamente argomenta Corte cost., n. 7/2013 (rel.: P. Grossi) con riguardo all'automatismo della pena accessoria riferito, questa volta, al reato di soppressione dello stato (art. 566, co. 2, c.p.), anch'esso dichiarato costituzionalmente illegittimo.

⁶⁶ Corte Cost., n. 347/1998 (rel.: F. Santosuosso), in *Giur. it.*, 1999, 3, 1 ss. (versione *on line*), con nota di L. BALESTRA, *Inseminazione eterologa e status di figlio*. Cass., n. 2315/1999, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, 4, 20347, con note di S. PATTI, *Venire contra factum proprium: principio antico per nuovi problemi della filiazione*, di M. SESTA, *Venire contra factum proprium, finzione di paternità e consenso nella fecondazione assistita eterologa*, di G. FERRANDO, *Regole e principi nel disconoscimento del*

La giurisprudenza europea, nel dirimere conflitti relativi al rapporto di filiazione, ha fatto leva non tanto sul legame genetico, quanto sull'intensità della relazione affettiva familiare col nato (cfr. *infra* § 8 e 10).

Devono essere richiamate anche tre fonti sovranazionali: 1) la *Convenzione sui diritti del fanciullo* (New York, 20.11.1989), ratificata e resa esecutiva con l. n. 176/1991, il cui art. 3 stabilisce che «In tutte le decisioni relative a fanciulli, di competenza sia delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente»; 2) la *Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli*, adottata dal Consiglio d'Europa a Strasburgo il 25.1.1996, ratificata e resa esecutiva con l. 77/2003, prevede, all'art. 6, che l'autorità giudiziaria deve acquisire «informazioni sufficienti al fine di prendere una decisione nell'interesse superiore del minore»; 3) la *Carta dei diritti fondamentali dell'UE* del 7.12.2000, adottata il 12.12.2007 a Strasburgo, ribadisce all'art. 24, co. 2, che in tutte le decisioni prese dalle autorità pubbliche o da istituzioni private, «l'interesse superiore del minore deve essere considerato preminente», mentre al co. 3 dello stesso articolo si afferma che «il minore ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti coi due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse».

È piuttosto evidente che se l'interesse del minore è superiore ad ogni altra posizione giuridica rilevante, non può escludersi che, in fattispecie concrete, il giudice riconosca prevalenza al genitore sociale piuttosto che a quello genetico.

Certo, nel caso dello scambio di embrioni, la figura del padre genetico è stata del tutto sacrificata a vantaggio di chi si è assunto la responsabilità della nascita (il padre sociale)⁶⁷. Decisiva è stata l'instaurazione di un significativo rapporto simbiotico tra i genitori (sociali) e i nati, instauratosi fin dai primi giorni di vita e, con la madre, fin dalla gravidanza⁶⁸.

È da condividere l'affermazione di tribunale romano secondo cui «la tutela del diritto allo *status* ed alla identità personale può non iden-

figlio nato da inseminazione eterologa, di L. BALESTRA, *Fecondazione artificiale eterologa e azione di disconoscimento della paternità: è possibile prospettare una soluzione sul piano processuale?*

⁶⁷ In ragione dell'assunzione di responsabilità del padre sociale, palesata dal suo consenso alla gravidanza e all'iscrizione anagrafica del figlio come proprio, il Trib. Roma, 8 agosto 2014, cit., ritiene preclusa l'azione di disconoscimento della paternità da parte dello stesso. Detta preclusione - si può aggiungere - deve valere anche per la donna che ha partorito e, sia pur con qualche incertezza, per il figlio.

⁶⁸ Così Trib. Roma, 8 agosto 2014, cit., il quale, sul punto, richiama la letteratura medico-scientifica. Interessante è anche il rilievo del tribunale secondo cui «la famiglia è sempre più intesa come comunità di affetti piuttosto che come istituzione posta a tutela di determinati valori, incentrata sul rapporto concreto che si instaura tra i suoi

tificarsi con la prevalenza della verità genetica». L'interesse pubblico alla verità del rapporto di filiazione talvolta indietreggia di fronte alla necessità di identificare le figure genitoriali in quei soggetti che abbiano instaurato un rapporto con il nato⁶⁹.

Solo una considerazione finale. La decisione del tribunale romano può apparire troppo netta e ingiustamente lesiva della posizione dei genitori genetici. Ma una diversa soluzione che prediliga questi ultimi, imponendo la consegna del nato, confliggerebbe con regole e principi del nostro ordinamento. Esattamente: 1) con il divieto della surroga biologica di maternità (art. 12, co. 6, l. n. 40/2004); 2) con la prescrizione che collega la filiazione al parto (art. 269, co. 3 c.c.); 3) ma soprattutto con il principio secondo cui il rapporto creatosi tra chi si è comportato come genitore e il nato fonda, in taluni casi, il rapporto di filiazione⁷⁰.

Certo si può anche pensare, in prospettiva *de jure condendo*, a un intervento del legislatore che, nell'ipotesi di scambio involontario di embrioni, imponga la consegna del nato alla coppia da cui proviene l'embrione. Ma sarebbe, forse, una scelta ancora più tragica di quella fatta propria, secondo diritto, dal tribunale romano.

8. SURROGA BIOLOGICA DI MATERNITÀ E CRITERI DELLA FILIAZIONE DI FATTO.

La surroga biologica di maternità è un'altra tecnica di PMA che consente alla donna infertile (eventualmente anche sterile) di farsi sostituire nella gravidanza da un'altra donna (la c.d. madre surrogata). Il nato, secondo gli accordi, dovrà essere consegnato alla coppia committente da colei che ha partorito, la quale non ha alcun diritto sullo stesso.

componenti. Ne deriva che al diritto spetta di tutelare proprio quei rapporti, ricercando un equilibrio che permetta di bilanciare gli interessi in conflitto, avendo sempre come riferimento il prevalente interesse dei minori coinvolti».

⁶⁹ Secondo Trib. Roma, 8 agosto 2014, cit., non vi è alcun profilo di illegittimità costituzionale nella normativa attuale, la quale, ai fini della costituzione della filiazione, privilegia la donna che ha partorito, negando al contempo legittimazione ad agire al padre genetico, privo della legittimazione ad agire per superare la presunzione legale di paternità.

⁷⁰ Non può escludersi, di conseguenza, che, con riguardo allo scambio di embrioni, lo stato di figlio possa sorgere nei confronti dei genitori genetici, qualora siano stati questi ultimi ad occuparsi del nato immediatamente dopo la sua nascita. G. RECINTO, *Le genitorialità. Dai genitori ai figli e ritorno*, Napoli, 2016, 96 ss., esclude giustamente che la regola di cui all'art. 269, co. 3, c.c. possa essere considerata espressiva di un principio di ordine pubblico che imponga sempre la prevalenza della genitorialità in capo a colei che abbia procreato. Ciò in ragione del mutamento della cornice giuridica di riferimento, nella quale risaltano il principio di effettività della tutela del minore (cfr. la rassegna dell'autore sui documenti europei, p. 79 ss.), la centralità del preminente interesse (concreto) del minore e la presenza di disposizioni che attribuiscono rilevanza al rapporto di filiazione di fatto e finanche alla pluralità di figure diventate fondamentali per la crescita equilibrata del minore (l. n. 173/2015).

La Roma tardo-repubblicana conosceva già questa pratica, sia pur nelle forme della «cessione della moglie incinta» a un altro uomo o della «cessione del ventre» da parte di una donna cui veniva delegata la funzione riproduttiva. Lo scopo era non tanto quello di favorire l'apagamento del desiderio intimo di avere un figlio, ma essenzialmente politico (mancanza di eredi, creazione/rafforzamento di vincoli di alleanza tra famiglie)⁷¹.

Nel nostro tempo la finalità della surroga è, invece, tutta legata all'attuazione del diritto di avere un figlio (art. 1. l. n. 194/1978, art. 2 Cost.); diritto che si scontra con altre posizioni giuridiche soggettive (della donna surrogata e del nato) su cui torneremo dopo aver completato la descrizione della fattispecie.

Si distingue tra surroga biologica materna e surroga biologica portante (o gestativa). Nella prima, una donna si obbliga a farsi fecondare con il seme di un uomo (coniugato o convivente *more uxorio*), a portare a termine la gravidanza e a consegnare alla coppia committente il nato. Il quale è legato geneticamente alla madre surrogata (*id est*: alla gestante per conto altrui) e a un soggetto unito in matrimonio o convivente di fatto con un'altra donna. Si consideri che in questa ipotesi, in cui dei membri della coppia solo la donna è sterile, per l'uomo, l'unica possibilità di avere un figlio che sia geneticamente legato a sé è di accedere alla partica della surroga biologica materna.

Alla seconda (la surroga biologica portante) sono riconducibili due ipotesi: 1) i gameti provengono dalla coppia committente e la gestante è solo madre-portante, non essendo legata geneticamente al concepito; 2) l'ovulo proviene da una datrice diversa sia dalla donna committente che da quella gestante. In questa ipotesi, astrattamente, tre donne potrebbero avanzare diritti nei confronti del nato.

La surroga può essere a titolo gratuito o oneroso, a seconda che la madre surrogata sia mossa da spirito altruistico e solidaristico o da un fine di lucro. Il diritto, sia europeo che internazionale, vieta di fare del corpo umano e delle sue parti una fonte di guadagno [art. 3, let. c) Carta dei diritti fondamentali UE e art. 21 Convenzione di Oviedo]. Andrebbe perciò esclusa la legittimità della surroga di maternità a titolo oneroso.

Mentre alcuni Paesi (Ucraina, Russia, Grecia, Albania, Georgia, Paesi Bassi, Regno Unito, Stati Uniti), sia pur con diversità nelle rispettive discipline, hanno ammesso la surroga, la legge n. 40/2004 ha adottato una soluzione radicale, negando siffatta tecnica⁷². L'art.

⁷¹ P. GIUNTI, *...Per te tamen haberem... Modelli antichi e moderni tra maternità biologica e maternità sociale*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, a cura di R. Fiori, Jovene, 2011, 249 ss.

⁷² G. F. BASINI, *La regolazione della procreazione medicalmente assistita*, cit., 3709, indica con chiarezza le ragioni del divieto di surroga di maternità: 1) scoraggiare la decisione della donna di mettere a disposizione il proprio corpo dietro un corrispet-

12, co. 6 punisce con la reclusione e con la multa «chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità (...)». La sanzione colpisce non solo i medici, ma anche i protagonisti dell'operazione di surroga (cfr. art. 12, co. 8, l. 40/2004 che non richiama, ai fini dell'esclusione della punibilità, il comma 6). Sono perciò punibili il medico, l'intermediario, la donna portante e la coppia committente.

Indubbiamente la surroga di maternità non può essere assimilata alla PMA eterologa⁷³. Ne è consapevole la Corte Costituzionale, la quale ha avuto cura di precisare che l'incostituzionalità dell'art. 4, co. 3, l. 40/2004 (cfr. *supra* § 4) non intacca il divieto di surroga di maternità, che continua pertanto a conservare validità ed efficacia nel nostro ordinamento.

Piuttosto - ed è ciò che interessa di più - la surroga, come l'eterologa, ha posto il problema della regolamentazione della filiazione nata in spregio al divieto legale. Con la differenza che la legge n. 40/2004 non ha previsto, come per l'eterologa, una disposizione analoga a quella contenuta nell'art. 9, co. 3. Così la giurisprudenza ha fatto applicazione dei principi fondamentali vigenti in materia di filiazione e di ado-

tivo in denaro (si tutela donna); 2) impedire dissociazioni programmate tra l'esperienza prenatale e il rapporto filiale (si tutela la donna e il nato, anche solo in applicazione di un principio di precauzione).

Pregevole è la posizione di un'acuta romanista, P. GIUNTI, *...Per te tamen habere...*, cit., 275, capace di cogliere difficili profili di rilevanza giuridica delle dinamiche dell'oggi. Si legge nel suo scritto che l'esperienza antica ci mostra il valore del dono (il riferimento è alla vicenda di Turia), pertanto non può negarsi che qualora l'atto dispositivo del proprio corpo sia estraneo a una logica di commercializzazione, funzionale, di contro, all'attuazione di vincoli solidaristici, «soprattutto intrafamiliari», esso «rappresenti l'espressione più alta della dignità umana». Residua però nell'autrice una «forte perplessità di carattere etico connessa con il rischio di una sofferenza psicologica dai riflessi imprevedibili, a carico sia del nascituro che della madre uterina surrogata, in conseguenza del loro distacco a seguito della attribuzione di maternità in favore della madre genetica e sociale».

S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 288-291, pur muovendo dall'autodeterminazione quale diritto fondamentale della persona (cfr. p. 250 ss.), non accoglie l'idea di un «individualismo autocentrato». L'idea del limite al volere dell'individuo in ambito procreativo si può riassumere in questa indicazione operativa: la coppia, nell'autodeterminarsi al fine di sviluppare il proprio sé, non può disporre della vita altrui «disegnando la persona che deve nascere in una forma che ne sacrifica la libertà esistenziale» (p. 289). Emblematico è il caso riportato dall'autore delle due lesbiche americane sorde che decidono di far nascere una persona parimenti sorda ricorrendo allo sperma di un amico anch'egli sordo. Rispetto a questo caso, in cui è configurabile una pretesa risarcitoria del nato nei confronti dei genitori, la surroga di maternità, anche a titolo gratuito, non sembra del tutto immune da quanto stigmatizzato da Rodotà, cioè dalla disposizione della vita altrui poiché il nato, secondo l'accordo, verrà consegnato poco dopo la nascita a una donna diversa dalla gestante.

⁷³ G. F. BASINI, *La regolazione della procreazione medicalmente assistita*, cit., 3709, si sofferma sulle ragioni della maggiore gravità della sanzione penale prevista per la surroga biologica di maternità rispetto a quella che era prevista (prima della sua dichiarazione di incostituzionalità) con riguardo alla procreazione eterologa.

zione per risolvere casi complessi in cui, generalmente, una coppia italiana ritorna in Italia con un figlio procreato in un altro Paese dove la surroga di maternità è legittima. Occorre distinguere, almeno secondo quanto è emerso in giurisprudenza, due situazioni.

La prima, oggetto di una pronuncia della Cassazione⁷⁴, si caratterizza per la mancanza del legame genetico tra i committenti e il nato dalla madre surrogata. La surrogazione, nel caso giudiziale, si è svolta in Ucraina e il nato è stato consegnato alla coppia di coniugi committente, la quale si è vista rigettare in Italia il riconoscimento della nascita in costanza di matrimonio.

La Suprema Corte ha confermato la sentenza della Corte d'appello, secondo cui il minore deve essere dichiarato in stato di adottabilità ai sensi dell'art. 8 l. adoz. Ciò soprattutto perché - si osserva - nel nostro ordinamento soltanto l'adozione (e non l'accordo tra le parti) può consentire di realizzare progetti di genitorialità in cui non vi sia alcun legame genetico col nato⁷⁵.

Questa soluzione non convince in termini generali, perché nella fattispecie appena descritta deve ammettersi, come si chiarirà subito, che ove dovesse emergere l'esistenza di un rapporto affettivo e di *cura personae* significativo tra chi si è comportato come genitore e il nato, non può escludersi la necessità di salvaguardarlo nell'interesse preminente del minore.

Tale prospettiva interpretativa, incentrata sulla rilevanza del legame di fatto, emerge con altrettanta forza nella seconda fattispecie caratterizzata, invece, dall'esistenza del legame genetico tra un solo committente e il nato. Qui la madre surrogata accetta di portare a compimento la gravidanza per conto di una coppia, dove l'uomo fornisce il proprio seme. Al ritorno in Italia, l'uomo, in caso di rifiuto della trascrizione dell'atto di nascita, vorrà procedere al riconoscimento e la di lui moglie (o convivente *more uxorio*) potrebbe chiedere l'adozione in casi particolari.

La Corte EDU, con riguardo al secondo caso appena riportato, ha condannato la Francia per aver rifiutato la registrazione dell'atto di nascita di minori nati negli Stati Uniti, adducendo la contrarietà all'ordi-

⁷⁴ Cass., n. 24001/2014, afferma che, non potendosi riconoscere alcun effetto all'atto di nascita straniero, il minore risulta figlio di ignoti e dunque si trova in stato di abbandono.

⁷⁵ La Cass., n. 24001/2014, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 235 ss., con nota di C. BENATTI, *La maternità è della donna che ha partorito: contrarietà all'ordine pubblico della surrogazione di maternità e conseguente adottabilità del minore*, aggiunge che il divieto di surrogazione di maternità è di ordine pubblico, stante la previsione di una sanzione penale, ed è posto a tutela della dignità umana della gestante. Di conseguenza il contratto di surroga è nullo per frode alla legge (in questo senso già Trib. Monza, 27.10.1989, *contra* Trib. Roma, 14.2.2000, criticata dalla dottrina) e per illiceità dell'oggetto. Cfr. anche A. QUERCI, *La maternità «per sostituzione» fra diritto interno e carte internazionali*, in *Fam. e dir.*, 2015, 1142 ss.

ne pubblico interno della surroga di maternità. Secondo la Corte Europea, la Francia, negando la registrazione, ha violato il diritto alla vita privata e il diritto all'identità personale dei minori che è parte inscindibile del primo ⁷⁶.

L'ordine pubblico, quindi, non ha sempre modo di affermarsi quando viene in rilievo l'origine e l'identità del nato.

Il discorso in verità è più complesso e coinvolge la distinzione tra ordine pubblico interno e ordine pubblico internazionale, due concetti, questi, nient'affatto coincidenti. Su questo delicatissimo profilo, ricco di nuove prospettive applicative, inclusive di situazioni giuridiche soggettive, torneremo diffusamente nel successivo § 10.

Per adesso è bene indugiare ancora un po' sulla giurisprudenza della Corte EDU. Anche l'Italia è stata condannata dalla Corte di Strasburgo in primo grado. Nella relativa pronuncia è stata ammessa la rilevanza del rapporto di filiazione in ragione non già del legame genetico con uno dei genitori committenti (insussistente nel caso italiano), ma della durata - pur relativamente breve - della convivenza col minore ⁷⁷.

La Grande Camera ⁷⁸, invece, ha ribaltato il primo grado, sostenendo che le autorità italiane non hanno violato né la vita familiare del minore né la vita privata della coppia committente, recatasi in Russia per attuare la surroga biologica di maternità. Ciò in ragione del poco tempo trascorso dalla nascita (8 mesi) al momento in cui le autorità italiane hanno disposto, correttamente (secondo la Corte europea), che

⁷⁶ Corte EDU, 26.6. 2014, *Mennesson c. France*, ric. n. 65192/11; Corte EDU, 26.5.2014, *Labassee c. France*, ric. n. 65941/11. In queste pronunce si afferma che l'ampio margine di discrezionalità degli Stati nel disciplinare la surroga di maternità si riduce quando vengono in rilievo le origini del nato e la costruzione della sua identità. In entrambi i casi uno dei committenti era legato geneticamente al nato.

⁷⁷ Corte EDU, 27.1.2015, caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*, ric. n. 25358/12, condanna l'Italia a risarcire il danno morale alla coppia italiana che, in Russia, aveva ottenuto - sembra legittimamente - un figlio con la surroga di maternità. In conseguenza del rifiuto da parte delle autorità italiane di trascrivere l'atto di nascita russo, i giudici nazionali hanno disposto l'allontanamento del minore dal suo ambiente familiare, dichiarando l'adottabilità dello stesso. Il minore verrà dato in adozione ad una coppia diversa dalla coppia committente, ritenuta - un po' assertivamente - carente nelle capacità affettive ed educative, mossa soltanto dal desiderio narcisistico di avere un figlio e di «esorcizzare un problema individuale di coppia». Ma secondo la Corte EDU, la legge italiana (sul diritto internazionale privato e sull'adozione internazionale) è squilibrata nel prevedere l'allontanamento a fronte di sei mesi di convivenza tra i (falsi) genitori e il nato. La legge non ha garantito un giusto equilibrio tra l'interesse pubblico (alla «difesa dell'ordine») e gli interessi privati in gioco (del minore e dei genitori) basati sul diritto al rispetto della vita privata e familiare. Il giudizio è stato ribaltato dalla Grande Camera, cfr. *infra*.

⁷⁸ Corte EDU-Grande Camera, 24.1.2017, caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*, ric. n. 25358/12, in *www.echr.coe.int*.

il minore dovesse essere collocato presso terzi, come effettivamente è stato.

Non interessa criticare la decisione della Corte ⁷⁹, ma sottolineare due aspetti teorici importanti della stessa. Da un lato la Grande Camera ha confermato l'orientamento consolidato secondo cui l'esistenza o l'assenza della vita familiare «è essenzialmente una questione di fatto, che dipende [dalla presenza] di legami personali stretti». La norma contenuta nell'art. 8 Cedu va dunque ben oltre il matrimonio, postulando che una famiglia o un legame di filiazione di fatto già sussista nella realtà.

Dall'altro la Corte EDU individua, facendo leva sulla propria giurisprudenza precedente, tre criteri che il giudice deve considerare per decidere sull'esistenza o meno della vita familiare. Il primo, in ordine logico, è *la qualità dei legami*, la cui mancanza preclude ogni successiva indagine sulla sussistenza della vita familiare. In assenza di legami biologici, deve risultare una relazione affettiva stretta tra adulto e minore. Ciò accade, ad esempio, qualora vi sia stata la condivisione delle prime importanti tappe di vita dell'infante, ben inserito nella famiglia di accoglienza (magari già con figli).

Il secondo si riferisce al *ruolo rivestito dalla coppia nei confronti del minore*. Comportarsi come genitore esige l'assunzione di tutti i doveri funzionali all'attuazione dei diritti del nato (art. 24 Carta dei diritti fondamentali UE, art. 315-bis c.c.) compreso, come ha sottolineato la Corte EDU, l'essersi preoccupato «dello sviluppo sociale del minore».

Il terzo criterio, considerato un «fattore chiave» dalla Corte EDU ⁸⁰, è la durata della convivenza. Esso, affermano esattamente i giudici europei, non deve tuttavia essere valutato di per sé solo, slegato dagli altri due. Si afferma nella pronuncia della Grande Camera che «sarebbe certamente poco opportuno definire una durata minima della convivenza necessaria per costituire una vita familiare *de facto*, visto che la valutazione di ogni situazione deve tener conto della «qualità» del legame e delle circostanze di ciascun caso» ⁸¹.

Si noti che la durata del rapporto di filiazione è desumibile da disposizioni di diritto interno. Gli artt. 244, co. 4, e 263 coo. 3 e 4 c.c. nella parte in cui vietano di eliminare lo stato di figlio falso trascorsi 5 anni rispettivamente dalla nascita o dall'annotazione del riconoscimento. Ancora: la legge n. 173/2015 (diritto alla continuità affettiva) non predetermina un'indicazione temporale, ma si esprime in termini

⁷⁹ Ragionevoli critiche sono state indirizzate ai giudici di maggioranza dai giudici di minoranza (M. Lazarova Trajkovska, L. Bianku, J. Laffranque, P. Lemmens e Y. Grozev) nella loro opinione dissenziente, alla cui lettura si rinvia.

⁸⁰ Così Corte EDU-Grande Camera, 24.1.2017, caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*, ric. n. 25358/12, cit., al § 153.

⁸¹ Corte EDU-Grande Camera, 24.1.2017, caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*, ric. n. 25358/12, cit., § 153.

di «rapporto duraturo» tra il minore e la famiglia affidataria ai sensi degli artt. 2 ss. l. n. 184/1983, elemento questo, da valutare ai fini dell'adozione del minore da parte della famiglia affidataria.

Non solo: rileva nel diritto interno anche il primo criterio sopra indicato. L'art. 1 sempre della legge n. 173/2015 stabilisce che il Tribunale per i minorenni, nel valutare la domanda di adozione proveniente dalla coppia di coniugi affidataria, deve tener conto «dei legami affettivi significativi e del rapporto stabile» tra la medesima e il minore. Inoltre il medesimo articolo impone di salvaguardare il rapporto con la famiglia affidataria qualora risponda all'interesse del minore «la continuità delle positive relazioni socio-affettive consolidate durante l'affidamento».

È evidente che, ove, con riguardo ad un caso concreto, sussistano le predette circostanze, il disconoscimento della filiazione, costituitasi all'estero, determinerebbe un grave ed irreparabile pregiudizio per il minore⁸². Ecco come emerge la rilevanza del preminente interesse del minore. La quale deve essere desunta dal sistema giuridico e non dalla coscienza soggettiva del giudice; inoltre, sotto il profilo attuativo di tale interesse, è imprescindibile una valutazione «di quel determinato minore di età coinvolto da quella specifica decisione che deve essere assunta»⁸³.

La Corte europea in più pronunce ha tenuto conto dei legami familiari *de facto*, in particolare del legame affettivo creatosi col minore a prescindere dal vincolo di parentela con lo stesso⁸⁴.

È bene insistere sul dato storico-giuridico secondo cui l'esistenza della vita familiare tutelata dall'art. 8 Cedu non postula necessariamente la parentela, perciò la derivazione genetica tra i soggetti o l'averlo stipite in comune (art. 74 c.c.), né il coniugio. In effetti dalla lettera della disposizione non emerge alcun collegamento imprescindibile con la parentela, il coniugio, l'unione civile né con la formalizzazione della convivenza di fatto (art. 1, co. 37, l. n. 76/2016). È la relazione tra gli individui, caratterizzata da una certa durata, dalla stabilità e dalla *adfectio*, l'elemento di fatto sufficiente a configurare una struttura familiare⁸⁵.

⁸² La Corte EDU-Grande Camera, 24.1.2017, caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*, ric. n. 25358/12, cit., sottolinea questo aspetto nelle conclusioni che precedono il dispositivo della sentenza. Si afferma che: «i giudici italiani, avendo concluso che il minore non avrebbe subito un pregiudizio grave o irreparabile a causa della separazione [dalla coppia che si è avvalsa della surroga biologica di maternità], hanno garantito un giusto equilibrio tra i diversi interessi in gioco, rimanendo nei limiti dell'ampio margine di apprezzamento di cui disponevano nel caso di specie».

⁸³ G. RECINTO, *Le genitorialità. Dai genitori ai figli e ritorno*, cit., 99-100.

⁸⁴ Corte EDU, 28.6. 2007, *Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo*, ric. n. 76240/01; Corte EDU, 27.4.2010, *Moretti e Benedetti c. Italia*, ric. n. 16318/2007; Corte EDU, 26.2.2002, *Kutzner c. Germania*, ric. n. 46544/1999, tutte in www.echr.coe.int.

⁸⁵ La Corte EDU, 27.4.2010, *Moretti e Benedetti c. Italia*, cit., constata l'esisten-

Considerare irrilevante il legame familiare di fatto può oltretutto determinare la lesione del diritto all'identità personale del minore (artt. 2 Cost. e art. 8 Cedu), finendo così per porre un grosso ostacolo al pieno sviluppo della persona umana in violazione dell'art. 3, co. 2 Cost.

Non bisogna perciò assolutizzare l'affermazione secondo cui nel nostro sistema giuridico parto e procreazione sarebbero indissociabili (arg. ex artt. 30 Cost., 240, 239 c.c.) e neppure ritenere che vi sia un fondamento tendenzialmente unico della filiazione. In scritti recenti⁸⁶ si insiste sul primato della genitorialità biologica, quale modello accolto dalla Costituzione e si stigmatizza quella visione del fenomeno familiare e procreativo ridotto a mero desiderio di avere un figlio.

Ma in certi casi, tuttavia, non si tratta tanto di discutere quel primato (pure fortemente incrinato dalla legittimità dell'eterologa, dalla rilevanza della filiazione di fatto e della dimensione affettiva e dai nuovi termini di decadenza delle azioni di stato introdotti dalla riforma 2012/2013)⁸⁷, né di esaltare il diritto di procreare o l'autodetermina-

za di plurimi elementi di fatto che avrebbero dovuto indurre i giudici italiani a salvaguardare la relazione che si era creata tra la minore e la famiglia affidataria. Esattamente era emerso: 1) un buon inserimento della minore nella famiglia affidataria (vi era stata una convivenza di 19 mesi anche con due figli dei soggetti affidatari tra loro coniugati); 2) un profondo attaccamento della minore alla coppia affidataria e ai loro figli; 3) uno sviluppo sociale della bambina in conseguenza della sua iscrizione al nido e di un viaggio in Brasile con la coppia affidataria. È piuttosto evidente, allora, che l'interruzione di questo legame consolidato e dimostratosi funzionale all'equilibrato sviluppo della personalità del minore lede il diritto di quest'ultimo al rispetto della propria vita familiare; diritto che, come si diceva nel testo, è strettamente legato al profilo dell'identità della persona.

⁸⁶ A. RENDA, *La surrogazione di maternità ed il diritto della famiglia al bivio*, in *Europa e dir. priv.*, 2015, 2, 431, afferma che «nel sistema, quindi, parto e procreazione, cioè gravidanza e geni sono assunti come due componenti indissociabili entro un unitario concetto di maternità come qualità di colei che genera concependo e partorendo, non come entità potenzialmente dissociabili delle quali, se dissociate, debba prevalere la prima». L'autore si esprime in termini critici nei confronti della sentenza di primo grado Campanelli c. Italia, cit., sulla base del primato interno della genitorialità biologica rispetto a quella sociale. Egli apre, tuttavia, alla salvaguardia della situazione esistente, qualora la rimozione di questa comporti per il minore una palese sproporzione «rispetto al beneficio che nel caso concreto gli deriverebbe dall'acquisizione di un'altra genitorialità attraverso la disciplina comune dell'adozione». L'autore esprime altresì una posizione critica nei riguardi sia di Cass. Sez. un. n. 16379/2014, che ha affermato il principio secondo cui la durata triennale della convivenza coniugale impedisce la delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità, sia della giurisprudenza che ha negato l'impugnabilità per difetto di veridicità nel caso di riconoscimento di compiacenza.

⁸⁷ Trib. Roma, 17.10.2012, ha affermato già prima della riforma 2102/2013 che, «nell'evoluzione del diritto positivo e della sua interpretazione giurisprudenziale, sempre meno rilievo assume il dato formale del rapporto familiare [fondato] sul legame meramente biologico». La verità biologica può essere recessiva a fronte della tutela del diritto allo *status* e del diritto alla identità personale. Il tribunale argomenta: a) dall'art. 256 c.c. che stabilisce l'irrevocabilità del riconoscimento; b) dall'art. 9 l. n. 40/2004 che vieta, con riguardo alla PMA eterologa, il disconoscimento della paternità e la dichiarazione di non essere nominata nell'atto di nascita; c) dai doveri di buona fede,

zione individuale, quanto piuttosto di garantire la prevalenza in concreto dell'interesse del minore. Prevalenza che può esigere, in ragione del trascorrere del tempo e dell'intensità del legame affettivo, il riconoscimento del vincolo di filiazione con i genitori committenti che si sono avvalsi della surroga di maternità in un altro Paese. Ciò anche quando non via sia alcun legame genetico con la coppia committente e quando tale soluzione possa contrastare con l'ordine pubblico meramente interno⁸⁸.

Insomma il principio del preminente interesse del minore opera, talvolta, come correttivo del principio di verità, perché quest'ultimo, come si è cercato di dimostrare (cfr. *amplius* cap. III-sez. III, §§ 4, 5, e 6), non è un principio assoluto.

Non sfugge la delicatezza di una tale valutazione, il cui esito favorevole al riconoscimento nel caso concreto dello stato di figlio (anche nei casi predetti) non può essere escluso *a priori*, in ragione non solo del concetto di ordine pubblico internazionale riguardante i diritti fondamentali, ma anche di un ordine pubblico interno che dà spazio, secondo la ricostruzione qui sviluppata, alla filiazione non genetica.

Si aggiunga tra l'altro, come si accennava sopra, che l'interesse preminente del minore è un parametro fondamentale della decisione giudiziale, che può anche oltrepassare l'ordine pubblico interno. Esempio è in tale senso l'art. 23 let. d) della Convenzione dell'Aja del 19 ottobre 1996 (sulla competenza, legge applicabile, riconoscimento, esecuzione e cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori), ratificata con legge n. 101/2015, in cui si stabilisce che il riconoscimento delle misure adottate dalle

correttezza e lealtà che - secondo Corte cost. n. 347/1998 e Cass. n. 2315/1999 - nei rapporti di famiglia, «assumono il significato della solidarietà e del reciproco affidamento»; d) dalla pronuncia della Corte cost., n. 31/2012, cit. (sulla parziale incostituzionalità della pena accessoria al reato di alterazione di stato) secondo cui la centralità degli interessi del minore fa sì che essi prevalgano anche sulla pretesa punitiva dello Stato. Perciò chi ha riconosciuto falsamente può rimanere genitore e non decadere dalla responsabilità genitoriale. Questa pronuncia ha ricevuto critiche da una parte della dottrina, la quale attribuisce al difetto di veridicità carattere obiettivo; tuttavia si può ritenere che gli sviluppi normativi successivi rafforzino la soluzione del tribunale romano.

⁸⁸ Si legge in Corte EDU, 27.1.2015, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., che «il riferimento all'ordine pubblico non può essere preso come una carta bianca che giustifichi qualsiasi misura, in quanto l'obbligo di tenere in considerazione l'interesse superiore del minore incombe allo Stato indipendentemente dalla natura del legame genitoriale, genetico o di altro tipo». È da condividere, allora, l'affermazione di G. RECINTO, *Le genitorialità. Dai genitori ai figli e ritorno*, cit., 100-101, secondo cui, di fronte a certi problemi inerenti lo stato di figlio, non è sistematicamente coerente «né l'aprioristica prevalenza di un *favor veritatis* né l'automatico riconoscimento di un *favor affectionis*; occorre, invece, valutare caso per caso quale sia la soluzione in concreto più adeguata per assicurare e favorire il migliore sviluppo di ogni singolo minore di età considerato nella sua complessità, in una dimensione relazionale che, come detto, dai maggiori di età va al minore, ma che soprattutto sa andare dal minore di età ai maggiori di età».

autorità di un Stato contraente può essere negato da un altro Stato per ragioni di ordine pubblico dello Stato richiesto «tenuto conto dell'interesse superiore del minore».

Rimarrebbe aperto, secondo alcuni, il problema dell'istituto che consentirebbe la costituzione dello *status filiationis* e dunque la formalizzazione di un rapporto di fatto. A ben vedere, però, quando vi è un certificato di nascita validamente formato in un altro Paese, rilasciato all'esito di una PMA vietata in Italia, lo Stato italiano dovrebbe riceverlo, salvo circostanze specifiche che giustifichino la rottura del legame familiare già consolidato⁸⁹.

Opinando diversamente lo Stato italiano incorrerebbe nella violazione del diritto del minore alla vita familiare; oltre ad assumere una decisione contrastante con l'ordine pubblico internazionale, ma anche - preme sottolineare - con l'ordine pubblico interno, così come si evoluto negli ultimi anni⁹⁰.

9. SUL SIGNIFICATO GIURIDICO DELL'EFFETTIVITÀ E SUL RUOLO DELL'INTERPRETE.

Le pronunce menzionate nel paragrafo precedente evocano un tema antico, di grande fascino, ancora oggi oggetto di attenzione da parte di grandi pensatori: la giuridicità dei fatti. Non stupisce l'attualità di questa riflessione, alimentata dal superamento del legalismo e dello statalismo. Il presente giuridico, com'è noto, è caratterizzato da una molteplicità di fonti e di soggetti produttori di diritto⁹¹.

Più esplicitamente ci si interroga su come l'effettività storica, cioè

⁸⁹ La Corte EDU ha più volte affermato come l'allontanamento del minore dal contesto familiare in cui vive costituisca una misura estrema da applicare solo se giustificata dallo scopo di proteggere il minore da un pericolo immediato.

⁹⁰ Condivisibile è la seguente conclusione di L. LENTI, *Unione civile, convivenza omosessuale e filiazione*, in *Nuova giur. comm.*, 2016, 12, 1715 (atti del Convegno di Padova, 7-8 ottobre 2016, *Modelli familiari e nuovo diritto*): «...una volta imboccata la strada dell'adesione ai principi posti dalla giurisprudenza della Corte eur. dir. uomo (...), mi sembra che il divieto di ricorrere alla maternità surrogata, posto dal diritto interno, sia inevitabilmente soccombente davanti all'insieme dei diritti protetti dallo scudo della vita privata e familiare (art. 8 Conv. eur. dir. uomo). Visti gli argomenti finora accolti dalla giurisprudenza, la coerenza logica impone di trattare il caso del figlio di due uomini legati in matrimonio in un paese straniero, ivi nato con l'inevitabile ricorso alla maternità surrogata, allo stesso modo del figlio di una coppia di donne sposate all'estero, che invece non vi hanno fatto ricorso», perché una delle due ha portato avanti la gravidanza.

⁹¹ P. GROSSI, *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, 2012, 67 ss., ampiamente sul significato della crisi delle fonti del diritto e sulla normatività come risultato di fattori complessi in combinazione tra loro (dove gli attori sono una pluralità di soggetti istituzionali e non-istituzionali). Cfr. anche AA.VV., *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, a cura di M. Nuzzo, Torino 2014.

l'accadere dei fatti voluti dall'uomo, possa diventare diritto. Il tema è difficile ma connaturato al lavoro del giurista ed esigerebbe un confronto imprescindibile - eccessivo in questa sede - almeno con Hans Kelsen⁹² (1881-1973), Herbert Lionel Adolphus Hart⁹³ (1907-1992), Carl Schmitt⁹⁴ (1888-1985), Santi Romano⁹⁵ (1875-1947), Emilio Betti⁹⁶ (1890-1968), Alf Ross⁹⁷ (1899-1979), Gunther Teubner⁹⁸ e Angelo Falzea (1914-2016)⁹⁹. Ciò non è ovviamente possibile; si cercherà soltanto di offrire qualche suggestione utile a comprendere meglio ciò che conduce alle soluzioni dei problemi suscitati dal nostro tema di ricerca, attingendo da alcuni Maestri che, di recente, si sono espressi nitidamente sull'argomento.

Secondo Natalino Irti la *giuridicizzazione del fatto* non sta nel fatto in sé, di conseguenza il diritto non può identificarsi col fatto. Il diritto è frutto della «coscienza normativa», cioè dell'attività intellettuale dell'uomo che misura i fatti accaduti «in base a un criterio [la c.d. norma fondamentale], che sta prima e fuori di essi»¹⁰⁰. Così - continua l'autore - al fatto com'è, l'uomo «sovrappone un significato giuridico, un predicato derivante dal raffronto tra essere e dover essere, tra azione accaduta e azione attesa. E non propriamente il significato giuridico, ma un significato giuridico, o, se si vuole, tanti significati giuridici quanti sono i criteri di valutazione»¹⁰¹, tutti esterni al fatto.

Irti conclude che «il significato giuridico dell'effettività non sta, dunque, dentro l'effettività, ma piuttosto in noi, che giudichiamo i fatti dall'esterno e li commisuriamo ad un criterio da noi prescelto (prescelto in solitudine o accanto ad altri)»¹⁰². In altri termini, ancora con le parole di Irti: «l'effettività non basta a sé stessa, ma viene piegata al confronto con un criterio di approvazione o disapprovazione, di corri-

⁹² H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (1945), a cura di S. Cotta e G. Treves, Milano, 1984.

⁹³ H. L. A. HART, *Il concetto di diritto* (1961), Torino, 2002; Id., *Diritto, morale e libertà*, a cura di Gavazzi, Catania, 1968.

⁹⁴ C. SCHMITT, *Il custode della costituzione* (1931), a cura di A. Caracciolo, Milano, 1981.

⁹⁵ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Mariotti, Pisa, 1917.

⁹⁶ E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, Milano, I-II, 1955.

⁹⁷ A. ROSS, *On law and justice*, Londra, Stevens, 1958, trad. it. *Diritto e giustizia*, a cura di G. Gavazzi, Torino, 1965.

⁹⁸ G. TEUBNER, *Constitutional fragments: societal constitutionalism and globalization*, Oxford University press, 2012.

⁹⁹ A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto del diritto*, Milano, 2008, 381 ss.

¹⁰⁰ N. IRTI, *Il mondo e lo sguardo giuridificante*, in *Diritto senza verità*, Roma-Bari, 2011, 52 ss.

¹⁰¹ N. IRTI, *Significato giuridico dell'effettività*, Università degli Studi Suor Orsola Benincasa, Lezioni Magistrali, collana diretta da F. De Sanctis e F. Fichera, 2009, 18-19.

¹⁰² N. IRTI, *op. ult. cit.*, 32.

spondenza o discordanza»; «il problema sta nella scelta della propria norma fondamentale, sicché il significato giuridico dei fatti è tutt'uno con il significato complessivo della nostra vita»¹⁰³.

La visione di Irti è chiara: il diritto è interamente frutto della volontà di potenza degli uomini, che scelgono scopi specifici da garantire con la normazione. Esso esiste attraverso le procedure, le quali soltanto sono in grado di superare il conflitto tra contrapposti interessi e tra diverse ipotesi di soluzione che si profilano nel dibattito politico e sociale. «Ogni *posizione* di diritto è *im-posizione*»¹⁰⁴.

L'essenza del diritto è tecnica, poiché i suoi tratti sono l'artificialità, la macchinalità e la proceduralità. Le norme, prodotte dalle procedure nell'indifferenza dei contenuti, assoggettate al divenire, sono «tratte dal nulla o ricacciate nel nulla»¹⁰⁵.

Il fatto insomma non si giuridicizza da sé, ma necessita della volontà giuridica che nasce e si impone attraverso la tecnica normativa.

Soltanto nella consuetudine essere e dover essere coincidono, quindi qui la coscienza normativa è interna al fatto, dura quanto l'agire, e non serve ad approvare o disapprovare l'accaduto. Ma - soggiunge Irti - neppure questo fenomeno è estraneo a un giudizio di disapprovazione da parte della coscienza del singolo che, diversamente dalla coscienza normativa collettiva, aderisce a un'altra norma fondamentale.

Irti, conseguentemente, sebbene ritenga che «vi s[ia]no tanti mondi giuridici quanti individui e norme fondamentali», non esclude che ampie cerchie di soggetti possano condividere la scelta di una comune norma fondamentale che governi il vivere sociale più a lungo possibile.

Diversa - si direbbe antitetica - è la posizione di Paolo Grossi. Egli afferma che «Il sottostante ordine naturale sociale economico diviene per sua intrinseca capacità ordine giuridico, congiungendo e saldando la divisione per piani - il sociale, l'economico, il giuridico - in una struttura complessa ma assolutamente unitaria»¹⁰⁶. L'autore è vicino a Santi Romano, insigne giuspubblicista palermitano, secondo cui il diritto è ordinamento giuridico, cioè strumento che, in quanto chiamato a ordinare i fatti sociali, è da questi permeato e giustificato. Un diritto, quindi, che, nelle parole di Grossi, «trova la sua genesi non nei palazzi

¹⁰³ N. IRTI, *Il mondo e lo sguardo giuridificante*, 63-64, dissente fermamente dalle posizioni di C. Schmitt e di S. Romano, secondo i quali l'ordine concreto è già dato e costruito e gli uomini lo recepiscono attraverso le regole giuridiche.

¹⁰⁴ N. IRTI, *L'essenza tecnica del diritto (terzo dialogo con Emanuele Severino)*, cit., 35.

¹⁰⁵ N. IRTI, *Nichilismo e formalismo nella modernità giuridica*, in *Nichilismo giuridico*, cit., 24.

¹⁰⁶ P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., 34.

alti del potere ma nel basso della società, la quale si salva dal caos appunto auto-ordinandosi»¹⁰⁷.

Grossi - è bene chiarire - non ritiene certo inutili le leggi. Il problema è un altro: è capire da dove nasca il diritto, per ricercare una dimensione più profonda della normatività¹⁰⁸. La risposta dell'autore è cristallina: il diritto origina dalla società. Pertanto il legislatore deve saper leggerla senza imporre qualcosa di avulso da essa. Un esempio mirabile di lettura ad un tempo fedele e lungimirante dei fatti sociali è stata la Costituzione italiana del 1948.

Se la cifra essenziale del diritto è, dunque, l'essere specchio dei tempi, degli interessi e delle istanze circolanti nella *societas*, non sempre il testo normativo prodotto dalla politica può essere considerato diritto. Le leggi razziali emanate nel 1938, ad esempio, pur essendo state vigenti, del diritto mostrano soltanto l'aspetto della cogenza, ma tradiscono la sua vera essenza e funzione¹⁰⁹: rappresentare ciò che la società esprime nella consolidazione storica.

Qui il discorso si complica; è a tutti noto il brocardo «*dura lex sed lex*», ma la ribellione di Antigone al re Creonte e alla sua legge dimostra come ci possa essere uno scarto tra le leggi del potere politico e il diritto. Antigone, contrariamente alla previsione del decreto reale (che vietava la sepoltura dei traditori), ritiene conforme al diritto la sepoltura di suo fratello Polinice. E ciò non già sulla base della propria coscienza individuale, ma di una legge non scritta radicata nei costumi degli esseri umani¹¹⁰; una legge che costituisce «l'identità spirituale di un popolo»¹¹¹.

¹⁰⁷ P. GROSSI, *Il diritto civile italiano alle soglie del terzo millennio (una post-fazione)*, Estratto dal volume *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2010, 39, 478.

¹⁰⁸ Questa tensione si esprime nel concetto di costituzione in senso materiale. Sul punto cfr. le belle pagine di M. FIORAVANTI, *Il concetto di costituzione in senso materiale*, in *Historia constitutional*, 2011, 12, 20 ss., il quale, ricordando sul punto il pensiero di H. Kelsen e quello, opposto, di C. Schmitt, sviluppa la sintesi tra questi due autori posta in essere da C. Mortati.

¹⁰⁹ A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche*, cit., 432 ss., ritiene che la possibilità del ricorso a mezzi coercitivi, diretti o indiretti, non sia «un fattore esclusivo e neppure primario» del diritto. Secondo l'autore è l'attuazione spontanea il mezzo primario di realizzazione del diritto. Diritto ed etica devono convergere così da indurre i consociati a osservare spontaneamente le regole giuridiche (cfr. pp. 435-436).

¹¹⁰ Queste le parole di Antigone: «Sì, perché questo editto non Zeus proclamò per me, né Dike, che abita con gli dei sotterranei. No, essi non hanno sancito per gli uomini queste leggi; né avrei attribuito ai tuoi proclami tanta forza che un mortale potesse violare le leggi non scritte, incrollabili degli dei, che non da oggi né da ieri, ma da sempre sono in vita, né alcuno sa quando vennero alla luce. Io non potevo, per paura di un uomo arrogante, attirarmi il castigo degli dei».

¹¹¹ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, 67.

Leggiamo ancora Grossi: «Il diritto può attuarsi concretamente in *ordinamento* soltanto a una condizione: che, nell'effettività, si facciano i conti con valori ed interessi circolanti in una determinata società, che si abbiano occhi e orecchi attenti verso il basso, pronti a un adeguamento in relazione a quanto in basso avviene»¹¹². Qualora ciò non accadesse, si avrebbe violenza da parte del potere politico, che ignorerebbe la precipua e intima funzione ordinante del diritto.

Le due posizioni appena riassunte, in una parola formalista l'una sostanzialista l'altra, apparentemente inconciliabili, sono due facce della stessa medaglia. Da un lato la sostanza del fatto non deve essere tradita né dal legislatore né dall'interprete, dall'altro però, si impone una scelta (il diritto non si riduce al fatto), particolarmente delicata ogniqualvolta si fronteggino interessi contraddittori o valori diversi da contemperare¹¹³. Emblematica è stata la discussione sulla forma giuridica con cui rivestire le unioni tra persone dello stesso sesso - se matrimonio o altro istituto *ad hoc* - e sullo statuto giuridico dei singoli componenti delle stesse.

La decisione della politica¹¹⁴ che prevale tra quelle astrattamente possibili o la soluzione interpretativa giudiziale o dottrinale deve essere consonante con l'evoluzione storico-giuridica dei principi e dei valori costituzionali che connotano l'ordinamento aperto alla dimensione giuridica sovranazionale. È la pluralità dei valori, secondo Pietro Perlingieri, a salvare la società dalla violenza e dalla tirannia dell'ideologia o del pensiero unico¹¹⁵.

Il tema dell'effettività e del ruolo del valore si lega a quello dell'interpretazione, ancora di più nel nostro tempo dove l'ermeneutica

¹¹² P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., 35.

¹¹³ A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche*, cit., 458, richiama l'importanza dell'aspetto formale del diritto attinente alla manifestazione delle esigenze di vita. «La funzione dell'apparato formale è precisamente quella di far entrare le leggi giuridiche nel campo di esperienza pubblica della comunità». G. VETTORI, *La giurisprudenza come fonte del diritto privato*, cit., 65-66, sottolinea due aspetti. Il primo: la giuridicità del fatto dipende da una valutazione rispetto a un testo «che per noi è la Costituzione repubblicana». Il secondo; la soluzione del caso concreto, il rimedio a questo applicabile, esige, sulla scorta anche dell'insegnamento di J. Derrida, una decostruzione della regola legale ed «un'interpretazione restauratrice, come se la legge non esistesse prima e l'inventasse lui stesso [l'interprete] per il singolo caso».

¹¹⁴ Talvolta frutto di «scambio politico», come rileva M. FIORAVANTI, *Per una storia dello Stato moderno in Europa*, Estratto dal volume *Quaderni fiorentini*, 2010, 39, 78 ss.

¹¹⁵ P. PERLINGIERI, *Valori normativa e loro gerarchia. Una precisazione dovuta a Natalino Irti*, in *Interpretazione e legalità costituzionale*, Napoli, 2011, 358, afferma che «la presenza del valore consente il confronto tra soluzioni possibili e la costruzione sistematica delle soluzioni accolte. Consente, soprattutto, la discussione razionale delle regole». È forte il richiamo ai valori quali sostanza del diritto anche in G. BENEDETTI, *«Eclissi del diritto civile» e fenomenologia dell'attesa. Riflessione sul testo di Carlo Castronovo*, cit., 101.

è, secondo molti civilisti¹¹⁶ e filosofi del diritto¹¹⁷ influenzati dal pensiero di Gadamer¹¹⁸, parte indispensabile del processo formativo della norma. Rispetto all'epoca in cui imperava il positivismo giuridico, la scienza giuridica ha perso, come ha sottolineato Giuseppe Benedetti, il tratto della neutralità¹¹⁹. L'interprete, nel risolvere un problema concreto, deve confrontarsi con la legalità costituzionale, estesa al diritto sovranazionale (art. 117, co. 1 Cost.), applicare principi e clausole generali, tener conto della giurisprudenza delle Corti superiori, in un quadro di valori che si rinnova nel tempo.

L'accresciuta mobilità delle persone, i progressi dei mezzi di comunicazione, la conseguente circolazione dei modelli giuridici, i rapidi sviluppi della scienza e della tecnica e l'emersione di nuove istanze fanno sì che, tra i giuristi, sia il giudice ad essere chiamato ancor prima del legislatore a fornire risposte a un problema inedito. Egli, nello *ius dicere*, deve saper leggere i nuovi approdi, giuridici e scientifici, della storia dell'umanità, mediando tra il «messaggio del testo cartaceo» e l'attualità¹²⁰.

¹¹⁶ G. BENEDETTI, *Oggettività esistenziale dell'interpretazione*, Torino, 2014, 242 ss.; P. PERLINGIERI, *L'interpretazione della legge come sistematica assiologica. Il brocardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi*, in *Interpretazione e legalità costituzionale*, Napoli, 2011, 127 ss.; N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Ars interpretandi*, 2015, 2, 55 ss.; A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, Milano, 2013, 3-27; G. VETTORI, *La fecondazione assistita fra legge e giudice*, cit., 7.

¹¹⁷ L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967; Più di recente A. PUNZI, *Prefazione* a «Oggettività esistenziale dell'interpretazione», XVII, rileva come il «il giusto [sia] invenzione del miglior argomento» e invita a riscoprire la missione del giurista «di custode dei valori della civiltà, autentico *conditor iuris* e non servitore del potere costituito, anzi, sempre pronto, al cospetto di un legislatore che smarrisca la via, a sussurrare, non senza un accenno di sorriso, *ius naturalia sunt immutabilia*». L'autore declina il vero come intreccio tra *nomos*, *logos* e *pathos*.

¹¹⁸ H. G. GADAMER, *Verità e metodo*, a cura di G. Vattimo, Milano, 2004, 365 ss.

¹¹⁹ G. BENEDETTI, *Oggettività esistenziale dell'interpretazione*, cit., 28 ss.

¹²⁰ P. GROSSI, *Il giudice civile. Un interprete?*, in *www.iusexplorer.it/riviste*, Milano, 2017, 1151. J. DERRIDA, *Forza di legge. Il «fondamento mistico dell'autorità»*, Torino, 2013, 76-77, a cura di F. Garritano, trad. di A. Di Natale, nella sua profonda riflessione sulla giustizia scrive: «per essere giusta la decisione, di un giudice per esempio, deve non soltanto seguire una regola di diritto o una legge generale ma deve assumerla, approvarla, confermarne il valore, attraverso un atto d'interpretazione restauratore, come se al limite la legge non esistesse prima, come se il giudice l'inventasse lui stesso per ogni caso. Ogni esercizio della giustizia come diritto può essere giusto solo se è un *jugement à nouveaux frais*, se così posso dire, traducendo liberamente *fresh judgement*, espressione inglese che prendo a prestito da Stanley Fish. La nuova freschezza, l'inizialità di questo giudizio inaugurale può ben ripetersi qualcosa, meglio, deve pur essere conforme a una legge preesistente, ma l'interpretazione reinstauratrice, re-inventiva e liberamente decidente del giudice responsabile richiede che la sua «giustizia» non consista semplicemente nella conformità, nell'attività conservatrice e riproduttrice del giudizio. In breve, perché una decisione sia giusta e responsabile, occorre che nel suo momento più proprio, se ce n'è uno, essa sia a un tem-

Questo collegamento tra esito ermeneutico e attualità emerge con nettezza dalle parole di Benedetti, il quale sottolinea come vi debba essere adesione tra l'interpretazione che «non si esaurisce nel descrivere, ma svolge, dimensiona, scopre valori inverandoli nell'essere positivo, secondo il divenire incessante della storia»¹²¹. Un bell'esempio di queste parole si può riscontrare in una recente sentenza della *Supreme Court* degli Stati Uniti d'America sul diritto delle coppie dello stesso sesso di contrarre matrimonio (cfr. *amplius* cap. III-sez. III, § 12).

È evidente come dottrina e giurisprudenza pratica siano chiamate a un compito arduo e affascinante: rispondere ai problemi dell'oggi, entrando da protagonisti nella creazione della norma da applicare al caso concreto, ma rimanendo entro un sistema positivo sia pur aperto ai principi e ai valori¹²². È ancora Giuseppe Benedetti a sintetizzare benissimo questo ruolo: l'interprete non è più «mero esegeta di una regola pre-posta, ma creatore della stessa, personalmente coinvolto con la propria cultura e la propria conoscenza nel quotidiano farsi dell'ordinamento. Se l'interpretazione costituisce il cammino della stessa positività della norma, l'interprete ne è l'artefice»¹²³.

Una delle tematiche che mostra plasticamente l'attività del giurista, consistente nel «cercare» e nel «trovare»¹²⁴ la regola nel sistema ordinamentale è quella della rilevanza della genitorialità omosessuale, su cui ci soffermeremo nel paragrafo seguente.

10. FAMIGLIE OMOSESSUALI FORMATE IN UNO STATO ESTERO E DIRITTO DEL FIGLIO ALLA CONSERVAZIONE DELLO *STATUS FILIATIONIS*.

La circolazione delle persone, dei modelli familiari e dei diritti pone problemi complessi, la cui soluzione incide sul concetto di famiglia, di genitore, di figlio e sui presupposti dello *status filiationis*. C'è un esempio emblematico che mostra come i profili del diritto di un altro Paese, rilevanti in Italia, creino una proficua tensione nel nostro ordinamento, portando ad emersione elementi di novità che inducono a rileggere e ad ampliare istituti municipali.

La fattispecie che si intende analizzare, giunta in Cassazione¹²⁵,

po regolata e senza regola, conservatrice della legge e anche abbastanza distruttrice e sospensiva della legge per dover ogni volta reinventarla, ri-justificarla, reinventarla almeno nella riaffermazione e nella conferma nuova e libera del suo principio».

¹²¹ G. BENEDETTI, *Oggettività esistenziale dell'interpretazione*, cit., 9.

¹²² P. PERLINGIERI, *Valori normativi e loro gerarchia*, cit., 359.

¹²³ G. BENEDETTI, *op. loc. ult. cit.*

¹²⁴ P. GROSSI, *Il giudice civile. Un interprete?* cit., 1145, precisa finemente che l'attività del giurista si sostanzia in «un'operazione intellettuale più attinente al *leggere, conoscere, decifrare* che al *volere*, tanto più se a quest'ultima azione si assegna un contenuto meramente potestativo».

¹²⁵ Cass., n. 19599/2016, in *Leggi d'Italia on line*.

riguarda quella di una coppia di donne, sposata in un altro paese (la Spagna), che accede legittimamente alla procreazione medicalmente assistita dalla quale nasce un figlio. Una delle due donne fornisce il proprio ovulo, fecondato dal seme di un terzo, per la formazione di embrioni inseriti nell'utero dell'altra donna con cui la prima è coniugata. La coppia condivide, pertanto, un progetto di genitorialità, lo realizza, si trasferisce successivamente in Italia e chiede la trascrizione dell'atto di nascita legalmente formato all'estero.

La Corte d'Appello di Torino ¹²⁶, in riforma della pronuncia di primo grado, ordina all'Ufficiale dello stato civile italiano di trascrivere l'atto di nascita. La *ratio decidendi* è tutta incentrata sul concetto di ordine pubblico internazionale e sulla sua rilettura in considerazione dell'evoluzione normativa interna e sovranazionale e del principio del preminente interesse del minore.

È opportuno soffermarsi sulla pronuncia della Corte di Cassazione innanzi ricordata per prendere posizione sulla problematica appena introdotta della trascrivibilità nel nostro ordinamento di un atto di nascita estero, da cui risultino due genitori dello stesso sesso.

La Suprema Corte conferma, con acume e padronanza delle tecniche interpretative, la pronuncia del giudice del gravame, nonostante l'apparente persuasività dei motivi del ricorso ¹²⁷. La motivazione è

¹²⁶ Corte App. Torino, sez. famiglia, decr. 29.10.2014, in *www.ilcaso.it*. Secondo il giudice di prime cure, la trascrizione dell'atto di nascita non può essere disposta sulla base delle seguenti considerazioni: 1) esistenza del principio secondo cui nel nostro ordinamento è madre solo colei che partorisce (art. 269, co. 3 c.c.); 2) il minore, nel caso di specie, ha solo cittadinanza spagnola, essendo irrilevante la cittadinanza italiana dell'altra donna che ha donato gli ovuli (c.d. madre genetica); 3) manca una normativa che consenta di costituire il rapporto di filiazione tra una coppia sposata *same sex* (quali genitori) e il nato a seguito di una tecnica di PMA. Il Trib. per i minorenni Bologna, ord. 6-10.11.2014, ha ritenuto, invece, necessario sollevare questione di legittimità costituzionale degli artt. 35 e 36 l. adoz., nella parte in cui, secondo l'interpretazione che costituisce diritto vivente, non consentono al giudice di valutare se sia effettivamente rispondente all'interesse del minore il riconoscimento della sentenza straniera che abbia pronunciato l'adozione in favore del coniuge omosessuale del genitore. Secondo il tribunale, questa preclusione è contraria al principio di ragionevolezza (art. 3 Cost.) e finisce col violare il diritto del fanciullo a una famiglia (artt. 2, 30 e 31 Cost., artt. 8 e 14 Cedu).

¹²⁷ Il Procuratore Generale della Repubblica argomenta a sostegno della contrarietà all'ordine pubblico italiano dell'atto di nascita spagnolo da cui risulta la costituzione del rapporto di filiazione con due madri. Contrarietà in ragione: a) del divieto legislativo della pratica di surroga biologica di maternità, presidiato dalla sanzione penale della reclusione e della multa a carico di chi la «realizza» (art. 12, co., 6 l. n. 40/2005). Vedremo, tuttavia, che il caso di specie non è riconducibile a tale discussa tecnica procreativa; b) del «principio di ordine pubblico e di diritto naturale» rappresentato dalla filiazione come discendenza da persone di sesso diverso.

Anche il Ministero dell'Interno censura la pronuncia d'appello, che avrebbe accolto una «definizione eccessivamente estesa di ordine pubblico». Verrebbe illegittimamente inciso il valore fondamentale della necessaria differenza di sesso tra i genitori

denza e condivisibile, perché frutto di un'interpretazione storica, sistematica e assiologica che fissa il punto sulla linea di sviluppo nel tempo dell'ordinamento giuridico. Una linea che il giurista non dovrebbe mai ignorare, per comprendere meglio il presente e illuminare il nuovo con soluzioni coerenti.

Il primo passaggio del ragionamento dei Supremi giudici riguarda la nozione di ordine pubblico, posto che, ai sensi degli artt. 16 e 65 l. n. 218/1995 (*diritto internazionale privato*) e dell'art. 18 D.P.R. n. 396/2000 (*ordinamento dello stato civile*), gli effetti della legge straniera e il provvedimento di cui si chiede l'attuazione in Italia non devono essere contrari all'ordine pubblico.

Questo è un profilo centrale, delicatissimo, perché la definizione di ordine pubblico che si ritiene di accogliere ha riflessi considerevoli sulla libera circolazione delle persone e, di conseguenza, dei diversi modelli e valori giuridici propri di un altro Stato e, talvolta, espressi dal diritto sovranazionale.

Orbene, a monte del modo di intendere l'ordine pubblico, si fronteggino due concezioni del potere statale e del diritto: una, oramai antigiuridica, di ispirazione marcatamente statalista, secondo cui, in caso di conflitto tra leggi su questioni di ordine pubblico, l'ordinamento interno è da reputare superiore a quello degli altri Stati. L'altra mostra, invece, maggiore apertura verso gli ordinamenti esterni, in aderenza a quanto prevede la Costituzione agli artt. 10, 11 e 117.

La Cassazione ha ben colto le connessioni che il tema dell'ordine pubblico presenta con i rapporti tra gli ordinamenti statuali e con il piano dell'evoluzione giuridica che può sopravanzare la dimensione della legislazione meramente interna. L'ordine pubblico internazionale, allora, come rileva la Suprema Corte¹²⁸, deve essere slegato dalle norme imperative inderogabili, espressione, talvolta, di scelte politiche discrezionali che, in quanto tali, non derivano da un vincolo posto dalla Costituzione.

Esso insomma non va confuso con l'ordine pubblico interno, il quale non sempre coincide con l'ordine costituzionale. Tale aspetto è decisivo e consente di ritenere che gli effetti del provvedimento straniero, non lesivi di diritti fondamentali o di valori costituzionali, non possano essere respinti dall'Italia. A maggior ragione quando, come

«quale requisito indispensabile per il riconoscimento del rapporto di filiazione nei confronti di un terzo soggetto» (quindi, nel caso di specie, la donna che ha fornito gli ovuli alla propria coniuge, secondo questa impostazione, non potrebbe acquisire lo *status* di genitore, essendo madre unicamente la donna che ha partorito, così come stabilisce l'art. 269, co. 3, c.c.). La necessaria differenza di sesso quale principio di ordine pubblico sarebbe comprovata, soggiunge il Ministero dell'Interno, anche dall'art. 5 l. n. 40/2005, il quale preclude alle coppie dello stesso sesso l'accesso alla procreazione medicalmente assistita. Questo divieto è corredato da una sanzione amministrativa pecuniaria a carico di chiunque applichi tecniche di PMA a tali coppie.

¹²⁸ Cass., n. 19599/2016, § 7, cit.

nella fattispecie in esame, la conservazione dello stato di figlio con due madri realizza il preminente interesse del minore e, più specificamente, il suo diritto alla vita privata e familiare (art. 8 Cedu)¹²⁹.

L'ordine pubblico internazionale viene dunque sottratto all'ambito giuridico meramente interno espresso dalla legislazione ordinaria, per essere agganciato alla legalità costituzionale, ampliata dal livello normativo sovranazionale costituito dai Trattati fondativi, dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e, più specificamente, dalla Convenzione di New York sui diritti del fanciullo (artt. 11 e 117 Cost.). La definizione accolta dalla Cassazione è chiara in tal senso: l'ordine pubblico internazionale va inteso come il «complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico, ma ispirati ad esigenze di *tutela dei diritti fondamentali dell'uomo*, comuni ai diversi ordinamenti e collocati a un livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria»¹³⁰.

Emerge nettamente la distinzione, come si diceva, tra il piano dell'ordine pubblico internazionale e quello delle norme imperative inderogabili, inespresse di principi e diritti fondamentali protetti dalla Costituzione.

Questa impostazione giudiziale influenza profondamente la questione della trascrivibilità dell'atto di nascita validamente formato se-

¹²⁹ I giudici interni e la Corte EDU hanno sottolineato la connessione che si instaura tra salvaguardia dell'identità del figlio, conservazione dello *status filiationis* e rispetto della vita privata (art. 8 Cedu). In una fattispecie concreta come quella che si sta esaminando nel testo, il disconoscimento dell'autorità italiana dello stato di figlio determinerebbe, a catena, la violazione del diritto all'identità del figlio e lo scardinamento della sua vita privata. Si verificherebbe, insomma, proprio ciò che l'art. 8 Cedu ha inteso evitare: una ingiustificata ingerenza da parte dell'autorità pubblica in un aspetto essenziale dell'esistenza umana che è la vita privata. Cfr. Corte EDU, caso *Marckx v. Belgium*, 13.6.1979, ric. n. 6833/78, Corte EDU, caso *Mikulic v. Croazia*, 7.2.2002, ric. n. 53176/99, in www.echr.coe.int (*hudoc data base*). In dottrina L. LENTI, *Unione civile, convivenza omosessuale e filiazione*, cit., 1709, attento lettore della giurisprudenza della Corte EDU, coglie il legame che c'è tra la conservazione dello stato di figlio legittimamente formato in un paese estero e l'effettività del diritto alla vita privata.

¹³⁰ Cass., n. 19599/2016, cit., § 7. La distinzione tra ordine pubblico interno e internazionale serve alla Suprema Corte per favorire la recezione nel nostro paese di quel diritto estero che non urta con la Carta costituzionale. Ma osserva giustamente P. PERLINGIERI, *Libertà religiosa, principio di differenziazione e ordine pubblico*, cit., 183, che la nozione di ordine pubblico è unitaria. Essa è «espressione dei principi identificativi dell'assiologia costituzionale di una complessa civiltà storicamente condizionata». C'è un altro punto importante sottolineato dall'autore, che emerge chiaramente anche nella fattispecie esaminata sopra nel testo: l'ordine pubblico assume la funzione non soltanto «di limite ma di garanzia delle libertà anche nei confronti dello Stato sia pure per autolimitazione dello stesso dovuta sia a scelte interne di rilevanza nazionale sia alle aperture verso valori e principi promossi e tutelati dalle normative europee ed internazionali» (p. 183).

condo il diritto di un altro paese, ma contrastante con più norme imperative italiane. Tale contrasto è insufficiente di per sé solo a precludere l'ingresso dell'atto straniero nel nostro ordinamento. Occorre piuttosto che l'atto estero confligga con i diritti fondamentali della persona o con valori essenziali dell'ordinamento italiano come espressi dalla Costituzione e dal diritto sovranazionale. Il giudice nazionale - specifica la Cassazione - è tenuto, in definitiva, a effettuare un «test simile a quello di costituzionalità»¹³¹.

A questa punto diventa decisiva una domanda: l'atto di nascita dal quale risulta che il minore ha due madri, ove venisse trascritto in Italia, lederebbe un diritto o un principio costituzionale? La Cassazione è pervenuta a una risposta negativa, attraverso un'argomentazione che si sviluppa logicamente, traendo linfa dalle diverse fonti giuridiche poste in connessione tra loro.

Due sono i versanti presi in esame: da un lato quello delle diverse disposizioni normative che hanno posto l'accento sulla stabilità del rapporto di filiazione a prescindere sia dal legame genetico con il minore sia dall'orientamento sessuale di chi si è comportato come fosse genitore; dall'altro quello dei divieti sanciti dalla legge n. 40/2005 sulla procreazione medicalmente assistita. Divieti esaminati in correlazione con la regola secondo cui è madre colei che ha partorito e con il principio del preminente interesse del minore che informa tutti gli aspetti della filiazione.

¹³¹ Cass., n. 19599/2016, cit., § 7, a sostegno della propria tesi sulla nozione dell'ordine pubblico internazionale, argomenta dall'apertura costituzionale verso gli ordinamenti esterni (artt. 10, 11, 117). Si afferma nella sentenza che «se l'ordine pubblico si indentificasse con quello esclusivamente interno, le norme di conflitto sarebbero operanti solo ove conducessero all'applicazione di norme materiali aventi contenuto analogo a quelle italiane, cancellando la diversità tra i sistemi giuridici e rendendo inutili le regole del diritto internazionale privato». Che vi sia stato un progressivo allentamento del modo di intendere l'ordine pubblico quale barriera a norme e istituti giuridici stranieri è dimostrato anche dalla normativa comunitaria. In diversi regolamenti (in materia familiare, di obbligazioni alimentari, extracontrattuali e da ultimo successoria cfr. art. 35 reg. n. 650/2012) è stato previsto che l'applicazione di una legge o il recepimento di un provvedimento straniero può essere esclusa solo qualora vi sia una «manifesta incompatibilità» con l'ordine pubblico. L'idea che l'ordine pubblico non coincida *sic et simpliciter* con le norme imperative del singolo Paese destinatario del provvedimento di un'altra nazione, è stata fatta propria - lo ricorda la Cassazione - anche dalla Corte federale di giustizia tedesca. Secondo la quale non si ha incompatibilità con l'ordine pubblico internazionale soltanto perché il giudice tedesco, «giudicando sulla base delle norme imperative tedesche, sarebbe giunto ad un risultato diverso [da quello maturato nello Stato estero], essendo invece determinante che il risultato dell'applicazione del diritto straniero non sia in contraddizione radicale con principi fondamentali di giustizia». È ancora la Suprema Corte a ricordare come anche la Corte di Giustizia abbia ritenuto che l'applicazione dell'ordine pubblico quale argine a un atto di una Stato membro «presuppone l'esistenza di una minaccia reale, attuale e grave nei confronti di un interesse fondamentale della società» (sent. 4.10.2012 C-249/11).

Sul primo versante urge una premessa riguardante proprio il principio del preminente interesse del minore, il quale, com'è noto, è previsto nel diritto interno da numerose disposizioni. Da alcune di queste esso si desume (artt. 315-*bis*, 316, 336-*bis* c.c.), altre lo contemplan espressamente (artt. 337-*ter* co. 2 e 337-*sexies* co. 1 c.c. e artt. 32, co. 1, 35, co. 3, 57 n. 2 l. n. 184/1983). Anche il diritto sovranazionale gli assegna centralità (art. 3 *Conv. New York* 20.11.1989 ratificata con l. n. 176/1991, art. 6 *Convenzione Europea sull'esercizio dei diritti del fanciullo*, 25.1.1996 resa esecutiva dalla l. n. 77/2003 e art. 24, co. 2 *Carta Diritti Fondamentali UE*).

La sua pervasività degli ambiti giuridici che coinvolgono il minore è totale; tant'è che, correttamente, la Cassazione ne afferma la rilevanza non solo in tema di capacità e di responsabilità genitoriale, ma anche nelle questioni di stato, dove - si potrebbe pensare - l'interesse pubblico è dominante rispetto a qualunque esigenza privata. Invece la valutazione dell'interesse del minore è imprescindibile anche qualora si discuta di individuazione dei genitori, di ricongiungimento familiare¹³², di mantenimento dello *status filiationis* non veridico e di struttura della famiglia rispetto alle *regulae iuris* della verità del legame genitore-figlio, dell'indisponibilità dello stato e dell'unicità della figura materna.

Che sia così è dimostrato da diversi indici legislativi e giurisprudenziali: 1) gli artt. 244, co. 4, c.c. e 263, co. 3, c.c. che, nel prevedere un termine di improponibilità dall'azione volta a eliminare lo stato, limitano il principio della verità biologica quale fondamento dello stato di figlio, principio che non può inverarsi fino al punto da ritenere sempre possibile l'eliminazione dello stato falso; 2) tutti i tipi di adozione - piena, internazionale e in casi particolari - sono governati dal principio del preminente interesse del minore; 3) l'art. 251 c.c. che, nel subordinare il riconoscimento del figlio incestuoso alla valutazione dell'interesse del minore, antepone all'ordine pubblico (art. 564 c.p.) il benessere del nato; 4) la condanna del genitore per il delitto di alterazione di stato (art. 569 c.p.) non può determinare, quale pena accessoria, l'automatica perdita della responsabilità genitoriale, perché siffatto auto-

¹³² Cass. Sez. un., n. 21108/2013, in *Leggi d'Italia on line*, con riguardo all'istituto di diritto musulmano della kafalah (pubblicistica), afferma, argomentando anche alla luce del preminente interesse del minore, che il nulla osta all'ingresso del minore nel territorio italiano non può essere negato. Si consente così il ricongiungimento familiare a quel minore affidato in kafalah con l'affidatario che, solitamente per ragioni di lavoro, vive in Italia. Osserva P. PERLINGIERI, *Libertà religiosa, principio di differenziazione e ordine pubblico*, cit., 183, che per attribuire rilevanza alla Kafalah, sia convenzionale che pubblicistica, non la si deve equiparare all'affidamento o all'adozione in casi particolari. Ciò realizzerebbe uno stravolgimento dell'istituto e della cultura di quei paesi che si ispirano ai precetti del Corano. Piuttosto «basta attestare che l'istituto di tradizioni e culture diverse risponde all'interesse prevalente del minore direttamente coinvolto e, come tale, giuridicamente meritevole».

matismo preclude la valutazione dell'interesse concreto del minore a vivere e a crescere nella propria famiglia, mantenendo un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei suoi genitori¹³³; 5) la Corte EDU, in più pronunce, per rendere effettivo il diritto del minore all'integrazione nella sua famiglia di origine fin dalla nascita e alla continuità dei rapporti familiari (art. 8 Cedu), ha svalutato i divieti legislativi degli Stati membri di talune pratiche di procreazione medicalmente assistita¹³⁴.

A queste disposizioni devono aggiungersi gli artt. 13, co. 3, 33, coo. 1 e 2 l. n. 218/1995 (diritto internazionale privato) e l'art. 8 § 1 Convenzione di New York, da cui si desume, per un verso, come l'interesse del minore orienti nell'individuazione della legge più favorevole da applicare ad una fattispecie che abbia punti di contatto con più Stati, per un altro, come vi sia uno stretto legame tra il diritto del minore di preservare la propria identità e la nazionalità, il nome e la conservazione delle relazioni familiari.

Da questo articolato quadro normativo, come integrato dal contributo delle Corti superiori, si desume - ne parla anche la Cassazione¹³⁵ - il diritto del minore alla continuità dello stato di figlio¹³⁶. Si pensi per riprende alcune delle disposizioni innanzi richiamate in particolare agli artt. 244, co. 4 e 263, co. 3, c.c.

Il diritto a conservare lo stato di figlio viene in rilievo non solo qualora lo *status filiationis* sia falso, cioè ove manchi la derivazione genetica dal genitore, ma anche quando, come nel caso delle due madri, il nato sia legato geneticamente alla donna che ha donato l'ovulo e biologicamente alla donna che ha partorito; tutto ciò nell'ambito di un progetto di genitorialità condiviso. La questione non si sposta neppure con riguardo al caso particolarissimo in cui i nati derivino geneticamente ciascuno da un uomo - c.d. gemelli dizigoti - il quale, con il

¹³³ Corte cost., n. 31/2012 (rel.: A. Criscuolo), in *Giur. it.*, con nota di M. A. FEDERICI, *Alterazione di stato e decadenza dalla potestà genitoriale*, 2012, 8-9, 1 ss. (versione in *Leggi d'Italia on line*).

¹³⁴ Corte EDU, 26.6.2014, caso *Mennenson v. France*, ric. n. 65192/11, cit.; Corte EDU, 26.6.2014, caso *Labassee c. France*, ric. n. 65941/11, cit.; Corte EDU, 27.1.2015, caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*, ric. n. 25358/12, cit.

¹³⁵ Cass., n. 19599/2016, § 8.2, cit.

¹³⁶ Corte d'App. Trento, ord. 2-23.2.2017, in *Guida la dir.*, 2017, 13, 52 ss., per giustificare la trascrivibilità in Italia di un atto di nascita formato all'estero dal quale risultano due padri, fa leva sul diritto del minore di conservare lo *status* di figlio riconosciuto in un atto validamente formato in un altro Stato. La Corte riprende un passaggio di Cass.n. 19599/2016 in cui si afferma che «il diritto alla continuità di tale *status* è conseguenza diretta del *favor filiationis* scolpito negli artt. 13 comma 3 e 33 commi 1 e 2 della legge n. 218 ed è implicitamente riconosciuto nell'art. 8 § 1 della convenzione di New York sul «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».

suo compagno e attraverso l'esecuzione di un «*agreement for gestional carriers*», divenga genitore¹³⁷.

Ora, la regola imperativa di diritto interno secondo cui i genitori devono essere di sesso diverso non può condurre lo Stato italiano a disconoscere lo stato di figlio da cui risultino due madri, proprio perché, altrimenti, esso violerebbe il diritto alla continuità dello stato di figlio. Non solo, si renderebbe in pari tempo ineffettivo il principio di rilevanza costituzionale del preminente interesse del minore.

Emerge da quanto detto fin qui che l'atto di nascita di cui si discute non viola affatto l'ordine pubblico internazionale. Anzi - è bene sottolinearlo - il diritto italiano e sovranazionale si sono sviluppati in modo tale da ritenere coerente con il fondamento della filiazione e con i diritti fondamentali del minore il riconoscimento di una famiglia composta da due genitori dello stesso sesso.

Rimane l'altro versante da esplicitare, cui si accennava poco sopra, riguardante il bilanciamento tra il preminente interesse del minore e altri principi e valori di pari rango, eventualmente sottesi ai divieti posti dalla legge n. 40/2005. Qui c'è una inconsueta ma esatta premessa su cui la Cassazione pone l'accento: l'interesse del minore, nonostante la sua preminenza, deve essere ugualmente bilanciato con altri principi costituzionali confliggenti, altrimenti esso «diventerebbe tiranno nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente garantite»¹³⁸. I diritti costituzionali, afferma la Suprema Corte, «si trovano in rapporto di integrazione reciproca e sono soggetti al bilanciamento necessario ad assicurare una tutela unitaria e non frammentata degli interessi costituzionali in gioco»¹³⁹.

Essenziale allora è verificare se la trascrizione dell'atto di nascita da cui risultano due madri o due padri confligga con un bene o con un principio costituzionale.

È stato sostenuto, un po' frettolosamente, che vi sono alcune regole sulle quali il provvedimento formato in uno Stato estero non potreb-

¹³⁷ Corte d'App. Milano, decr. 28.10.2016, n. 3990, in *Guida al dir.*, 2017, 13, 62 ss. Nel caso di specie la surroga biologica di maternità è avvenuta in California. Due uomini, condividendo un progetto di genitorialità, fecondano, ciascuno con i propri gameti, due distinti ovuli, entrambi impiantati nell'utero di una cosiddetta «gestante per altri». Nascono due gemelli, ciascuno legato geneticamente ad uno soltanto dei due uomini. La Corte Superiore di quello Stato pronuncia un «*judgement declaring the existence of parental rights*» (*id est*: una sentenza che dichiara l'esistenza dei diritti dei genitori), con il quale si ordina la formazione degli atti di nascita con l'indicazione per ciascun nato del nome secondo le indicazioni degli uomini e del nome completo del genitore. La Corte d'Appello milanese, in riforma della pronuncia di primo grado, ordina all'Ufficiale dello Stato Civile del Comune di Milano «la trascrizione dei due atti di nascita riguardanti i minori (...) e (...) in quanto detti atti, formati in (...) secondo la legge di quello Stato, non appaiono contrari all'ordine pubblico».

¹³⁸ Cass., n. 19599/2016, § 9, cit.

¹³⁹ Cass., n. 19599/2016, § 9, cit.

be incidere, accogliendo soluzioni di segno contrario ad esse. Tali regole sarebbero costituite: 1) dai divieti inderogabili contenuti nella l. n. 40/2005; 2) dall'attribuzione della qualifica di madre soltanto a colei che ha partorito (e non anche alla donatrice degli ovuli); 3) dalla mancata attribuzione alle coppie dello stesso sesso della facoltà di accedere alla procreazione medicalmente assistita e di allevare figli (disposizione, questa, seconda un'avveduta dottrina¹⁴⁰, di dubbia legittimità costituzionale).

Ma queste regole - qui sta il punto decisivo - non hanno un fondamento costituzionale; non sono, come si è espressa la Cassazione¹⁴¹, a «rime costituzionali obbligate». Il legislatore ha compiuto scelte discrezionali modificabili. Egli in futuro, senza violare la Costituzione, potrebbe ammettere la surroga biologica di maternità a titolo gratuito, consentire l'accesso alla procreazione medicalmente assistita a persone dello stesso sesso e ammettere le coppie in unione civile al procedimento di adozione piena (prima denominata «legittimante»).

Tra l'altro è doveroso sottolineare che la vicenda delle due madri di cui discorriamo non può essere ricondotta alla surroga biologica di maternità né alla procreazione eterologa. Qui la donna che porta a termine la gravidanza si impegna a consegnare il nato alla coppia committente, non assumendosi la responsabilità della crescita. Lì c'è, invece, condivisione di un progetto di genitorialità; la donna che partorisce tiene il figlio per sé, sebbene non vi sia con quest'ultimo alcun legame genetico. Quella che dona l'ovulo, diversamente dalla donazione nell'ambito della procreazione eterologa, vuole instaurare (e non negare) il legame di filiazione con il nato¹⁴².

¹⁴⁰ C. CAMARDI, *Diritti fondamentali e «status» della persona*, cit., 43, dopo aver analizzato le fattispecie in cui lo stato di figlio si costituisce con riferimento a due genitori dello stesso sesso (cfr. anche *infra* cap. III-sez. III, § 4), ovvero il caso di affidamento familiare a una coppia omosessuale (art. 2 l. n. 184/1983) e la giurisprudenza della Corte EDU, conclude che, oggi, difficilmente possa essere messa in discussione la capacità genitoriale degli omosessuali. Di conseguenza, considerato anche il fatto che la relazione omosessuale ha piena rilevanza giuridica, come conferma la legge n. 76/2016, si può dubitare della legittimità costituzionale della disposizione (l'art. 5 l. n. 40/2004) che vieta alle coppie omosessuali - in unione civile o conviventi di fatto - di accedere alla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo. Secondo l'autrice la disposizione confliggerebbe con l'art. 2 Cost. e con la normativa CEDU in quanto discriminatorio rispetto alle coppie omosessuali. La incostituzionalità riguarderebbe la coppia composta da due donne di cui una di esse condurrebbe la gravidanza. Due uomini dovrebbero, invece, avvalersi di una madre surrogata, quindi di una pratica vietata nel nostro ordinamento.

¹⁴¹ Cass., n. 19599/2016, § 9, cit.

¹⁴² Afferma correttamente Cass., n. 19599/2016, § 10.2, cit., che la condivisione del progetto genitoriale da parte della donna che ha donato gli ovuli rende inapplicabile alla fattispecie concreta l'art. 9, co. 3, l. n. 40/2005 la quale impedisce al donatore di gameti di acquisire relazioni giuridiche parentali con il nato, di far valere diritti o di acquisire obblighi nei suoi confronti. Chi dona i gameti affinché possa essere praticata

Questa operazione procreativa, ammessa in Spagna e vietata in Italia, potrebbe essere introdotta con legge nel nostro Paese senza suscitare problemi di costituzionalità. Ciò merita di essere rimarcato: la filiazione più diffusa è certamente quella che si costituisce con genitori di sesso diverso, ma la Costituzione italiana non impedisce la formazione dello stato di figlio con persone dello stesso sesso.

Anche il divieto posto a carico delle coppie dello stesso sesso di accedere alla procreazione medicalmente assistita (art. 5 l. n. 40/2005) non è una regola espressiva dell'ordine pubblico internazionale, perché ancora una volta non è imposto dalla Costituzione¹⁴³. Esiste, invece, come si è cercato di argomentare, il diritto alla conservazione dello stato di figlio e il diritto di mantenere il rapporto esistente con i soggetti che si sono comportati come fossero genitori o che, per lo stato straniero, sono i genitori. Diritti, questi, attuativi e al contempo espressivi del principio del preminente interesse del minore.

C'è un'ultima questione che non può essere trascurata, forse la più delicata: se la regola millenaria secondo cui è madre colei che ha partorito (e che si presume aver trasmesso il patrimonio genetico) sia manifestazione di un principio costituzionale. Se così fosse il legislatore non potrebbe consentire in futuro (ma neppure la giurisprudenza nel tempo presente) che sia attribuito lo *status* di madre a una donna diversa dalla gestante.

Ebbene è oltremodo difficile dimostrare che la Costituzione tuteli soltanto la maternità quale esito del parto, dovendosi considerare irrilevante la trasmissione del patrimonio genetico contenuto nell'ovulo della donna, diversa dalla gestante, che si sia assunta *ab origine* la responsabilità della nascita. Uno dei pregi della nostra Carta Fondamentale è quello di contenere disposizioni aperte al cambiamento socio-

la procreazione eterologa è mosso da un intento altruistico nei confronti di chi non può avere figli naturalmente, non intendendo egli stesso diventare genitore. L'atto donativo è funzionale alla realizzazione di un progetto genitoriale altrui, pertanto è ovvio che il legislatore abbia vietato al donante di far valere il legame genetico con il nato per acquisire lo status di genitore o per rivendicare diritti. La fattispecie creata dalle due donne sposate in Spagna che accedono alla fecondazione assistita, venendo coinvolte entrambe nella generazione, è, dunque, del tutto diversa dalla mera procreazione eterologa. Essa, nel diritto italiano, non è presa in considerazione da una norma espressa e la soluzione più immediata, ma semplicistica, è quella di considerarla contraria all'ordine pubblico perché in contrasto con l'art. 269, co. 3, c.c. È questa una risposta che non solo non tiene conto dell'evoluzione normativa nella materia della filiazione, ma omette del tutto la valutazione del preminente interesse del minore. Una valutazione, quest'ultima, che rifugge dalla logica della norma generale e astratta, ponendo al centro dell'attività ermeneutica l'individuo minore di età e il contesto fattuale in cui il problema giuridico si pone.

¹⁴³ Dalla pronuncia della Corte d'App. Milano, decr. 28.10.2016, n. 3990, cit., si desume chiaramente l'irrelevanza del divieto italiano della surroga di maternità ai fini della conservazione dello stato di figlio legittimamente formato all'estero. La Corte d'App. riprende, condividendolo in pieno, il passaggio sulla nozione di ordine pubblico internazionale accolta da Cass. n. 19599/2016.

culturale e tecnologico. L'art. 31, co. 2, Cost. protegge in generale la maternità, senza specificare di quale maternità si tratti; se di quella basata sulla gravidanza ovvero sull'elemento della trasmissione del patrimonio genetico o, ancora, dell'assunzione della responsabilità procreativa¹⁴⁴. Se questa interpretazione è corretta, diventa decisiva una domanda: c'è stata un'evoluzione normativa che consenta di ritenere giuridicamente rilevante, ai fini dell'attribuzione della maternità, il legame genetico con la donna che non abbia partorito e che si sia assunta la responsabilità della procreazione (medicalmente assistita)?

La risposta positiva trae argomento da alcuni elementi di novità che connotano il sistema della filiazione. Nell'esaminarli si deve sottolineare particolarmente un aspetto della fattispecie concreta su cui si è pronunciata la Cassazione¹⁴⁵: le due donne sposate - una ha partorito, l'altra ha fornito l'ovulo fecondato dal seme di un terzo - hanno condiviso il progetto di diventare entrambe genitori e hanno cresciuto insieme il figlio fino al momento del divorzio consensuale pronunciato in Spagna.

Sulle disposizioni che valorizzano la relazione sorta tra il minore e chi è genitore o si è comportato come tale ci siamo già soffermati. La donna che ha donato l'ovulo ha assunto lo *status* di genitore e si è comportata come madre in conformità al diritto spagnolo. Quel che rileva dal lato dell'ordinamento italiano è il profilo non già formale dello stato di figlio, ma sostanziale attinente al legame instauratosi tra i due soggetti. Legame che non può essere ignorato, altrimenti si finisce col ledere il diritto del minore alla vita familiare e il diritto del medesimo all'identità personale, con contestuale inevitabile violazione del principio del preminente interesse del minore¹⁴⁶.

Ma c'è di più: il legame genetico si intreccia con il diritto all'iden-

¹⁴⁴ In un'operazione di surroga biologica di maternità che coinvolge tre donne - una che intende diventare genitore ma è sterile e infertile, un'altra che dona il proprio ovulo e un'altra ancora che si dichiara disponibile a condurre la gravidanza - la maternità deve essere riconosciuta alla donna che si è assunta la responsabilità della nascita, pur non essendo legata geneticamente al nato né avendo partorito. Questo schema, rifiutato dall'ordinamento italiano, viene praticato in altri Paesi, che hanno scisso la genitorialità dalla trasmissione del patrimonio genetico e dal parto.

¹⁴⁵ Cass., n. 19599/2016, cit.

¹⁴⁶ Non si può negare che il mancato riconoscimento in Italia dello *status* di figlio, legittimamente costituitosi nei confronti di due madri o di due padri che, per anni, abbiano adempiuto ai doveri genitoriali, determini una violazione del preminente interesse del minore. Il quale vedrebbe la sua famiglia de-formalizzata, attraverso la perdita di una figura genitoriale che, nella sostanza, è stata ed è ancora tale. Il principio del preminente interesse del minore impone al giudice di non applicare modelli ideali di famiglia, né quello preminente nel nostro Paese, ma di decidere senza paternalismi, attuando i diritti fondamentali del minore. La Costituzione non restringe i modelli familiari soltanto al matrimonio, escludendo la legittimità di ogni altra struttura familiare. Non è questo il tenore letterale né il significato del disposto dell'art. 29 Cost., come si vedrà meglio nelle considerazioni conclusive di questo volume monografico.

tità personale. Il quale, a sua volta, comprende il diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini¹⁴⁷ e il diritto del nato ad essere allevato nella propria famiglia di origine, essendo l'adozione piena una *extrema ratio*¹⁴⁸.

In tale cornice il legislatore della riforma della filiazione 2012/

¹⁴⁷ Corte cost., n. 278/2013, cit. , Corte afferma che «anche il diritto del figlio a conoscere le proprie origini - e ad accedere alla propria storia parentale - costituisce un elemento significativo nel sistema costituzionale di tutela della persona, come pure riconosciuto in varie pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo. E il relativo bisogno di conoscenza rappresenta uno di quegli aspetti della personalità che possono condizionare l'intimo atteggiamento e la stessa vita di relazione di una persona in quanto tale» (corsivo mio). Posta questa premessa sul nesso che può esservi tra la conoscenza delle proprie origini e il proprio benessere intimo e relazionale, la Consulta distingue opportunamente tra «genitorialità giuridica» e «genitorialità naturale». Quest'ultima, a seguito di una risposta positiva all'interpello rivolto alla madre naturale, può svilupparsi attraverso i contatti tra il figlio adottato e la madre genetica. I giudici costituzionali hanno tenuto nella giusta considerazione la sentenza della Corte EDU, 25.9.2012, *causa Godelli c. Italia*, ric. n. 33783/09, in www.echr.coe.int, riuscendo a sostenere che l'anonimato non è più irreversibile, potendo essere oggetto di un ripensamento da parte della madre genetica su sollecitazione del figlio. Naturalmente la madre anonima può confermare la propria scelta di un tempo, conservando così il proprio anonimato. Ad ogni modo questa pronuncia conferma la rilevanza giuridica del legame biologico, il quale può giustificare l'inizio di una genitorialità di fatto che si affianca a quella giuridica. È interessante osservare che qui il legame genetico, il quale non ha dato fondamento *ab initio* alla costituzione dello stato di figlio a causa dell'esercizio del diritto all'anonimato, ritorna quale causa della genitorialità di fatto. La filiazione vive talvolta una tensione tra la situazione giuridica eretta sull'assunzione di responsabilità e il bisogno del figlio di ricercare le proprie origini naturali. In certi casi questi due piani sono inscindibili e il diritto deve aprire, come è stato fatto grazie alla Corte costituzionale, alla compenetrazione tra gli stessi. Cfr. anche Corte EDU, 14.1.2016, *affaire Mandet c. France*, ric. n. 30955/12, in www.echr.coe.int. Nel caso di specie non vi è stata condanna dello Stato francese, poiché i giudici, correttamente, avevano valorizzato il diritto del minore di conoscere la verità sulle sue origini biologiche, pur garantendo, in pari tempo, la continuità con la famiglia con la quale il minore aveva sempre vissuto. In questa pronuncia la Corte EDU ribadisce una interpretazione consolidata dell'art. 8 Cedu: «la «vie privée», au sens de l'article 8 del la Convention, peut intégrer des aspects de l'identité non seulement physique mais aussi sociale de l'individu (voir, par exemple, *Mennensson c. France*, n. 65192/11, § 46, CEDH 2014). Cela inclut la filiation dans laquelle s'inscrit chaque individu (ibidem), la Cour ayant du reste plus précisément jugé que la reconnaissance comme l'annulation d'un lien de filiation touche directement à l'identité de l'homme ou de la femme dont la parenté est en question (voir, par exemple, *Rasmussen c. Danemark*, 28 novembre 1984, § 33, série A no 87, I.L.V. c. Roumanie (déc.), no 4901/04, § 33, 24 août 2010, *Kruškovic, précité*, § 18, et *Canonne c. France (déc.)*, no 22037/13, § 25, 2 juin 2015). En outre, en tant que moyen d'identification personnelle et de rattachement à une famille, le nom d'une personne concerne la vie privée et familiale de celle-ci (voir, par exemple, *Burghartz c. Suisse*, 22 février 1994, § 24, série A no 280-B, et *Stjerna c. Finlande*, 25 novembre 1994, § 37, série A no 299-B)».

¹⁴⁸ Questo principio è consolidato in giurisprudenza. Più di recente cfr. Cass., n. 7391/2016, in *Fam. e dir.*, 2016, 7, 704, secondo cui l'adozione è una misura eccezionale che non può essere disposta semplicemente per inserire il minore in un altro contesto familiare più favorevole. Occorre che vi siano circostanziati elementi fattuali,

2013, proprio a tutela del diritto all'identità personale quale riflesso del legame genetico, ha stabilito l'imprescrittibilità dell'azione di stato soltanto con riguardo al figlio (artt. 244, co. 5, 263, co. 2, e 270, co. 1, c.c.).

Ora, nel caso che ha originato queste riflessioni, non solo sussisteva il legame genetico con la donna che ha donato l'ovulo, ma si era creato con la medesima anche un legame affettivo. Due elementi, questi, giuridicamente rilevanti nell'ordinamento italiano che non sono affatto scalzati dall'art. 269, co. 3, c.c. - la cui disposizione ha un valore solo probatorio, non costitutivo¹⁴⁹ - quale espressione di un principio di ordine pubblico. Anzi essi dimostrano come, nell'ambito della filiazione, con particolare riferimento alla genitorialità, sia difficile costruire un sistema di regole rigide, espressive dell'ordine pubblico internazionale. Ciò non deve stupire perché il principio del preminente interesse del minore, per sua natura, contribuisce a ridisegnare gli equilibri normativi e l'interpretazione delle disposizioni di legge rilevanti nella fattispecie concreta.

Ne va della certezza del diritto? No, se la regola trovata (l'*invenire* del giurista) è in armonia con l'evoluzione dell'ordinamento giuridico.

Non vi è alcun ostacolo alla trascrizione dell'atto di nascita straniero da cui risultino due madri o due padri. Non va considerato tale neppure quello secondo cui le unioni omosessuali sarebbero tutelate dalla Costituzione - all'art. 2 - soltanto «come relazione orizzontale tra persone maggiorenni»¹⁵⁰ e non anche come formazione sociale in cui possa crescere un minore adottivo o figlio della coppia medesima.

Non è possibile desumere dalla Costituzione la preclusione per le coppie omosessuali di assumere lo *status* di genitori. La scelta legislativa di non ammettere le unioni tra persone dello stesso sesso alla procreazione medicalmente assistita (art. 5 c.c.) «non esprime una opzione

idonei a dimostrare il pregiudizio per il figlio e, quindi, l'inidoneità dei genitori a svolgere il loro ruolo. Fatti che palesino la situazione irreversibile di abbandono morale e materiale.

¹⁴⁹ L. LENTI, *Unione civile, convivenza omosessuale e filiazione*, cit., 1714 e 1717, riprende questo passaggio di Cass. n. 19599/2016, cit., per rilevare come esso «apra la strada alla possibilità di riconoscere la maternità solo genetica, ricorrendo alla dichiarazione giudiziale, di un bambino partorito in Italia da una donna non sposata, per il quale si è formato l'atto di nascita di figlio della puerpera». Quindi nel caso qui discusso delle due donne che condividono un progetto di genitorialità, lo realizzano all'estero con l'ovocita di una di esse e gli spermatozoi un donatore anonimo, con parto in Italia, l'autore, nella consapevolezza dell'opinabilità dell'operazione ermeneutica, ritiene che la madre solo genetica (che non ha partorito) possa costituire lo stato di figlio attraverso l'azione di dichiarazione giudiziale di maternità (art. 269 c.c.). Così la donna che ha partorito sarà madre ai sensi dell'art. 269, co. 3, c.c., pur non essendo legata geneticamente al nato e la donna che non ha partorito formalizzerà lo stato di figlio giudizialmente.

¹⁵⁰ Cass., n. 19599/2016, § 12, cit.

costituzionalmente obbligata»¹⁵¹, pertanto non si tratta di una regola costitutiva dell'ordine pubblico internazionale. Anzi - argomenta la Cassazione - se le unioni omosessuali sono formazioni sociali all'interno delle quali la persona svolge la sua personalità e se ciascun componente della coppia ha diritto di diventare genitore e di formare una famiglia, diritto «espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi (artt. 2, 3 e 31 Cost.)», deve escludersi che per tali unioni vi sia un divieto costituzionale «di accogliere e anche di generare figli»¹⁵².

Si aggiunga che, secondo un'altra pronuncia della Cassazione¹⁵³, non ci sono certezze scientifiche né dati di esperienza secondo cui è dannoso per il minore crescere in una compagine familiare incentrata su una coppia omosessuale. Coerentemente la giurisprudenza, sia di merito che di legittimità, ha ammesso l'adozione in casi particolari del figlio del partner da parte dell'omosessuale (cfr. *amplius* cap. III-sez. III, § 4).

C'è un ultimo aspetto nient'affatto trascurabile che contribuisce a giustificare la soluzione della trascrivibilità dell'atto di nascita, ben sintetizzato dalle parole della Cassazione: «la famiglia è sempre più intesa come *comunità di affetti*, incentrata sui rapporti concreti che si instaurano tra i suoi componenti: al diritto spetta di tutelare proprio tali rapporti, ricercando un equilibrio che permetta di contemperare gli interessi eventualmente in conflitto, avendo sempre come riferimento, ove ricorra, il prevalente interesse del minore» [corsivo aggiunto]¹⁵⁴.

¹⁵¹ Cass., n. 19599/2016, § 12.1, cit.

¹⁵² Cass., n. 19599/2016, § 12.1, cit., ricorda le parole della Corte costituzionale (sent. n. 166/1998, rel. F. Conti) in cui già si sottolinea che «il matrimonio non costituisce più elemento di discriminazione nei rapporti tra coniugi e figli (...) essendo identico il contenuto dei doveri, oltre che dei diritti, degli uni nei confronti degli altri».

¹⁵³ Cass., n. 601/2013, in *Fam. e dir.*, 2013, 6, 570, con nota di F. RUSCELLO, *Quando il pregiudizio è... nella valutazione del pregiudizio! A proposito dell'affidamento della prole alla madre omosessuale*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 5, 10432, con nota di C. MURGO, *Affidamento del figlio naturale e convivenza omosessuale dell'affidatario: l'interesse del minore come criterio esclusivo*.

¹⁵⁴ Cass., n. 19599/2016, § 12.1, cit. In un'altra pronuncia, antecedente alla legge n. 76/2016, Cass., n. 4184/2012, *Foro it.*, 2012, I, 2756 ss., con nota di R. ROMBOLI, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso: gli effetti nel nostro ordinamento dei «dicta» della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'interpretazione della Corte di Cassazione*, in *Notariato*, 2012, 5, 504 ss., con nota di E. CALÒ, *Sul matrimonio omosessuale un grand arret della Cassazione: come dovrà ora comportarsi il Notaio?*, in *Fam. e dir.*, 2012, 7, 665 ss., con nota di M. GATTUSO, «Matrimonio», «famiglia» e orientamento sessuale: la Cassazione recepisce la «doppia svolta» della Corte europea dei diritti dell'uomo, in *Giur. it.*, 2012, 8-9, 1 ss. (versione *Leggi d'Italia on line*), con nota di E. CALEVI, *Unioni same-sex: dall'inesistenza all'inidoneità a produrre effetti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 7-8, 20461 ss., con nota di E. BERGAMINI, *Riconoscimento ed effetti in Italia di un matrimonio tra persone dello*

La Corte EDU ha più volte affermato che l'esistenza della vita familiare non postula necessariamente il coniugio o la parentela¹⁵⁵; se la relazione tra i soggetti è tale da costituire un legame familiare di fatto, si rientra nell'ambito applicativo nell'art. 8 Cedu. Anche le relazioni omosessuali devono essere comprese nella nozione di vita familiare¹⁵⁶; come pure deve essere considerata famiglia quella composta da due genitori dello stesso sesso.

Il tessuto normativo appena descritto giustifica la trascrivibilità dell'atto di nascita non solo nel caso sopra esaminato delle due madri sposate (una genetica, l'altra biologica avendo condotto la gravidanza), ma anche in quello in cui il secondo genitore - che ha condiviso il progetto di genitorialità - non sia legato geneticamente al nato. È trascrivibile in Italia l'atto di nascita legittimamente formato in un paese straniero dal quale risultano due padri: uno genetico, l'altro partecipe dell'assunzione dei doveri genitoriali¹⁵⁷.

Questa conclusione si fonda su tre elementi: 1) sul concetto di or-

steso sesso contratto all'estero: la recente evoluzione della giurisprudenza italiana, in *Fam. pers. e succ.*, 2012, 12, 1 ss. (versione in *Leggi d'Italia on line*), con nota di F. R. FANTETTI, *Il diritto degli omosessuali di vivere liberamente una condizione di coppia*, afferma che il matrimonio tra persone dello stesso sesso non è più reputato dalla nostra giurisprudenza inesistente né invalido per contrarietà a norme imperative, ma solo improduttivo di effetti giuridici, giacché manca una disposizione specifica che ammetta tale fattispecie matrimoniale. Prima di quest'ultimo intervento della Cassazione, la Corte cost., 15.4.2010, n. 138 (rel.: A. Criscuolo), in *Fam. pers. succ.* (versione in *Leggi d'Italia on line*), 2011, 3, 1 ss., con nota di F. R. FANTETTI, *Il principio di non discriminazione e il riconoscimento giuridico del matrimonio tra persone dello stesso sesso*, ha ammesso l'esistenza di punti di contatto tra la relazione omosessuale e quella tra coniugi. La Consulta, pur non ritenendo che il matrimonio *same sex* abbia un fondamento costituzionale, riserva a sé la possibilità di intervenire a tutela di specifiche situazioni riguardanti la coppia omosessuale. «Può accadere [si legge nella sentenza] che, in relazione ad ipotesi particolari, sia riscontrabile la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale, trattamento che questa Corte può garantire con il controllo di ragionevolezza». Com'è noto, il legislatore ha scelto con la citata legge n. 76 del 2016 di non estendere il matrimonio alle unioni dello stesso sesso, ma di dedicare loro un istituto *ad hoc*, modellato sul matrimonio, denominato unione civile.

¹⁵⁵ Corte EDU, 26.6. 2014, *Menesson c. France*, ric. n. 65192/11, cit.; Corte EDU, 26.5.2014, *Labassee c. France*, ric. n. 65941/11, cit.

¹⁵⁶ Corte EDU, 24.6.2010, *causa Schalk e Kopf c. Austria*, ric. n. 30141/04 e Corte EDU, *Grand chamber*, 19.2.2013, *case of X and Others v. Austria*, ric. n. 19010/07, in www.echr.coe.int.

¹⁵⁷ Corte d'App. di Trento, ord., 27.2.20117, cit. Nel caso di specie una coppia di uomini spostati accedono in un paese straniero alla PMA e si avvalgono della surroga biologica di maternità a titolo gratuito. Essi ottengono la collaborazione di due donne: una fornisce gli ovuli, fecondati con il seme di uno dei due uomini, l'altra riceve l'impianto degli embrioni e conduce a termine la gravidanza. Nascono due gemelli. La coppia di uomini ottiene dalla *Superior Court of Justice* il riconoscimento della relazione genitoriale col nato anche nei riguardi dell'uomo al medesimo non legato geneticamente. Così la *Superior Court of Justice* ordina l'integrazione dell'atto di nascita. La Corte italiana riconosce l'efficacia in Italia di questa pronuncia, ritenendo compa-

dine pubblico internazionale sopra tratteggiato, con riguardo al quale deve concludersi che la regola italiana della diversità di sesso dei due genitori non è di necessaria derivazione costituzionale; 2) sulla necessità di «escludere che nel nostro ordinamento vi sia un modello di genitorialità esclusivamente fondato sul legame biologico fra il genitore e il nato»¹⁵⁸; 3) sul diritto fondamentale del figlio alla continuità dello *status filiationis*.

Si è parlato in dottrina¹⁵⁹ di una «genitorialità nuova che non «vuole», né del resto potrebbe, riprodurre i ruoli tradizionali del padre e della madre». Il figlio vive in una compagine familiare composta da due madri o da due padri. Ciò che rende un soggetto genitore non è più soltanto l'aver generato o l'aver partorito, ma anche l'essersi preso cura del nato. E l'ordinamento giuridico ha attratto a sé in modi diversi, come si vedrà ulteriormente in seguito, quest'ultima situazione della vita umana a prescindere dalla diversità di sesso delle figure genitoriali.

Non si tratta di una contraddizione da respingere in quanto innaturale, ma di una diversità nella struttura familiare, non cristallizzata in un modello unico; una diversità giustificabile nel quadro mutevole del diritto.

tibile con l'ordine pubblico internazionale e con lo sviluppo della filiazione nel diritto interno la presenza di due genitori dello stesso sesso. Di conseguenza l'atto di nascita deve essere trascritto anche in Italia.

¹⁵⁸ Così Corte d'App. di Trento, ord., 27.2.2017, cit.

¹⁵⁹ C. CAMARDI, *Diritti fondamentali e «status» della persona*, cit., 38-39, afferma che «nella coppia genitoriale *same-sex* non vi è affatto una redistribuzione dei ruoli del padre e della madre, né una sorta di *imitatio naturae* che potrebbe indurre che potrebbe indurre uno dei due a rivestire un ruolo contrario alla propria identità sessuale; ma entrambi sono padri o madri in relazione all'identità sessuale. Sarebbe come dire che la differenza dei ruoli genitoriali, derivanti dalla «naturale» differenza di sesso, non è più contenuto necessario della genitorialità, riconducendosi quest'ultima alle capacità di cura piuttosto che alla differenza sessuale».

CAPITOLO III

TUTELE

Sezione I

Esercizio pregiudizievole della responsabilità genitoriale

SOMMARIO: - 1. Strumenti di tutela dei diritti dei figli. La distrazione dei redditi. - 2. La decadenza dalla responsabilità genitoriale: i presupposti. - 3. (*Segue*) - La competenza e la vis attractiva del tribunale ordinario. - 4. (*Segue*) Effetti della decadenza e reintegrazione. - 5. Allontanamento del figlio, affidamento familiare e rilevanza delle «relazioni socio-affettive». - 6. Condotta pregiudizievole per il figlio. - 7. Misure a tutela del patrimonio del figlio. - 8. Il procedimento relativo alle misure ablativo o limitative della responsabilità genitoriale: cenni. - 9. Ordini di protezione contro gli abusi familiari: ratio e tutela del figlio. - 10 (*Segue*) La nozione di abuso familiare. - 11. (*Segue*) Il rapporto tra i diversi ordini di protezione e la tutela più efficiente nel sistema familiare. - 12. (*Segue*) Il procedimento: cenni.

1. STRUMENTI DI TUTELA DEI DIRITTI DEI FIGLI. LA DISTRAZIONE DEI REDDITI.

I diritti dei figli, rafforzati e ampliati dalla riforma 2012/2013, sono garantiti da un sistema protettivo sul quale il legislatore, da ultimo, non ha ritenuto di intervenire, salvo su qualche profilo di cui si dirà. Esso si compone di disposizioni di diritto penale e di diversi strumenti di natura privatistica¹.

Quanto alle prime, è sufficiente limitarsi a un elenco: violazione degli obblighi di assistenza familiare (art. 570 c.p.); abuso dei mezzi di

¹ G. BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, cit., 360 ss.; G. FERRANDO, *Diritto di famiglia*, cit., 283 ss. e 303 ss. Questi autori, soprattutto Bonilini, esaminano nel loro complesso gli strumenti di salvaguardia dei diritti dei figli. La lettura di queste pagine è interessante, in quanto, come si vedrà più avanti, da esse possono ricavarsi spunti per individuare linee di fondo comuni a tali strumenti di tutela.

correzione o di disciplina (art. 571 c.p.); maltrattamento dei fanciulli (art. 572 c.p.), con pena aumentata se dal fatto deriva una lesione personale grave o gravissima; abbandono di un minore di anni quattordici o di una persona incapace per malattia di mente o di corpo (art. 591 c.p.).

Sono articoli che, oltre a produrre un effetto deterrente, svolgono una funzione afflittiva e repressiva del soggetto autore dei comportamenti criminosi.

I rimedi privatistici, invece, sono volti non tanto a punire i genitori, ma essenzialmente a proteggere il minore di età, anche in via preventiva rispetto a un pericolo di danno. Non rileva, perciò, l'elemento soggettivo del dolo o della colpa, bensì il fatto obiettivo del pregiudizio (cfr. *infra* § 2).

Si distingue, nell'ambito dei rimedi civilistici, tra quelli risarcitori e cautelativi, da un lato, e quelli contro l'esercizio abusivo o pregiudizievole della responsabilità genitoriale, dall'altro². Afferiscono a questi ultimi la decadenza dalla responsabilità genitoriale (art. 330 c.c., cfr. *infra* §§ 2-3), i provvedimenti atipici a tutela del minore (art. 333 c.c., cfr. *infra* § 5) e la rimozione dall'amministrazione del patrimonio del minore (art. 334 c.c., cfr. *infra* § 7).

Quanto alla possibilità di chiedere il risarcimento del danno nelle relazioni familiari, la tutela risarcitoria del minore è stata ammessa dalla giurisprudenza non molti anni addietro. La Cassazione, con la sentenza n. 7713/2000³, ha riconosciuto il danno esistenziale subito dal

² C. M. BIANCA, *La famiglia*, cit., 352.

³ Pubblicata in *Danno e resp.*, 2000, 8, 9, 835 ss., con nota di P. G. MONATERI, *Il danno esistenziale «arriva» in Cassazione*, in *Corr. giur.* 2000, 7, 873 ss., con nota di G. DE MARZO, *La Cassazione e il danno esistenziale*, in *Fam. e dir.*, 2001, 2, 159, con nota di M. DOGLIOTTI, *La famiglia e l' "altro" diritto: Responsabilità civile, danno biologico, danno esistenziale*, in *Danno e resp.*, 2000, 835, con note di P. G. MONATERI, *Alle soglie: la prima vittoria in Cassazione del danno esistenziale*, e di G. PONZANELLI, *Attenzione: non è danno esistenziale, ma vera e propria pena privata*, in *Resp. civ. e prev.*, con nota di P. ZIVIZ., 2000, 923 ss., *Continua il cammino del danno esistenziale*. Questa pronuncia della Cassazione, che ha destato grande interesse nella dottrina, è degna di particolare attenzione non tanto perché discorre di danno esistenziale, ma in ragione della acquisita consapevolezza della imprescindibile tutela dei diritti fondamentali, la quale non poteva trovare ostacoli nella interpretazione restrittiva, allora vigente, dell'art. 2059 c.c. Com'è noto, la riserva di legge di cui all'art. 2059 c.c., cui è condizionata la risarcibilità del danno non patrimoniale, è stata intesa per molto tempo nel senso di richiedere una disposizione normativa che selezionasse un bene giuridico e prevedesse espressamente la risarcibilità del danno non patrimoniale in caso di lesione dello stesso. Non solo: anche il contenuto del danno non patrimoniale era inteso in modo piuttosto angusto, soltanto come *pecunia doloris*. In questo contesto interpretativo, si è espanso l'ambito applicativo dell'art. 2043 c.c., disposizione, questa, ritenuta applicabile, per un certo tempo, anche per risarcire i danni non patrimoniali causati in conseguenza della lesione di una posizione giuridica soggettiva protetta dalla Costituzione. Dunque l'art. 2043 c.c., nonostante la presenza di un'espressa disposizione sui presupposti della risarcibilità del danno non patrimoniale (l'art. 2059 c.c.), è stato interpretato, facendo leva sulla clausola generale dell'ingiustizia del danno, in senso am-

minore a causa della noncuranza del padre, il quale, per un verso, non aveva compiuto il riconoscimento, per l'altro, nonostante la costituzione formale dello stato di figlio tramite la dichiarazione giudiziale, aveva continuato, ostinatamente, a non corrispondere il mantenimento al proprio figlio.

Sul punto si tornerà in seguito, soprattutto per chiarire il diritto fatto valere in giudizio dal figlio e le condizioni della sua risarcibilità (cfr. *amplius infra* cap. III-sez. III, § 7). Interessa però sottolineare fin da subito come l'affermazione progressiva e sempre più estesa, quanto alle voci di danno, della tutela risarcitoria nella famiglia (si pensi alla prima pronuncia della Cassazione sul danno non patrimoniale da decesso del convivente *more uxorio*)⁴ abbia, anch'essa, contribuito all'e-

pio così da diventare presidio dei diritti fondamentali attraverso la risarcibilità dei danni non patrimoniali. Tutti conoscono l'evoluzione interpretativa che ha riguardato l'art. 2059 c.c., culminata con una pronuncia delle Sezioni unite della Cassazione del 2008 n. 26972. Evoluzione in verità ancora vivace, soprattutto per quanto concerne la rilevanza del danno esistenziale. Non è il caso di insistere su questa amplissima tematica, se non per quanto interesserà di più, in seguito, il nostro tema della tutela dei diritti dei figli sotto il profilo risarcitorio.

⁴ Cass., n. 2988/1994, in *Leggi d'Italia on line*, nell'indicare i presupposti della rilevanza giuridica della convivenza *more uxorio*, utilizza più volte il termine famiglia. Si afferma in motivazione quanto segue: «appare ovvio come non sia sufficiente, perché si possa parlare di *famiglia* di fatto, la semplice coabitazione, dovendosi far riferimento ad una relazione interpersonale, con carattere di tendenziale stabilità, di natura effettiva e *parafamiliare* che, come nell'ambito di una qualsiasi *famiglia*, si espliciti in una comunanza di vita e di interessi e nella reciproca assistenza morale e materiale». La necessaria esistenza di questi caratteri fa sì che, ai fini della prova della convivenza assimilabile a quella coniugale, non sia sufficiente né l'atto notorio, né le mere risultanze anagrafiche. La Suprema Corte, a fondamento della risarcibilità del danno morale subito dal convivente superstite, afferma inoltre che: «Non può esservi dubbio che anche la perdita del convivente *more uxorio* determina nell'altro una particolare sofferenza, un patema d'animo analogo a quello che si ingenera nell'ambito della *famiglia* (...)». La Cassazione ammette altresì, non quale conseguenza automatica della morte del convivente *more uxorio*, la risarcibilità del danno patrimoniale. E su quest'ultimo aspetto non manca nella pronuncia un parallelismo con il dovere di contribuzione del coniuge sotto il profilo dell'onera della prova.

In dottrina sono molte le voci che, sia pur con accenti diversi, hanno constatato quanto meno un avvicinamento del contenuto della convivenza *more uxorio* a quello della convivenza tra coniugi. Cfr.: P. PERLINGIERI, *La famiglia senza matrimonio tra l'irrelevanza giuridica e l'equiparazione alla famiglia legittima*, in *Una legislazione per la famiglia di fatto?*, Napoli, 1988, 136 ss.; L. MENGONI, *La famiglia in una società complessa*, in *Iustitia*, 1990, 4 ss., parlava proprio di «un avvicinamento tra la famiglia legittima e la cosiddetta famiglia di fatto»; F. PROSPERI, *La famiglia non fondata sul matrimonio*, Camerino-Napoli, 1980; A. FALZEA, *Problemi attuali della famiglia di fatto*, in AA.VV., *Atti del convegno di Pontremoli (27-30/5/1976)*, Napoli, 1988, 51 ss.; E. ROPPO, *Famiglia di fatto* (voce), in *Enc. giur. Treccani*, Torino, 1989; G. FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, Milano, 1979, 285 ss.; M. DOGLIOTTI, voce *famiglia di fatto*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VIII, Torino, 1992, 192; F. D. BUSNELLI-M. SANTILLI, *La famiglia di fatto*, in *Comm. Cian- Oppo- Trabucchi*, Padova, 1993, 759 ss.; R. TOMMASINI, *La famiglia di fatto, Il diritto di famiglia*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Bessone, Torino, 1999, I, 503 s.; L. BALESTRA, *La famiglia di fatto*, Padova, 2004.

voluzione del concetto di famiglia o, se si vuole, più semplicemente, ad attribuire rilevanza a certi rapporti di fatto.

Tornando ai rimedi, per non frammentare il filo del discorso, quelli cautelari, diversamente dal risarcimento del danno, si collocano per così dire a monte della fattispecie concreta. Essi consentono di attuare una cautela, appunto, in funzione preventiva di una probabile condotta illegittima.

È opportuno richiamare alcune disposizioni. In caso di fondato timore di perdere la garanzia del proprio credito, il genitore adempiente nei confronti del figlio può chiedere il sequestro conservativo (artt. 2905-2906 c.c.) dei beni dell'obbligato al mantenimento del medesimo (art. 671 c.p.c.). L'art. 8, co. 1, l. div., a tutela dei diritti economici del figlio (e del coniuge), prevede che il tribunale possa imporre all'obbligato di prestare «idonea garanzia reale o personale», qualora vi sia il pericolo che egli possa sottrarsi ai suoi obblighi patrimoniali.

Vi è inoltre uno strumento, di natura non cautelare, particolarmente efficace a tutela del diritto del figlio di essere mantenuto: è l'ordine di distrazione dei redditi dell'obbligato. L'art. 156, co. 6, c.c., con una disposizione ritenuta dalla giurisprudenza di legittimità applicabile anche al caso di mancato pagamento di somme dovute per il mantenimento dei figli minori⁵, stabilisce che il giudice possa ordinare a terzi «tenuti a corrispondere anche periodicamente somme di danaro all'obbligato, che una parte di esse venga versata direttamente agli aventi diritto». Il presupposto della corresponsione ad opera del terzo è l'inadempimento da parte dell'obbligato al mantenimento. La distrazione giudiziale svolge pertanto una funzione di garanzia dell'assegno di

⁵ Cass., n. 10813/1996, in *Giur. it.*, 1997, 12 (versione in Leggi d'Italia on line), con nota di F. PARENTE, *L'ordine giudiziale di pagamento a tutela del contributo per il mantenimento della prole nella separazione personale*. Il problema nasce dal fatto che gli effetti della separazione personale tra i coniugi riguardo ai figli sono disciplinati dall'art. 155 c.c. (che, per effetto della riforma 2012/2013, rinvia al capo II del titolo IX del libro primo) che non prevede il versamento diretto, mentre, invece, l'ordine di distrazione è contenuto nell'art. 156 c.c. attinente agli effetti della separazione sui rapporti patrimoniali tra i coniugi. Cass, n. 10813/1996, cit., motiva la decisione considerando che «l'assegno a favore del coniuge affidatario è di regola comprensivo sia delle somme dovute a titolo di mantenimento del coniuge privo di adeguati redditi propri, sia di quelle dovute a titolo di contributo nel mantenimento della prole, e, quand'anche [l'assegno] consista solo in quest'ultimo contributo, rappresenta pur sempre un credito dell'altro coniuge e la sua corresponsione da parte dell'obbligato si inserisce, necessariamente, nella disciplina dei rapporti patrimoniali tra coniugi, salva restando la destinazione delle relative somme» (in senso conforme cfr. Cass., n. 6557/1997, in *Leggi d'Italia on line*). Parente rileva, tuttavia, come la diversa localizzazione topografica non sia d'ostacolo a ritenere applicabile l'ordine giudiziale di distrazione anche a garanzia del mantenimento dei figli. Egli richiama un'autorevole dottrina (in particolare G. GABRIELLI, *L'ordine giudiziale di pagare a familiari del creditore*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, 466 9 ss.) che ha argomentato da dati normativi diretti e indiretti.

mantenimento e ha, secondo la tesi preferibile, natura solutoria e non già esecutivo-espropriativa⁶.

La distrazione consta di un ordine giudiziale impartito al terzo debitore del genitore, tenuto al mantenimento, di pagare all'altro genitore (l'assegnatario) una parte del debito. L'assegnatario diviene titolare di una propria pretesa creditoria in funzione di garanzia del diritto del minore di essere mantenuto, ma, secondo un'autorevole dottrina⁷, la distrazione «non rende [l'assegnatario] parte del rapporto dal quale scaturisce il credito distratto, né lo rende cessionario del diritto spettante al suo debitore». La distrazione va ricondotta nello schema dell'azione diretta, cosicché il debitore non viene pregiudicato dalla stessa, potendo opporre all'assegnatario tutte le eccezioni che avrebbe potuto opporre al creditore originario.

Generalmente i terzi (*debitores debitoris*) cui allude la disposizione sono il datore di lavoro dell'obbligato, il conduttore di un immobile di proprietà dello stesso, ma anche, secondo la dottrina, il debitore di una somma determinata non necessariamente a prestazioni periodiche⁸.

L'art. 156, co. 6, c.c. è chiaro nello stabilire che può essere distratta soltanto una «parte» del credito (non l'intero reddito) vantato dal coniuge debitore. Questa regola è frutto di un bilanciamento tra la pretesa del coniuge e del figlio al mantenimento e le esigenze della famiglia, comprese quelle del genitore obbligato.

Rileva la dottrina⁹ che la necessaria parzialità della distrazione non esclude che, in presenza di più cespiti produttori di reddito, la distrazione possa avere a oggetto un intero credito. È dubbio, invece, se all'istituto della distrazione siano applicabili i limiti di espropriabilità previsti dal codice di rito per i crediti di lavoro (cfr. art. 545 c.p.c.).

Il decreto di distrazione, da notificare agli interessati e al terzo *debitor debitoris*, costituisce titolo esecutivo. Esso può essere opposto nel termine di venti giorni dalla notifica, nelle forme dell'opposizione a decreto ingiuntivo, atto quest'ultimo che instaura un giudizio ordinario di cognizione (art. 316-*bis*, coo. 3 e 4, c.c.).

Stabilisce, infine, l'ultimo comma dell'art. 316-*bis* c.c. che «Le

⁶ L. BARBIERA, *I diritti patrimoniali dei separati e dei divorziati*, Bologna, 1993, 120.

⁷ C. M. BIANCA, *La famiglia*, cit., 352, ritiene che la distrazione debba intendersi effettuata pro solvendo, pertanto se il terzo debitore è insolvente, l'assegnatario conserva il proprio diritto di rivolgersi al genitore inadempiente per ottenere il pagamento (p. 353).

⁸ M. DOGLIOTTI, *La separazione giudiziale*, in *Tratt. Bonilini-Cattaneo*, 1997, I, 557 ss. L'art. 156, co. 6, c.c. fa riferimento a terzi «tenuti a corrispondere anche periodicamente somme di danaro», quindi può trattarsi altresì di somme dovute in un'unica soluzione.

⁹ C. M. BIANCA, *La famiglia*, cit., 353-354.

parti e il terzo possono sempre chiedere, con le forme del processo ordinario, la modificazione e la revoca» del decreto di distrazione. Va osservato che sono ancora attuali le critiche contro le difformità normative tra l'art. 156, co. 6, c.c. e l'art. 148 c.c. nella parte in cui richiama dell'art. 316-*bis*, co. 2, c.c., nonostante la riforma 2012/2013¹⁰. Il problema, invece, dell'efficacia dell'ordine di distrazione nei confronti del terzo, è giunto ad una adeguata soluzione in dottrina¹¹.

Anche la legge sul divorzio (come novellata nel 1987), all'art. 8, co. 3, prevede lo strumento della distrazione, il quale, tuttavia, è stato disciplinato diversamente. La novella ha introdotto un meccanismo complesso, che consta di una pluralità di fasi procedurali, sia giudiziali che stragiudiziali¹².

Manca l'ordine del giudice. Questi i diversi passaggi attuativi della distrazione: 1) l'avvio spetta all'ex coniuge creditore, il quale costituisce in mora il coniuge debitore a mezzo raccomandata con avviso di ricevimento. Presupposto è l'inadempimento che deve riguardare un periodo di almeno trenta giorni (perciò il mancato pagamento di una rata dell'assegno); 2) la notifica al terzo del provvedimento in cui è sta-

¹⁰ F. PARENTE, *L'ordine giudiziale di pagamento a tutela del contributo per il mantenimento della prole nella separazione personale*, cit., 2 (versione *on line*), rileva che l'ordine giudiziale di pagamento di cui all'art. 156, co. 6, c.c. rispetto a quello previsto dall'art. 148, co. 2, c.c. (oggi art. 148 e art. 316-*bis*, co. 2 in combinato disposto) si differenzia in ordine all'oggetto. Il primo fa riferimento alle «somme di denaro» dovute dal terzo all'obbligato, mentre, nel secondo, l'ordine di pagamento ha ad oggetto «una quota dei redditi dell'obbligato». Orbene, rileva esattamente Parente: «tali differenti caratteri dell'oggetto non appaiono giustificabili, alla luce della comparazione teleologica delle fattispecie, per l'identità dell'interesse protetto, rappresentato - in entrambe le ipotesi - dal diritto al mantenimento del figlio. Siffatto diritto, infatti, non può sottoporsi a diverso trattamento a seconda dello stato del rapporto coniugale - di convivenza o di separazione personale - dei genitori».

¹¹ F. PARENTE, *op. cit.*, 3-4 (versione *on line*), chiarisce che se il terzo non può partecipare al giudizio di separazione, stante il carattere personalissimo della relativa azione, di conseguenza il provvedimento di distrazione «non può avere efficacia di giudicato nei confronti del terzo, né può obbligare quest'ultimo a pagare al coniuge avente diritto. Ove il terzo contesti il suo debito verso il coniuge obbligato, il distrattario dovrà agire nei suoi confronti in via ordinaria per accertarne la posizione debitoria. Tuttavia, la notifica al terzo dell'ordine di distrazione, da un lato, rende operante verso il medesimo lo *ius exigendi* del coniuge creditore; dall'altro, impone al terzo il pagamento diretto a favore del coniuge distrattario, escludendone l'effetto liberatorio verso quest'ultimo, qualora egli abbia adempiuto l'intera prestazione al coniuge obbligato alla corresponsione dell'assegno».

¹² F. PARENTE, *op. loc. cit.* rileva come lo strumento di garanzia in parola non sia riconducibile all'ordine di pagamento, ma alla diversa tecnica «dell'efficacia diretta verso il terzo ... del provvedimento in cui è stabilita la misura dell'assegno, subordinatamente al rispetto di determinati oneri comportamentali da parte dell'avente diritto. Limitatamente all'assegno di divorzio, pertanto, l'evoluzione legislativa ha innovato radicalmente l'originario strumento di protezione della posizione creditizia del coniuge percipiente, trasformando la misura solutoria in meccanismo esecutivo, rimesso all'autonomia del coniuge creditore».

bilita la misura dell'assegno (*id est*: della pronuncia di divorzio, del decreto ex art. 9 l. div. di modifica delle condizioni di divorzio o, in corso di causa, dell'ordinanza presidenziale); 3) l'invito a versare direttamente al coniuge creditore le somme dovute.

Si presti attenzione al fatto che il terzo *debitor debitoris* deve essere tenuto a corrispondere somme periodiche (ad es.: un datore di lavoro), il che esclude l'applicabilità dello strumento nei confronti di un terzo che sia debitore di una somma *una tantum*. Questa limitazione, difficile da giustificare, non è prevista nell'ordine di distrazione disciplinato dall'art. 156, co. 6, c.c., dove anzi si lascia intendere, mediante l'espressione «anche periodicamente», che possa trattarsi di somma dovuta dal terzo in unica soluzione.

È eccessivo in questa sede soffermarsi sull'eventualità che il terzo non adempia o sulla tutela del debitore qualora il terzo ottemperi all'invito rivoltogli. Solo su quest'ultimo profilo, è stato rilevato che la mancata previsione dell'ordine giudiziale, da un lato, rende certamente più snella la misura, ma dall'altro diminuisce le garanzie per il coniuge obbligato. Difatti l'insussistenza di un preventivo vaglio giudiziale sull'*an* e sul *quantum* dell'inadempimento espone il coniuge debitore a un ingiustificato depauperamento del proprio reddito, cui rimediare attraverso un'azione di accertamento nei confronti del creditore e del terzo sull'insussistenza dell'inadempimento o sull'inesatto adempimento.

L'ordine di distrazione può essere disposto anche al di fuori dei procedimenti relativi alla separazione e al divorzio¹³. L'art. 316-*bis*, co. 2, c.c. stabilisce che, in caso di inadempimento dell'obbligo di mantenere i figli, il Presidente del tribunale «può ordinare con decreto che una quota dei redditi dell'obbligato, in proporzione degli stessi, sia versata direttamente all'altro genitore o a chi sopporta le spese per il mantenimento, l'istruzione e l'educazione della prole».

È da osservare che mentre l'art. 156 c.c. postula un provvedimento di separazione personale, inosservato nella parte riguardante il mantenimento del figlio, l'art. 316-*bis* c.c., da un lato, prescinde dalla separazione, dall'altro, consente l'esperibilità del rimedio al genitore (non solo al coniuge); quindi anche all'interno della convivenza *more uxorio* in caso di inadempimento dell'obbligo di mantenere il figlio. Si tratta di un'applicazione, sul piano rimediale, del principio di unicità dello stato di figlio.

Che la tutela di quest'ultimo sia del tutto sganciata dal matrimonio, emerge nettamente già dal disposto dall'art. 30, co. 1, Cost., che individua il fondamento dei diritti e dei doveri dei genitori nei confronti della prole direttamente nel fatto procreativo. L'intensificarsi della tutela del figlio ha, quale conseguenza, l'ampliamento della rilevanza dei modelli familiari diversi dal matrimonio. Si è già fatto riferimento

¹³ C. M. BIANCA, *La famiglia*, cit., 352-353.

innanzi alla figura del genitore sociale (sulla quale si tornerà *infra* cap. III- sez. III, §§ 4 e 6), il cui rilievo è giustificato dalla necessità di proteggere un rapporto di fatto nell'interesse preminente del minore di età. Ma siffatto rapporto, svoltosi nel tempo alla stregua di quello con il genitore biologico - come se il partner di quest'ultimo fosse stato anch'egli genitore - è maturato all'interno di una compagine da qualificare come famiglia.

Si è insistito in queste pagine sul nesso tra evoluzione del diritto della filiazione e delle forme attraverso cui vive la famiglia nella storia. Questo legame è alla base del principio della unicità dello stato di figlio e delle tutele che interessano quest'ultimo. L'estensione del concetto di parentela anche al figlio nato fuori del matrimonio (artt. 74 e 258 c.c.) è dipeso non solo dall'esigenza di attuare il principio di uguaglianza tra i figli, ma anche - ed è una ragione più nascosta nel dibattito dottrinale - dalla necessità di dare rilievo giuridico ai rapporti del minore con altri soggetti diversi dai genitori. Soggetti che il minore considera come membri della propria famiglia (come i nonni, i cugini).

Il discorso deve proseguire sul terreno delle tecniche di salvaguardia dei diritti dei figli, per dimostrare, una volta di più, come siano i diritti e le esigenze dei figli a condizionare l'interesse della famiglia delineato dai genitori e non viceversa, come, invece, avveniva un tempo in cui i valori giuridici imperanti erano la disuguaglianza e la gerarchia. Valori ritenuti essenziali per garantire la stabilità e l'unità della famiglia.

2. LA DECADENZA DALLA RESPONSABILITÀ GENITORIALE: I PRESUPPOSTI.

I figli vedono attuarsi i propri diritti attraverso la dialettica con i genitori, che si svolge tramite l'esercizio della responsabilità genitoriale. La quale è, perciò, strumentale all'adempimento dei doveri genitoriali. La responsabilità, se correttamente esercitata, garantisce alla prole la crescita in un ambiente familiare sereno, il rispetto delle aspirazioni, l'assistenza morale e la tutela della salute.

In ragione del legame esistente tra effettività dei diritti del figlio, adempimento dei doveri ed esercizio della responsabilità genitoriale, il legislatore ha apprestato diversi strumenti di tutela della prole incidenti sulla responsabilità, quando quest'ultima smarrisce la sua funzione poc'anzi ricordata (artt. 330, 333, 334 c.c.).

L'art. 330 c.c. prevede la decadenza dalla responsabilità genitoriale, rimedio, questo, che incide maggiormente sul rapporto genitore-figlio.

Per interpretare tale articolo è utile ribadire quanto già sostenuto in queste pagine: 1) l'intreccio tra diritti del minore, doveri dei genitori ed esercizio funzionalizzato della responsabilità genitoriale (artt. 147, 315-*bis*, 316, co. 1, c.c.); 2) l'inquadramento dell'interesse preminente del minore in una prospettiva relazionale, tale per cui la conservazione e il recupero del legame con i genitori è l'obiettivo prioritario dell'ordinamento giuridico, anche quando è necessario ridurre o eliminare i

contatti con un genitore (si pensi rispettivamente all'allontanamento del genitore o all'istituto dell'affidamento familiare, cfr. *infra* § 5). Allo stesso tempo, però, la protezione del minore deve essere massima, senza indulgere a interpretazioni che rischino di pregiudicare il medesimo a beneficio dell'interesse dell'adulto.

Il contesto sistematico induce a ritenere che la decadenza dalla responsabilità genitoriale sia una misura estrema, ablativa della titolarità, che postula una valutazione giudiziale di inadeguatezza del genitore a far crescere il figlio in un ambiente familiare rispettoso della sua dignità e personalità.

Dalla decadenza vanno tenuti distinti i provvedimenti limitativi della responsabilità, che possono interessare anche un singolo atto (art. 333 c.c.) e l'istituto della rimozione dall'amministrazione del patrimonio dei figli, in cui il genitore rimosso perde l'esercizio non già la titolarità della responsabilità con riguardo agli atti patrimoniali (art. 334 c.c.).

I presupposti della decadenza, a ben vedere alludono, di per sé, agli aspetti appena sopra sottolineati: il collegamento tra diritti del figlio e doveri dei genitori e l'*extrema ratio* della misura protettiva. Secondo l'art. 330, co. 1, c.c. occorre, infatti, in via concorrente¹⁴: a) che i genitori abbiano violato o trascurato i doveri inerenti alla responsabilità genitoriale ovvero abusato dei relativi poteri; b) il verificarsi di un grave pregiudizio per il figlio.

Violare e trascurare può dipendere da condotte commissive o anche solo omissive¹⁵ del genitore sia nei confronti del figlio che dell'altro genitore¹⁶.

¹⁴ M. PARADISO, *Potestà dei genitori, abuso e «interesse morale e materiale della prole»*, cit., 214-215, respinge giustamente quelle impostazioni dottrinali che ritengono sufficiente presupposto del provvedimento di decadenza il grave pregiudizio del minore. Piuttosto, continua l'autore, a fronte di un pregiudizio o di un serio pericolo per il minore, è applicabile anzitutto l'art. 333 c.c. che consente al giudice di emanare i «provvedimenti convenienti», ma anche, come vedremo, l'art. 342-ter c.c. Sul problema della sovrapposizione tra l'art. 333 c.c. e l'art. 342-bis c.c. si rinvia *infra* al § 11.

¹⁵ Se un genitore, sia pur in dissenso, non protegge il proprio figlio dalle violenze sessuali subite dall'altro genitore, denunciandole, pone in essere una condotta omissiva idonea a giustificare la pronuncia di decadenza dalla responsabilità genitoriale a suo carico. È evidente, in questo caso, come il genitore che ometta la denuncia, restando incomprensibilmente inerte senza impedire la reiterazione della condotta criminosa, si dimostri incapace di proteggere l'incolumità fisica e morale del figlio; doveri, quest'ultimi, impliciti in quelli sanciti dall'art. 147 c.c. (cfr. Trib. Palermo, 5.8.1996, *Mass. in Leggi d'Italia on line*). L'assistenza morale e l'educazione, di cui fa menzione l'art. 147 c.c., hanno connotati in sé il dovere di proteggere e di favorire lo sviluppo della personalità del figlio. Si può ragionare analogamente con riguardo all'ipotesi in cui i genitori di una minorenni, affetta da una minorazione psichica, non si curino del comportamento irregolare della figlia, la quale intrattiene plurime relazioni sessuali senza capacità di porvi un freno.

¹⁶ Si pensi all'ipotesi in cui un genitore subisca violenza morale o fisica da parte dell'altro genitore alla presenza del figlio. Queste condotte, poiché verosimilmente so-

L'abuso del potere genitoriale è una fattispecie più sottile, meno indagata dalla dottrina nell'ipotesi specifica dell'art. 330¹⁷, forse perché essa, talvolta, finisce per non essere del tutto diversa della violazione dei doveri (art. 147 c.c.). È certamente abusiva la condotta del genitore con cui egli osservi solo formalmente il dovere, sviandolo, invece, dal perseguimento dell'interesse esclusivo del minore. Si pensi al genitore che imponga, di nascosto più che apertamente, scelte essenziali che sa non essere condivise dal figlio o non essere confacenti al suo carattere e alle sue inclinazioni, con conseguente violazione del dovere di rispettarne la personalità. C'è un nesso di strumentalità tra la responsabilità genitoriale, ufficio di diritto privato, e il bene giuridico dell'identità in formazione del minore. I genitori devono far emergere i tratti unici, distintivi del figlio, valorizzando le sue capacità, come si delineano sempre di più. L'identità, intesa in questo senso, ossia come bene giuridico non preesistente, ma da favorire, è un bene desumibile dalla Costituzione, dal codice civile (oggi più nettamente per effetto della riforma 2012/2013) e, a livello sovranazionale, dalle Con-

no causa di un grave pregiudizio al minore, determinano, ancora una volta, un'incapacità di avere cura e di proteggere il minore da traumi incidenti sulla crescita. L'autore di tali condotte viola certamente il dovere genitoriale, introdotto dalla riforma 2012/2013, di assistere moralmente i figli (cfr. Trib. min. l'Aquila, 15.6.2007, in *Giur. di mer.*, 2008, 134 ss., su un caso di maltrattamenti indiretti nei confronti del minore, il quale assisteva spesso ad aggressioni e violenze da parte del padre nei confronti della madre).

¹⁷ Molto ampia è, invece, letteratura sull'abuso del diritto in altri ambiti. La giurisprudenza, com'è noto, più di recente, ha applicato spesso la fattispecie dell'abuso quale tecnica rimediabile con riguardo in particolare al diritto commerciale, tributario e civile. Il tema dell'abuso del diritto pone questioni di grande complessità, quali il rapporto con il principio della buona fede nell'esecuzione del contratto e la supposta tipicità dei rimedi contrattuali. Cfr. almeno: P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998, il quale pubblica nel 1965 un celeberrimo saggio sulla rivista di diritto civile dedicato all'inquadramento sistematico dell'abuso del diritto, diventato un classico sul tema; S. PATTI, *Abuso del diritto* (voce), in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1987, I, 1 ss.; D. MESSINETTI, *Abuso del diritto* (voce), in *Enc. giur.*, Milano, 1988, 1 ss.; C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007.

Anche in giurisprudenza, le citazioni sarebbero numerose. Ci si limita a indicare una pronuncia che ha fatto discutere vivacemente la dottrina: Cass., n. 20106/2009 (sul caso Renault), in *Contr.*, 2010, 1, 5 ss., con nota di G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, ivi 2011, 1, 109 ss., con nota di A. GAMBARO-M. CENINI, *Abuso del diritto, risarcimento del danno e contratto: quando la chiarezza va in vacanza*. Questi e altri scritti, solo per brevità non richiamati, aiutano comunque a riflettere sulla fattispecie dell'abuso della responsabilità genitoriale. Il genitore abusa del proprio potere qualora questo sia stato sviato dalla sua funzione di valorizzare le capacità, le inclinazioni naturali e le aspirazioni del figlio. In sostanza i genitori perseguono, illegittimamente, finalità diverse ed ulteriori rispetto a quelle per le quali il potere è stato loro attribuito. Ciò determina un pregiudizio in capo al figlio. Ma si tratta di una fattispecie subdola, come del resto lo è l'abuso del diritto più in generale, perché i genitori, apparentemente esercitano correttamente la responsabilità genitoriale, sebbene nella sostanza la impiegano a danno del minore.

venzioni di New York e di Strasburgo, normative vigenti in Italia, più volte ricordate.

Nell'ipotesi di abuso della responsabilità genitoriale c'è prevaricazione¹⁸ e non già quella preveggente saggezza che si esprime nell'irrinunciabile dovere di «coltivare le capacità effettive, [di] correggere le inclinazioni disordinate, [di] suggerire un orientamento alle aspirazioni ancora indistinte o velleitarie»¹⁹.

Ma il discorso è più complesso e involge a fondo l'ambito applicativo della decadenza. L'elemento di complicazione è dato, com'è stato acutamente rilevato²⁰, dal «pluralismo e dalla frammentazione culturale e spirituale» che pervadono la società moderna, sempre più variegata negli stili di vita, complessa e contraddittoria. Ciò legittimerebbe il perseguimento da parte dei genitori di interessi non riconducibili al modello dominante, alle direttive sanitarie generalmente diffuse e, più in generale, alle consapevolezze e alle abitudini maggiormente condivise a livello nazionale o mondiale. Si pensi, solo per fare qualche esempio, ai genitori che rifiutino di sottoporre il figlio alle vaccinazioni obbligatorie, o che impongano una vita nomade o di arrestare gli studi alla scuola dell'obbligo o ancora che sconsiglino l'apprendimento delle lingue di altri paesi²¹.

¹⁸ M. PARADISO, *op. ult. cit.*, 217-218, isola, invece, quelle condotte, considerandole idonee a giustificare la decadenza dalla responsabilità genitoriale, che abbiano il solo scopo di nuocere o recare molestia al altri, sul modello dell'art. 833 c.c. (atti d'emulazione). L'autore sostiene che l'esercizio della responsabilità possa essere sindacato esclusivamente con riguardo all'interesse concreto perseguito dai genitori e non tanto sulla scelta del modello valoriale di fondo che questi intendano seguire. Questa tesi è senz'altro apprezzabile perché trova un punto di equilibrio tra la discrezionalità dei genitori nella scelta di linee culturali e spirituali nell'educazione dei figli, da salvaguardare contro imposizioni esterne, e la protezione della prole contro atti che abbiano il solo scopo di danneggiarli. L'autore, tuttavia, attento alle dinamiche del giudizio e allo scarto che talvolta c'è tra una distinzione concettuale e la possibilità di palesarla con nettezza in un processo, non manca di rilevare come sia labile il confine tra la valutazione dell'abuso e l'indebito sindacato di merito sui valori e sugli interessi posti a base dell'educazione.

¹⁹ M. PARADISO, *Potestà dei genitori, abuso e «interesse morale e materiale della prole»*, cit., 211.

²⁰ M. PARADISO, *op. ult. cit.*, 215.

²¹ Se, invece, sorge contrasto tra i genitori sulla scelta da assumere con riguardo a questioni di «particolare importanza», non trovano applicazione gli artt. 330, 330 c.c. Occorre, quindi, distinguere: se il contrasto è sorto nell'ambito di un contesto familiare caratterizzato da rapporti per così dire «fisiologici» nei loro risvolti, viene in rilievo, come si è già rilevato in queste pagine, l'art. 316 c.c. Se, invece, è già intervenuta una pronuncia di separazione o di divorzio o sia ancora pendente uno di tali procedimenti, si applicherà, come vedremo, l'art. 709-ter c.p.c. che consente al giudice di emanare «i provvedimenti opportuni». In tutti questi procedimenti è decisivo, qualora sia possibile e previsto dalla legge, l'ascolto del minore, per evitare una decisione giudiziale basata su considerazioni astratte, su regole di buon senso più o meno largamente condivise, ma - è questo il punto che interessa il giurista - del tutto svincolate da una «comprensione approfondita del minore». Assolutamente condivisibile è, pertanto, la

Certo, da un lato è difficile ritenere che, in queste ipotesi, sia sempre legittimo un provvedimento di decadenza dalla responsabilità genitoriale, se non negando ogni discrezionalità ai genitori, i quali sarebbero tenuti a seguire valori e modelli comunemente accolti. Dall'altro lato, però, i diritti e il principio del prevalente interesse del minore devono poter svolgere una funzione protettiva, ostacolando quelle violazioni dei doveri genitoriali che cagionino un grave pregiudizio del figlio. Il diritto di essere ascoltato, di essere assistito moralmente, di vedere rispettate le proprie inclinazioni naturali può ben contrastare una irragionevole e spropositata decisione dei genitori di non iscrivere il figlio all'università (artt. 147 e 315-*bis* c.c.). Magari non con la decadenza, ma con l'adozione di un provvedimento conveniente ai sensi dell'art. 333 c.c.

La condotta genitoriale, di per sé sola, non è sufficiente a giustificare la decadenza; essa deve essere causa di un grave pregiudizio. Si discute in dottrina se quest'ultimo rilevi solo se sia presente e attuale, oppure se sia sufficiente l'elevata probabilità del pregiudizio²². Nel primo senso si sono orientati molti autori. La seconda prospettazione è piuttosto delicata, perché - se si escludono casi del tutto particolari in cui appare condivisibile - rischia di attuare la decadenza a fronte della mera titolarità e non già dell'esercizio effettivamente dannoso della responsabilità²³.

Indubbiamente la fattispecie scolpita nell'art 330 c.c., anticipata nella mente del legislatore, è quella di uno o più atti di esercizio della responsabilità genitoriale gravemente pregiudizievoli per il figlio. Non si può escludere, tuttavia, che, in taluni casi limite, possa essere disposta la decadenza dalla responsabilità nel superiore interesse del minore.

Diversi studiosi²⁴ sostengono che la decadenza abbia non tanto

critica che F. TOMMASEO, *Conflitti tra genitori sulla scelta della scuola: quali criteri ha il giudice per valutare l'interesse del minore?* in *Fam. e dir.*, 2016, 8-9, 801 ss., rivolge a una pronuncia del tribunale di Milano che impone la scelta della scuola pubblica su quella privata, senza aver ascoltato la minore ed essenzialmente sulla base di valutazioni ideologiche del tutto sganciate dalla vicenda concreta. Si consideri che il contrasto tra i genitori era sull'iscrizione alle medie, ma nella stessa scuola privata dove erano state svolte le elementari. Dunque la prosecuzione della carriera scolastica nel medesimo istituto poteva avere, se ciò fosse stato confermato dal minore, una serie di risvolti positivi.

²² In giurisprudenza Corte d'App. Perugia, 27.2.1997, in *Leggi d'Italia on line*, ritiene rilevante il pericolo di un danno per il minore.

²³ M. PARADISO, *op. ult. cit.*, 214, sostiene la tesi secondo cui la decadenza è mezzo di tutela del minore in risposta all'esercizio abnorme della responsabilità genitoriale. Egli, da profondo conoscitore del diritto di famiglia, incline a privilegiare più la fattispecie concreta che quella legale, non manca di osservare che «se un padre ha usato violenza a una figlia, sarebbe assurdo attendere che abusi anche delle altre per adottare adeguati provvedimenti di tipo «preventivo» e la decadenza dalla potestà anche sugli altri figli appare certamente una conseguenza adeguata sul piano civilistico».

²⁴ A. BUCCIANTE, *La potestà dei genitori, la tutela e l'emancipazione*, in *Tratt. Rescigno*, Torino, 1982, III, 571; G. VILLA, *Potestà dei genitori e rapporti con i figli*, in

una funzione sanzionatoria, ossia di punire i genitori per la loro condotta, quanto piuttosto di evitare che il minore subisca in futuro altri gravi pregiudizi (funzione preventiva-protettiva). Di conseguenza è irrilevante l'elemento soggettivo del dolo o della colpa, essendo determinate solo l'obiettiva lesione del diritto e la produzione del grave pregiudizio.

Dalla casistica emerge come la decadenza sia stata pronunciata in risposta a situazioni che, all'evidenza, erano apparse fortemente pregiudizievoli per la prole. Naturalmente questa valutazione esige che il giudice esca dallo spazio lessicale della norma, per attingere la risposta dai valori dell'ordinamento, da regole giuridiche o diffusamente osservate tra i consociati²⁵. Vengono censurati comportamenti violenti e minacciosi nei confronti del figlio, ma anche, come si diceva, soltanto nei riguardi del coniuge (o del convivente *more uxorio*), quando siano tali da alterare l'atmosfera familiare nel suo complesso. Rilevano altresì l'incapacità di capire i bisogni del figlio, unita alla coartazione psicologica, l'abuso di sostanze stupefacenti e il disinteressamento verso il medesimo.

Nel provvedimento che dispone la decadenza dalla responsabilità genitoriale, vi può essere anche, ove vi siano gravi motivi, l'ordine di allontanamento del figlio dalla residenza familiare o, per effetto di una modifica introdotta nell'art. 330, co. 2, c.c. dalla legge n. 149/2001, del genitore o del convivente che maltratti o abusi del minore. Anche quest'intervento legislativo è sintomatico della prevalenza della tutela del figlio su qualsivoglia esigenza protettiva della famiglia o della posizione del singolo.

Con la previsione dell'ordine di allontanamento dell'adulto, il legislatore ha inteso evitare alla parte più debole della compagine familiare, già bersaglio di una condotta pregiudizievole, di subire l'ulteriore trauma di perdere il proprio spazio vitale e gli affetti a questo correlati²⁶.

Tratt. Bonilini-Cattaneo, Filiazione e adozione, Torino, 1997, III, 301. Più di recente ha sostenuto la funzione preventiva e protettiva dei provvedimenti di cui all'art. 330 c.c. C. MORETTI, *Il controllo giudiziario sull'esercizio della «responsabilità genitoriale»*, in *Tratt. di diritto di famiglia*, diretto da G. Bonilini, *La filiazione e l'adozione*, cit., 4198.

²⁵ Si pensi al caso dei genitori che nutrano ingiustificatamente il bambino soltanto con cibo vegano, riducendolo in fin di vita, ovvero che scelgano una terapia medica non tradizionale per curare malattie importanti.

²⁶ L'allontanamento dell'adulto, autore della condotta pregiudizievole, consente al minore di conservare il legame non soltanto con altri membri della famiglia conviventi, ma anche, se del caso, con altre persone residenti nello stesso stabile e nei dintorni. Frequentazioni che possono risultare anch'esse importanti per lo sviluppo della socialità del minore. Il rimedio ha, pertanto, la finalità di evitare il ripetersi dei comportamenti lesivi, salvaguardando al contempo l'assetto esistenziale del minore.

3. (SEGUE) LA COMPETENZA E LA VIS ATTRACTIVA DEL TRIBUNALE ORDINARIO.

Competente a disporre la decadenza è il tribunale per i minorenni, salvo in alcune significative ipotesi introdotte dalla legge n. 219/2012 con una modifica dell'art. 38 disp. att. c.c.

Il nuovo testo di quest'articolo, non chiarissimo nella sua formulazione²⁷, attribuisce al Tribunale ordinario la competenza a emettere i provvedimenti di cui all'art. 333 c.c. e quelli «contemplati dalle disposizioni richiamate nel primo periodo» - tra cui, secondo la Cassazione, vanno ricompresi anche i provvedimenti ex art. 330 c.c.²⁸ - qualora sia stato instaurato «tra le *stesse parti*, giudizio di separazione o divorzio o giudizio ai sensi dell'art. 316 del codice civile».

Interessa soffermarsi sulla nuova competenza del tribunale ordinario prevista in determinate ipotesi, sia perché si tratta di una misura processuale volta a garantire una tutela più efficiente dei diritti del minore, sia perché, come si diceva, la *littera legis* ha ingenerato dubbi sul suo ambito applicativo, tanto da richiedere ben presto l'intervento della Cassazione.

Esattamente, fin dall'entrata in vigore del novellato art. 38 disp. att. c.c., non è stato chiaro se il tribunale ordinario, già investito di un procedimento di separazione, di divorzio o ai sensi dell'art. 316 c.c., fosse competente a decidere anche sulla domanda di decadenza dalla responsabilità genitoriale ai sensi dell'art. 330 c.c., oppure se rimanesse competente il tribunale per i minorenni.

²⁷ Per un'analisi dei problemi processuali posti dalla riforma 2012/2013, con particolare riferimento all'art. 38 disp. att. c.c. cfr.: A. PROTO PISANI, *Note sul nuovo art. 38 disp. att. c.c. e sui problemi che esso determina*, 2013, V, 126 ss.; G. SCARSELLI, *La recente riforma in materia di filiazione: gli aspetti processuali*, in *Giusto proc.*, 2013, 215 ss.; F. TOMMASEO, *La nuova legge sulla filiazione: i profili processuali*, in *Fam. e dir.*, 2013, 255 ss.

²⁸ Cass., n. 1349/2015, in 2015, 10, 869, con nota di C. MARINO, *Ancora sulla competenza del giudice della separazione o del divorzio a conoscere le domande di potestate*, in *Fam. e dir.*, 2015, 7, 635 ss., con nota di G. BUFFONE, *Riparto di competenza tra T.O. e T.M. in materia di provvedimenti ablativi: iudicium finium regundorum della Cassazione*, in *Giur. it.*, 2015, 5, 1107, con nota di F. TIZI, *Potestà dei genitori-competenza del tribunale ordinario sull'azione di decadenza dalla responsabilità genitoriale*, rigetta la tesi che limita la competenza funzionale per attrazione del tribunale ordinario (che giudica sulla separazione, sul divorzio o ai sensi dell'art. 316 c.c.) solo all'art. 333 c.c. e non anche all'art. 330 c.c. La Cass. ritiene integrato il requisito «delle stesse parti», il quale non può essere escluso dalla partecipazione del pubblico ministero, solo se nel giudizio sull'affidamento del figlio minore e nell'azione ex artt. 330 e/o 333 c.c. siano parti i genitori. Si argomenta dal principio della concentrazione delle tutele e dal principio della «preminenza del diritto del minore a poter condurre la propria esistenza sulla base di provvedimenti giudiziali non equivoci e fondati su un unico accertamento dei fatti rilevanti per la decisione». Si insisterà più avanti sulla stretta connessione che c'è, e che deve essere virtuosa, tra diritto, rimedio e processo (cfr. *infra* § 12).

Secondo la Suprema Corte, il tribunale ordinario acquisisce, nelle predette ipotesi, la competenza a decidere oltre che della limitazione (art. 333), anche dell'ablazione della responsabilità genitoriale (art. 330 c.c.)²⁹. Qualora sia ancora in corso il giudizio di primo grado, la competenza spetta al tribunale già investito; se, invece, pende il termine per l'impugnazione o sia stato già proposto appello, la competenza è propria della Corte d'appello in composizione ordinaria³⁰.

Il fenomeno appena descritto è denominato dagli studiosi «competenza funzionale per attrazione», ma affinché essa possa operare, occorre che i procedimenti siano «tra le stesse parti». Pertanto permane la competenza del tribunale per i minorenni, soltanto qualora i provvedimenti di cui agli artt. 330 o 333 c.c. siano stati chiesti da soggetti diversi dai genitori e legittimati attivi ai sensi dell'art. 336 c.c.

È agevole rilevare che - se ne fa soltanto un cenno - vi sono ipotesi non espressamente previste dall'art. 38 disp. att. c.c. Secondo alcuni processualisti la *vis attractiva* dovrebbe operare, in ragione dell'identità di *ratio*, anche qualora sia pendente un procedimento per la revisione delle condizioni di separazione o di divorzio ai sensi dell'art. 710 c.p.c. Si deve, invece, ritenere ferma la competenza del tribunale per i minorenni se, dopo aver adito quest'ultimo ai sensi degli artt. 330 ss. c.c., sia proposta domanda al tribunale ordinario per ottenere la separazione, il divorzio o ai sensi dell'art. 316 c.c. Opinando diversamente avremmo un'evidente violazione del principio della *perpetuatio jurisdictionis*.

Va riconosciuto come la competenza del tribunale ordinario per attrazione sia una misura opportuna, che rafforza la tutela del minore, rendendola più sollecita. Il medesimo giudice è in condizione di valutare i fatti sotto più profili, traendo da essi conseguenze giuridiche diverse. Ad esempio nel procedimento di cui all'art. 316 c.c., potrà essere proposta domanda di decadenza di un genitore, di tal ché, all'esito

²⁹ Secondo il Trib. Milano, 3.10.2013, *Mass. in Leggi d'Italia on line*, non si può instaurare in via autonoma davanti al giudice ordinario «un giudizio riconducibile al quadro normativo dell'art. 317-bis c.c. [oggi art. 316 c.c.] quando sia ancora pendente innanzi al tribunale per i minorenni un procedimento ex art. 330 c.c., la cui naturale estensione applicativa e potenzialità decisoria sono tali da ricomprendere anche l'oggetto della domanda che al giudice ordinario viene (posteriormente) proposta».

³⁰ Afferma Cass., n. 1349/2015, cit., che la locuzione «per tutta la durata del processo», contenuta nell'art. 38, co. 1, disp. att. c.c., esclude la competenza del tribunale per i minorenni nelle fasi di quiescenza del processo (di separazione, di divorzio o ex art. 316 c.c.) dovute alla pendenza dei termini per l'impugnazione o all'insorgenza di cause interruttrive (artt. 295 ss. c.p.c.). Pertanto, se successivamente all'instaurazione di un giudizio di separazione o di divorzio o del giudizio ex art. 316 c.c. vengano proposte azioni ex artt. 333 e/o 330 c.c., quando sia pendente il termine per l'impugnazione o sia stato interposto appello avverso la decisione di primo grado, la competenza a conoscere è attribuita alla corte d'appello in composizione ordinaria. Sostiene una tesi diversa, ma in *obiter dictum*, Cass., n. 21633/2014, in *Foro it.*, 2015, 4, 1, 1240.

dello stesso, non si avrà solo la concentrazione della responsabilità genitoriale in capo a un genitore, ma anche, se del caso, la decadenza dalla responsabilità dell'altro.

Solo un breve riferimento a un'altra fattispecie che pure ha ingenerato incertezze, soprattutto di legittimità costituzionale. Per espressa previsione dell'art. 38, co. 1, disp. att. c.c., è competente esclusivamente il tribunale per i minorenni qualora sia stato violato il diritto degli ascendenti di avere rapporti significativi con i nipoti minorenni (art. 317-*bis*, co. 2, c.c.). Questo giudice adotta «i provvedimenti più idonei nell'esclusivo interesse del minore».

Secondo la Corte costituzionale, l'esclusione in quest'ultima fattispecie del cumulo processuale qualora penda un procedimento di separazione, di divorzio o ai sensi dell'art. 316 c.c. è perfettamente conforme alla Costituzione.³¹ I nonni dovranno, pertanto, adire il tribunale per i minorenni per salvaguardare la sfera giuridica soggettiva del nipote, in presenza di fatti gravi come quelli a base degli istituti di cui agli artt. 330 e 333 c.c.

La pronuncia è condivisibile perché incentrata sulla diversità delle situazioni che vengono in rilievo. I nonni agiscono per far valere un diritto loro attribuito dalla legge, pertanto, rispetto alle ipotesi di competenza funzionale per attrazione, non c'è una soluzione imposta dalla Costituzione, ma domina la discrezionalità del potere politico.

4. (SEGUE) EFFETTI DELLA DECADENZA E REINTEGRAZIONE.

Il genitore destinatario del provvedimento di decadenza perde non solo l'esercizio, ma ancor prima la titolarità della responsabilità genitoriale. Rimangono i doveri di natura sia economica, come il mantenimento³², che morali nei confronti del figlio.

³¹ La Corte cost., n. 194/2015 (rel.: P. Grossi), dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 38, co. 1, disp. att. c.c. sia sotto il profilo dell'eccesso di delega (artt. 76, 77 Cost.), che con riguardo alla ragionevole durata del processo (artt. 3 e 111 Cost.). Secondo la Consulta, la concentrazione processuale espressamente prevista dall'art. 38 cit. si basa sulla circostanza che le parti coinvolte in giudizio siano le stesse e sull'opportunità di consentire al giudice della crisi di coppia di adottare le misure più opportune per la migliore tutela dei figli. Inoltre - soggiunge la Corte - l'ascolto del minore avrebbe una finalità diversa nelle due fattispecie (*id est* in quelle della separazione/divorzio/art. 316 c.c., da un lato e dell'art. 317-*bis* c.c., dall'altro): per un verso, quanto alle prime, consentire al giudice di valutare a quale genitore affidare il minore stesso, per l'altro verso, con riferimento all'art. 317-*bis* c.c., far verificare dal trib. per i minorenni se l'interesse della prole «possa essere contemplato con l'autonomo diritto degli ascendenti» (si parla nella pronuncia di prospettiva «strabica»).

³² Cass. pen., n. 16559/2007, in *Fam. e dir.*, 2007, 10, 918 ss., con nota adesiva (con qualche dubbio sulla motivazione) di N. FOLLA, *Il genitore decaduto dalla potestà*

Il genitore, in sostanza, è privato completamente della capacità di assumere e di attuare decisioni riguardanti la vita del figlio, modificative del suo patrimonio, ma egli è sempre tenuto a seguirne l'esistenza, a tentare di recuperare un dialogo, a prestare assistenza morale nei limiti in cui la situazione concreta lo consenta. Tutto ciò attraverso l'ausilio del personale specializzato nel recupero del rapporto genitore-figlio.

Si vedrà come il rapporto con i Servizi sociali e con i professionisti medici è fondamentale al fine della reintegrazione nella responsabilità genitoriale (art. 332 c.c.). Occorre avere un atteggiamento collaborativo e, col tempo, sviluppare una decisa volontà di costruire un nuovo rapporto con il figlio. L'ordinamento, nell'interesse del minore, non chiude affatto le porte a questo recupero.

Se a decadere sono entrambi i genitori si apre la tutela del minore; istituito quest'ultimo applicabile quando per cause diverse dalla morte, come appunto la decadenza, i genitori non possono esercitare la responsabilità genitoriale (art. 343 c.c.).

Il genitore che decade vede estinguersi il diritto di usufrutto legale sui beni del figlio. Ciò si desume dall'art. 324, co.1, c.c. che collega, inscindibilmente, la titolarità di tale diritto all'esercizio della responsabilità genitoriale. Occorre sottolineare, tuttavia, che la responsabilità non è un potere unico e indivisibile. È ben possibile che la decadenza sia pronunciata nei riguardi di un solo figlio e non anche dell'altro.

Chi è dichiarato decaduto ai sensi dell'art. 330 c.c. diventa indegno a succedere *mortis causa* al figlio, se non è stato reintegrato nella responsabilità genitoriale alla data di apertura della successione. Così stabilisce il n. 3-bis) dell'art. 463 c.c. introdotto dalla legge n. 137/2005. Questo effetto legale della decadenza, di natura sanzionatoria, è coerente con la finalità dell'indegnità: escludere dalla successione chi abbia commesso atti gravissimi nei confronti del *de cuius*, tale da renderlo immeritevole di succedere «in una pluralità unificata di rapporti giuridici attivi e passivi»³³.

È utile aggiungere che l'indegnità costituisce causa di esclusione

perde i poteri ma non i doveri di assistenza familiare, secondo cui il genitore decaduto dalla potestà genitoriale risponde del delitto previsto dall'art. 570 c.p., consistente nell'aver fatto mancare i mezzi di sussistenza al figlio.

³³ G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 2009, I, 8 e 177. Si discute - ne dà atto l'autore - se la fattispecie della indegnità a succedere si applichi anche ai casi di decadenza dalla responsabilità genitoriale diversi da quelli previsti dell'art. 330 c.c., ai quali soltanto si riferisce il n. 3-bis dell'art. 463 c.c. Il riferimento è ai casi di decadenza previsti dal codice penale in conseguenza di determinati reati (cfr. artt. 32, co. 2, 34, co. 1, 564, co. 2 e 609-nonies, co. 1, c.p.). Capozzi aderisce alla tesi negativa sostenuta da altri autori. È da accogliere, sostiene l'autore, l'interpretazione letterale e restrittiva del n. 3-bis dell'art. 463 c.c., anche perché quest'ultima disposizione, prevedendo una sanzione, seppur di diritto di civile, ha carattere eccezionale e, in quanto tale, insuscettibile di un'interpretazione estensiva o analogica (cfr. p. 190). Si può aggiungere che il problema dell'ambito applicativo del n. 3-bis, come si vedrà *infra* nella sezione II del

dalla successione e non già di incapacità a succedere - dunque essa è fatto impeditivo della delazione - come pure diversi autori sostengono³⁴; pertanto, secondo la tesi accolta dalla dottrina prevalente e dalla Cassazione, un soggetto è indegno a succedere solo se sia intervenuta una sentenza costitutiva dell'indegnità³⁵, secondo l'antico brocardo secondo cui «*indignus potest capere sed non potest retinere*»³⁶.

Ebbene, un effetto così rilevante come l'indegnità a succedere, dovrebbe indurre l'interprete a ritenere ammissibile la domanda di decadenza dalla responsabilità genitoriale anche se i figli siano già divenuti maggiorenni³⁷. Questa opinione non tradisce affatto la funzione protettiva della decadenza e di tutela della dignità del figlio, anzi la rafforza, valorizzando più incisivamente l'effetto legale dell'esclusione del genitore (legittimario) dalla successione del figlio, previsto dal n. 3-*bis* dell'art. 463 c.c.

Un altro significativo effetto della decadenza, introdotto dalla legge n. 219/2012, è l'estinzione dell'obbligo di prestare gli alimenti a carico del figlio nei confronti del genitore decaduto dalla responsabilità genitoriale. Prima che venisse introdotta questa disposizione, non era chiaro se il figlio fosse tenuto a sollevare il proprio genitore decaduto dallo stato di bisogno. Il nuovo art. 448-*bis* c.c., invece, è netto: il grave pregiudizio subito dal minore e la conseguente decadenza dalla responsabilità genitoriale elide ogni dovere del figlio, finanche quello di essere solidale nei confronti del genitore in difficoltà economica. Il dovere di essere solidale si ripristina, come è giusto che sia in questa fattispecie, solo se interviene un provvedimento di reintegrazione nella responsabilità genitoriale.

presente capitolo, deve essere rivisto alla luce del nuovo articolo 448-*bis* c.c. secondo cui, a fronte della decadenza e per i fatti che non integrano i casi di indegnità di cui all'art. 463 c.c. il figlio può escludere il genitore dalla propria successione.

³⁴ Ne dà conto G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 178.

³⁵ Cass., n. 5402/2009, in *Fam. pers. succ.*, 2009, n. 12 (testo in *Leggi d'Italia on line*), *L'indegnità a succedere non è rilevabile d'ufficio*, afferma che «l'indegnità a succedere di cui all'art. 463 c.c., pur essendo operativa "ipso iure", deve essere dichiarata con sentenza costitutiva su domanda del soggetto interessato, atteso che essa non costituisce un'ipotesi di incapacità all'acquisto dell'eredità, ma solo una causa di esclusione dalla successione.

³⁶ Gli argomenti a sostegno della tesi prevalente della indegnità quale causa di esclusione dalla successione sono sintetizzati da G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 180, il quale pure accoglie tale tesi, anche perché - egli afferma - «il rilievo e la gravità della sanzione irrogata all'indegno confermano la necessità che essa sia conseguenza di un previo accertamento del giudice della causa di indegnità, e non dell'applicazione automatica della legge».

³⁷ Così Trib. per i minorenni Milano, 29.12.2010. Naturalmente deve ritenersi indegno a succedere quel genitore decaduto dalla responsabilità quando il figlio era minore, sebbene quest'ultimo sia morto maggiorenne.

L'art. 448-*bis* c.c. contiene un'altra disposizione innovativa che legittima il figlio (e i suoi discendenti prossimi), attraverso un'apposita disposizione testamentaria, a escludere dalla propria successione il genitore autore di «fatti che non integrano i casi di indegnità di cui all'art. 463 c.c.». La disposizione non precisa di quali fatti si debba trattare. Secondo parte della dottrina verrebbero in rilievo casi di decadenza diversi da quelli di cui all'art. 330 c.c., come quelli previsti dal codice penale quale sanzione accessoria alla pena prevista per determinati delitti (artt. 32, co. 2, 334 co. 1, 564 co. 2 e 609-*nonies* co. 1 n. 2 c.p.).

In tal modo si crea un doppio regime dell'esclusione dalla successione per fatti che determinano la decadenza. Per le ipotesi di cui all'art. 330 c.c., l'esclusione dalla successione necessita di una pronuncia giudiziale che accerti la causa di indegnità. Qui l'esclusione dall'eredità del figlio opererà anche se la successione di quest'ultimo si sia aperta per legge.

Se, invece, si tratta di una decadenza dalla responsabilità genitoriale conseguente a un fatto di reato, l'esclusione dalla successione necessiterebbe di una espressa clausola testamentaria, poiché, le ipotesi di decadenza dalla responsabilità genitoriale originate da un fatto di reato non sono sussumibili nel n. 3-*bis* dell'art. 463 c.c.

Come si vedrà più ampiamente nel cap. III-sez. II, § 4), l'art. 448-*bis* consente una vera e propria diseredazione (*id est*: l'esclusione dalla successione) di un soggetto legittimario. È necessario però approfondire il tema della delimitazione dell'ambito applicativo della disposizione in parola, soprattutto con riguardo ai fatti che giustifichino una disposizione testamentaria di esclusione dalla successione *mortis causa*.

La decadenza dalla responsabilità genitoriale, come si accennava, non è irreversibile. Il genitore decaduto può essere reintegrato nel suo ufficio con un provvedimento giudiziale. Il tribunale, ai sensi dell'art. 332 c.c., dovrà verificare due fatti concorrenti: 1) che siano cessate le ragioni per le quali la decadenza è stata pronunciata; 2) che sia escluso ogni pericolo di pregiudizio per il figlio.

Occorre, dunque, se si guarda al primo presupposto, «una situazione del tutto nuova»³⁸, ma ciò non è sufficiente ai fini della reintegrazione. Il ricorrente, ad esempio, non può limitarsi a provare di aver cessato l'assunzione di droghe o l'abuso di bevande alcoliche. Egli deve essere reputato dal giudice persona affidabile a curare gli interessi del figlio. Attraverso quest'ultima prova, si integra il secondo presupposto dell'esclusione del pericolo di ulteriori pregiudizi futuri per il minore.

Più esattamente, sempre con riguardo al secondo presupposto, il ricorrente deve provare indirettamente l'assenza del pericolo, attraverso la dimostrazione di un «rinnovato interesse verso il minore, espresso

³⁸ M. DOGLIOTTI, *La potestà dei genitori*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da N. Lipari-P. Rescigno, *La famiglia*, Milano, 2009, 602.

in comportamenti concreti e attivi (e non con mere intenzioni) volti a favorire lo sviluppo della sua personalità»³⁹. Queste parole colgono nel segno, svelando la ragione imprescindibile della reintegrazione. Il genitore, a seguito di un percorso psicologico di supporto, deve apparire una persona diversa - migliore - che abbia compreso e superato i propri errori e che sia riuscita a instaurare un rapporto sereno e positivo con il figlio.

Nel procedimento giudiziale di reintegrazione, il ricorrente versa non già annunci, ma i risultati ottenuti nella ricostruzione della relazione con il figlio. Del resto la decadenza poggia sull'esercizio pregiudizievole della responsabilità genitoriale, contrassegnato da violazioni dei doveri o da abuso di potere.

Insomma, il giudice, esaminate le sopravvenute circostanze rispetto a quelle poste a fondamento della decadenza⁴⁰, deve convincersi che sia certo⁴¹ o, più realisticamente, altamente probabile, che il genitore decaduto dalla responsabilità non reiteri più quelle condotte che ne hanno causato la decadenza⁴².

La reintegrazione nella responsabilità genitoriale è espressione di un generale indirizzo di politica del diritto che pone, quale valore preminente della crisi del rapporto genitore-figlio, un ritorno a una relazione regolare e virtuosa tra gli stessi, per una crescita equilibrata del minore.

Gli artt. 330 ss. c.c. non prevedono sanzioni a carico del genitore, ma strumenti di tutela del figlio che producono effetti, sempre reversibili, ablativi o limitativi della responsabilità genitoriale. Oltre alla reintegrazione appena esaminata, vi può essere la revoca di tutti i provvedimenti emessi ai sensi dell'art. 333, co. 1 e la riammissione nell'esercizio dell'amministrazione del patrimonio del minore (art. 335 c.c.).

Attua la medesima *policy* l'istituto dell'affidamento familiare, nella cui disciplina vi è un riferimento espresso al «recupero della famiglia d'origine» (art. 4, co. 4, l. n. 184/1983), ma anche l'affidamento condiviso (art. 337-ter, co. 2, c.c.) e la nuova disposizione che ha reso

³⁹ M. DOGLIOTTI, *La potestà dei genitori*, cit., 602.

⁴⁰ Cass., n. 5408/1985, *Mass.* in *Leggi d'Italia on line*. Il Trib. per i minorenni di Trieste, 25.1.2012 dichiara inammissibile la domanda perché la madre ha inteso non già far valere fatti sopravvenuti, ma ottenere una riforma della decisione contenuta nella sentenza della Corte d'Appello.

⁴¹ G. VILLA, *Potestà dei genitori e rapporti con i figli*, cit., 354; A. FINOCCHIARO-M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, Milano, 1984, II, 2189.

⁴² M. DOGLIOTTI, *La potestà dei genitori*, cit., 602, afferma che la pronuncia di reintegra nella responsabilità genitoriale non ha efficacia retroattiva. Il giudice può disporre, in aggiunta alla reintegra, la conferma del collocamento del minore fuori dalla casa familiare, mantenendo fermo il provvedimento di affidamento familiare; oppure egli può riammettere il figlio nell'abitazione dei genitori, prescrivendo cautele e prescrizioni cui questi ultimi dovranno attenersi.

modulabile l'affidamento esclusivo [(art. 337-*quater*, co. 3, c.c.), cfr. *amplius supra* cap. II- sez. I, § 17).

5. ALLONTANAMENTO DEL FIGLIO, AFFIDAMENTO FAMILIARE E RILEVANZA DELLE «RELAZIONI SOCIO-AFFETTIVE».

La decadenza dalla responsabilità genitoriale può, talvolta, non garantire un'adeguata protezione del figlio. Quando ciò accade il tribunale per i minorenni, oltre la decadenza, assume i seguenti provvedimenti: a) allontanamento, per gravi motivi, del figlio dalla residenza familiare, oppure; b) allontanamento del genitore o del convivente che maltratta o abusa del minore (art. 330, co. 2 c.c.).

Decadenza e allontanamento sono due misure emesse col medesimo provvedimento. L'art. 330, co. 2, c.c. esordisce con l'espressione «in tal caso», a voler richiamare quanto disposto dal comma 1. Pertanto se la domanda di decadenza è rigettata o non è proposta, il provvedimento giudiziale di allontanamento è inammissibile.

Allontanare il figlio dalla casa familiare è una misura estrema, che necessita di gravi motivi. Uno di essi è lo stato di abbandono del minore, determinato non già dalle condizioni di indigenza dei genitori (cfr. art. 31 Cost.), ma dalla mancanza di assistenza morale e materiale (cfr. art. 8 l. adoz.).

I maltrattamenti giustificano, naturalmente, l'allontanamento del figlio.

L'art. 330, co. 2, c.c. prevede anche la possibilità di allontanare il genitore o il convivente che maltratta o abusa del minore. Queste due ipotesi, come si diceva innanzi, sono state opportunamente introdotte dalla legge n. 149/2001. È evidente che la conservazione della casa di abitazione evita al minore l'ulteriore pregiudizio di doversi adeguare a una nuova sistemazione, con tutte le difficoltà, privazioni e limitazioni che ne possono conseguire.

Il convivente cui fa menzione l'art. 330, co. 2, c.c. non è il genitore, ma è un soggetto che vive con il minorenne. Pertanto va da sé che l'allontanamento del primo non può presupporre un provvedimento di decadenza dalla responsabilità genitoriale. Deve perciò ammettersi, ameno in questa ipotesi, l'ammissibilità della sola domanda di allontanamento del convivente proposta al tribunale per i minorenni.

Mentre le ragioni dell'allontanamento del minore sono atipiche, purché vi siano gravi motivi alla base del provvedimento (che postula la decadenza dalla responsabilità), l'allontanamento del genitore è legato al maltrattamento o all'abuso del minore.

Il maltrattamento di cui all'art. 330, co. 2, c.c. richiama la fattispecie penalistica dell'art. 572 c.p., ma va escluso, a maggior tutela del minore, che debba esserci perfetta coincidenza tra il piano della rilevanza civile e quello della rilevanza penale. L'abuso del minore allude,

invece, all'abuso sessuale, ma anche - secondo la dottrina⁴³ - agli abusi familiari di cui all'art. 342-*bis* c.c. o all'abuso dei mezzi di correzione (art. 571 c.p.). Sul problema del rapporto tra l'allontanamento di cui agli artt. 330, co. 2, c.c. e 333, co. 1, c.c. e l'istituto degli ordini di protezione contro gli abusi familiari (artt. 342-*bis*-342-*ter* c.c.) si tornerà *infra* nel paragrafo 9.

Preme invece soffermarsi subito sul fatto che l'allontanamento è una misura prevista anche dall'art. 333, co. 1, c.c. e può riguardare ugualmente sia il genitore che il convivente, autori di maltrattamento o di abusi nei confronti del minore. Ma si può rilevare come in questa disposizione il maltrattamento sia una misura autonoma, costituendo essa una esemplificazione normativa dei «provvedimenti convenienti» che il tribunale per i minorenni può adottare. Il legislatore, quindi, nell'art. 333 c.c., da un lato prevede misure atipiche che il tribunale è chiamato a individuare volta per volta a seconda della situazione concreta e dello specifico interesse del minore, dall'altro, ripropone l'allontanamento dell'adulto.

Rispetto all'art. 330 c.c., i genitori o uno soltanto di essi tengono condotte non così gravi da giustificare la decadenza dalla responsabilità genitoriale, ma che appaiono comunque pregiudizievoli al figlio (cfr. *infra* § 6). In questo caso, espresso dalla legge con un enunciato elastico tale da ricomprendere una pluralità di fattispecie concrete, non sembra doversi escludere che tra i provvedimenti convenienti possa essere disposto anche l'allontanamento del genitore. Ciò si evince dal dato normativo secondo cui il maltrattamento e l'abuso del minore non sono stati espressamente previsti quali cause esclusive del provvedimento di allontanamento del genitore o del convivente (*id est*: l'art. 333, co. 1, c.c. non stabilisce che l'allontanamento possa essere ordinato dal giudice *soltanto se* il genitore o il convivente maltratta o abusa del minore).

Deve ammettersi, quindi, che ai «provvedimenti convenienti» è riconducibile anche l'allontanamento del genitore o del figlio dalla casa familiare, disposto per ragioni diverse dal maltrattamento e dall'abuso. Esso può essere motivato in ragione della grave inadeguatezza del genitore a svolgere il suo ruolo e a saper creare un armonico e sereno ambiente di vita familiare.

Vi è un altro istituto, l'affidamento familiare, previsto dalla legge sull'adozione, anch'esso finalizzato non già a punire comportamenti sconvenienti dei genitori⁴⁴, ma a proteggere il minore privo di un ambiente familiare idoneo alla sua crescita⁴⁵, attraverso l'affidamento a

⁴³ P. VERCELLONE, *La potestà dei genitori*, in *Tratt. Zatti, Filiazione*, a cura di G. Collura-L. Lenti-M. Mantovani, Milano, 2002, II, 1049.

⁴⁴ G. BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, cit., 376.

⁴⁵ L'ambiente familiare può degradarsi per ragioni diverse, spesso concorrenti

soggetti terzi.⁴⁶ Mediante l'affidamento familiare⁴⁷, il minore viene allontanato dalla casa familiare e affidato a un'altra famiglia (possibilmente con figli minori) o a una persona singola⁴⁸ o, se ha almeno sei anni, in alternativa, a una comunità di tipo familiare o, ancora, a un istituto di assistenza pubblico o privato.

L'affidamento è ammissibile solo quando gli interventi di sostegno e di aiuto ai nuclei familiari a rischio non abbiano prodotto i risultati sperati (art. 2 co. 1 richiama l'art. 1 l. n. 184/1983). Non si tratta di un primo passaggio verso l'adozione, perché l'istituto in parola è volto a recuperare la famiglia di origine. La quale è in una situazione di notevole difficoltà temporanea⁴⁹, che rischia di determinare danni irreversibili per la prole minorenni (art. 4, co. 4, l. adoz.).

quali l'insufficienza di mezzi economici e l'inadeguatezza dei genitori ad adempiere ai propri doveri. Inadeguatezza che può dipendere da diverse cause quali, ad esempio, l'elevata conflittualità, l'esistenza di malattie psichiche o il degrado morale. Il substrato di fatto dell'affidamento familiare non è molto diverso da quello che giustifica la dichiarazione di adottabilità, ma, come si vedrà meglio in seguito nel testo, se ne differenzia per il riconosciuto carattere della temporaneità.

⁴⁶ M. MORETTI, *L'affidamento familiare*, in *Tratt. dir. fam.*, diretto da G. Bonilini, *La filiazione e l'adozione*, Milano, 2016, IV, 3803 ss.

⁴⁷ Ai sensi dell'art. 4, co. 1, l. n. 184/1983, il minore dodicenne o di età inferiore ma capace di discernimento deve essere sentito affinché il provvedimento di affidamento familiare - disposto a seconda dei casi dal servizio sociale o dal tribunale per i minorenni - sia legittimo. Sebbene la legge non richieda il consenso del minore - è richiesto, invece, il consenso dei genitori o del tutore affinché l'affidamento familiare possa essere disposto dal servizio sociale - va ammesso, sostiene C. M. BIANCA, *La famiglia*, cit., 469, che un eventuale dissenso dello stesso renderebbe «problematica la convenienza del provvedimento che deve essere sempre giustificato dall'interesse del minore».

⁴⁸ A. GIUSTI, *L'affidamento di minori*, in *Tratt. Il diritto di famiglia*, diretto da G. Bonilini e G. Cattaneo, *Filiazione a adozione*, Torino, 2007, vol. III, 405 (cfr. anche aggiornamento in *Tratt. di dir. di fam.*, diretto da Bonilini, Milano, 2016, 3844 ss.) rileva un *favor* per l'affidamento alla famiglia con minori o alla persona singola, perché entrambe queste soluzioni consentono di «offrire al minore un ambiente simile a quello originario, come tale maggiormente rispondente alle esigenze di sviluppo della sua personalità. Presso la famiglia affidataria o la persona singola egli potrà più facilmente soddisfare i suoi bisogni di affetto e sicurezza e vivere una normale vita di relazione, fino a sentirsi in qualche misura parte integrante del nuovo nucleo».

⁴⁹ Il requisito della temporaneità della mancanza di un ambiente familiare idoneo ha una valenza normativa ben precisa, che impatta sul principio dell'adozione come *extrema ratio*. Se l'inidoneità dell'ambiente familiare appare definitiva, avendo il tribunale per i minorenni accertato, attraverso le relazioni dei servizi sociali, l'impossibilità di recupero di un'adeguata capacità genitoriale, dovrà essere dichiarata l'adozione e non già disposto l'affidamento familiare (così Cass., n. 21206/2014 e Cass., n. 10707/2010, entrambe in *Leggi d'Italia on line*).

Naturalmente valutare la definitività o temporaneità della situazione di abbandono reca con sé un margine di discrezionalità che il giudice deve cercare di ridurre al massimo, attraverso una scrupolosissima collaborazione con i professionisti che esaminano la situazione familiare. Ne va della corretta applicazione dell'affidamento familiare rispetto alla dichiarazione di adottabilità, prodromica al successivo provvedimento di adozione e, sotto il profilo più strettamente sostanziale, del diritto del minore di

I genitori non sono estromessi dalla vita del minore con l'affidatario⁵⁰ - ciò sarebbe in contrasto con la predetta finalità di recupero

crescere e di essere educato «nell'ambito della propria famiglia» (art. 1 l. 184/1983). G. BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, cit., 376, pone il rilievo l'apprezzamento dell'irreversibilità della causa della situazione di abbandono, a sottolineare come esso debba basarsi su dati di fatto - quali la lunga durata delle problematiche o l'atteggiamento non collaborativo dei genitori - o della scienza medica. Si tratta di una prognosi nient'affatto facile, che esige di «tenere presente la situazione globale del minore, derivante da un insieme di fattori eterogenei come l'età, il carattere, la struttura della personalità». Ciò anche al fine di evitare «ipotesi striscianti di adozioni di fatto» (così A. GIUSTI, *Affidamento e adozione dei minori di età*, cit., 411). Emerge, secondo G. FERRANDO, *Diritto di famiglia*, cit., 305, «tutta la delicatezza dei poteri riconosciuti ai servizi sociali ed al giudice nel valutare la situazione familiare del minore, nel proporre un provvedimento di adozione o di affidamento, nel seguire il programma di assistenza».

La pronuncia della Cassazione n. 2106/2014, in www.altalex.com, è particolarmente interessante perché essa si avvede di un'applicazione scorretta del principio del preminente interesse del minore effettuata dalla Corte d'appello, la cui sentenza è stata giustamente cassata. Secondo il giudice di secondo grado, pur essendo stato accertato lo stato di abbandono della minore, ritenuto definitivo e non dipendente da forza maggiore, non avrebbe comunque dovuto essere disposto lo stato di adottabilità, perché quest'ultimo sarebbe risultato gravemente pregiudizievole per gli interessi della minore. La Corte d'appello ritiene di poter sovvertire il principio secondo cui a fronte di uno stato di abbandono, l'adozione risponde automaticamente - ma, si aggiunga, per volontà del legislatore! - all'interesse del minore. Questa contraddittoria interpretazione del *discrimen* tra affidamento familiare e dichiarazione di adottabilità è scaturita - sembra di capire dalla lettura della pronuncia della Cassazione - dalla volontà manifestata dalla minore di mantenere i rapporti con la madre, pur avendo ella acconsentito all'inserimento in una comunità. Ma tale volontà non legittima il giudice a ignorare le conseguenze giuridiche che lo stato di abbandono comporta, alterando così l'ambito applicativo di diversi istituti e la gerarchia di valori ad esso sottesa. Secondo la legge sull'adozione, acclarata l'impossibilità per il minore di sviluppare armonicamente la propria personalità presso la famiglia di origine (valutazione - ricorda la Cassazione - da effettuarsi in concreto in considerazione «del vissuto del minore, delle sue caratteristiche fisiche e psicologiche, della sua età, del suo grado di sviluppo e delle sue potenzialità»), non vi sono alternative alla dichiarazione di adottabilità. E - preme sottolineare questo punto - il principio dell'interesse del minore non può essere utilizzato come un grimaldello per sovvertire l'ordine applicativo degli istituti. Un ordine volto a garantire al minore il diritto ad una famiglia, privilegiando però il recupero di quella d'origine.

⁵⁰ Non sempre all'affidamento familiare si accompagna una pronuncia di decadenza dalla responsabilità genitoriale. Questo è un dato normativo fermo al quale se ne collega un altro incerto. Non è, infatti, chiaro dal tenore letterale dell'art. 5, co. 1, l. 184/1983 se i genitori conservino l'esercizio della responsabilità genitoriale, qualora non siano decaduti da quest'ultima. Secondo una tesi (C. M. BIANCA, *La famiglia*, cit., 467-468), i genitori, per effetto del provvedimento di affidamento familiare, perdono comunque l'esercizio della responsabilità genitoriale che compete agli affidatari. I quali, ai sensi dell'art. 5, co. 1, l. 184/1983, tuttavia, nell'esercizio della responsabilità genitoriale, devono tenere conto delle indicazioni dei genitori, soltanto se questi ultimi non sono decaduti dalla responsabilità. Secondo un'altra tesi (A. GIUSTI, *Affidamento e adozione dei minori di età*, cit., 25), invece, agli affidatari compete soltanto la funzione educativa (c.d. aspetto interno) della responsabilità, ma non anche la titolarità della funzione rappresentativa (aspetto esterno della responsabilità), poiché l'art. 5, co.

del rapporto genitori-figli - tant'è che il provvedimento di affidamento familiare deve indicare «le modalità attraverso le quali i genitori e gli altri componenti del nucleo familiare possono mantenere rapporti con il minore» (art. 4, co. 3, l. n. 184/1983)⁵¹.

Non solo: l'art. 4, co. 3, cit. prevede che il provvedimento indichi il servizio sociale locale che sarà responsabile di uno specifico programma di assistenza della famiglia originaria del minore, con l'obbligo sia di segnalare (al giudice tutelare o al tribunale per i minorenni a seconda di chi abbia disposto l'affidamento familiare) «ogni evento di particolare rilevanza», che di redigere una relazione semestrale «sull'andamento del programma di assistenza, sulla sua presumibile ulteriore durata e sulla evoluzione delle condizioni di difficoltà del nucleo familiare di provenienza».

Ancora: l'art. 5, co. 2, l. n. 184/1983 stabilisce che il servizio sociale «(...) agevola i rapporti con la famiglia di provenienza ed il rientro nella stessa del minore secondo le modalità più idonee, avvalendosi anche delle competenze professionali delle altre strutture del territorio e dell'opera delle associazioni familiari eventualmente indicate dagli affidatari».

L'affidamento familiare è un istituto coerente con il diritto del minore - asse portante di tutta la disciplina dell'adozione - di crescere ed essere educato nella propria famiglia originaria. È un diritto di rilievo costituzionale.

Com'è noto la nostra Carta fondamentale prescrive che la legge, nei casi di incapacità dei genitori, adotti soluzioni che favoriscano l'assolvimento dei loro compiti (art. 30, co. 2, Cost.). Ancora: la Repubblica agevola «con misure economiche e altre provvidenze» l'adempimento

1, l. n. 184/1983 ha richiamato l'art. 316 c.c. e non anche l'art. 320 c.c. Sembra preferibile quest'ultima tesi, perché altrimenti non si spiegherebbe quella parte dell'art. 5, co. 1, l. n. 184/1983 in cui si stabilisce che «In ogni caso l'affidatario esercita i poteri connessi con la responsabilità genitoriale in relazione agli ordinari rapporti con la istituzione scolastica e con le autorità sanitarie». Cioè a significare che, anche qualora non sia intervenuto un provvedimento ai sensi dell'art. 330 c.c. - perciò i genitori rimangono titolari della responsabilità e la possono esercitarla - agli affidatari è stato riservato un preciso ambito di esercizio della responsabilità genitoriale.

⁵¹ L'aspetto delle modalità attraverso cui si tiene vivo il rapporto con la famiglia di origine è molto delicato e richiede grande equilibrio nell'organo giudiziale. Qui viene in gioco tanta parte del ripristino o della distruzione del nucleo familiare originario. È evidente, infatti, che il mantenimento dei rapporti con la famiglia di origine è essenziale per un recupero di una corretta vita familiare. Se i genitori erano scarsamente capaci di rapportarsi adeguatamente al figlio, il giudice avrà cura di indicare come dovranno svolgersi gli incontri con i genitori e quale percorso di sostegno psicologico questi ultimi dovranno seguire. Sul punto cfr. G. FERRANDO, *Diritti delle persone e comunità familiare nei recenti orientamenti della Corte Europea dei diritti dell'uomo, Fam. e dir.*, 2012, 281 ss. In particolare cfr. Corte EDU, 21.10.2008, *Clemeno e altri c. Italia*, ric. n. 19537/03, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, 654 ss., con nota di J. LONG, *Strasburgo condanna l'Italia per frettolosa rottura dei rapporti giuridici e di fatto tra minore e genitori in un caso di un procedimento per abuso sessuale su minore.*

mento dei compiti che fanno capo alle famiglie con particolare riguardo a quelle numerose (art. 31, co. 1, Cost.)⁵². Anche dal dovere garantito di proteggere l'infanzia e la gioventù può desumersi la priorità di una *policy* legislativa tesa a proteggere il minore attraverso strumenti di salvaguardia della tenuta della sua famiglia di origine (art. 31, co. 2, Cost. e art. 315-*bis*, co. 2, c.c.).

Il provvedimento di affidamento deve indicare, a riprova della finalità di favorire la ricostruzione di un corretto rapporto con i genitori, «le modalità attraverso le quali i genitori [in difficoltà e/o problematici] e gli altri componenti il nucleo familiare possano mantenere i rapporti col minore» (art. 4, co. 3, l. adoz.); come pure vanno indicati i tempi e i modi dell'esercizio dei poteri riconosciuti all'affidatario. Si applicano, se ne ricorrono i presupposti, gli artt. 330 ss. c.c.

Non si intende svolgere una trattazione completa dell'istituto in parola⁵³. Preme, invece, rilevare come esso tuteli non solo e non tanto lo *status familiae et filiationis* del minore, quanto piuttosto la ripresa di un rapporto genitore-figlio che sia regolare e funzionale al pieno sviluppo psico-fisico del minore⁵⁴.

Finalità, questa, che emerge anche altrove. Si consideri che durante l'affidamento familiare - della durata di 24 mesi eccezionalmente

⁵² È stato, dunque, opportuno l'inserimento, da parte del d. lgs. n. 154/2013, del nuovo art. 79-*bis* nella legge n. 184/1983, che ha imposto al tribunale per i minorenni di segnalare ai comuni le situazioni di indigenza dei nuclei familiari, affinché possa operare il sostegno a questi ultimi, così da «consentire al minore di essere educato nell'ambito della propria famiglia». Anche questa disposizione conferma una linea di fondo della legge sull'adozione, cioè la preminente necessità di supportare la famiglia di origine al fine di farle superare quegli ostacoli di fatto e/o comportamentali che pregiudicano il rapporto con il minore e la tenuta della famiglia.

⁵³ Per questo si rinvia alle trattazioni, alcune più ampie altre più sintetiche, almeno di: C. M. BIANCA, *La famiglia*, cit., 467 ss.; G. BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, cit., 375 ss.; G. FERRANDO, *Diritto di famiglia*, cit., 303-305; M. MORETTI, *L'affidamento familiare*, cit., 3803 ss.; A. GIUSTI, *Affidamento e adozione dei minori di età*, cit., 403 ss.; G. CATTANEO, *Dell'affidamento dei minori*, in *Comm. Cian-Oppo-Trabucchi*, Padova, IV, 1993, 40 ss.; M. DOGLIOTTI, *L'adozione e l'affidamento familiare*, in *Tratt. Bessone*, Torino, III, 1999, 416 ss.

⁵⁴ Stante questa finalità, rileva esattamente A. GIUSTI, *Affidamento e adozione dei minori di età*, cit., 415, come l'affidatario debba, non solo assicurare un ambiente familiare idoneo ad accogliere un minore e a farlo crescere serenamente, circondato da affetto e con una pluralità di stimoli, ma anche saper «aprirsi all'esterno ed ai problemi della famiglia di origine, comprendendone le difficoltà senza chiudersi sul bambino in stato di bisogno». Ciò in quanto il legislatore, con l'affidamento familiare, non cerca figure genitoriali sostitutive di quelle originarie. Allo stesso tempo, però, la legge n. 173/2015, che ha introdotto il diritto alla continuità affettiva dei bambini e delle bambine in affidamento familiare, ha attribuito rilevanza giuridica al rapporto che si sia creato tra il minore e gli affidatari. La tutela di siffatto rapporto dipende, però, da una valutazione dell'interesse del minore (art. 4, co. 5-*ter*, l. n. 184/1983 introdotto dalla citata legge 173/2015). L'introduzione del diritto alla continuità affettiva è una innovazione legislativa da apprezzare, perché giuridizza un rapporto umano se questo è valutato significativo per la crescita del minore. Veder entrare e scomparire dalla vita di un minore -

prorogabili⁵⁵ - possono crearsi «delle positive relazioni socio-affettive» tra il minore affidato e la persona singola o la famiglia affidataria. Relazioni che sono state ritenute giuridicamente rilevanti dalla legge n. 173/2015 «sul diritto alla continuità affettiva dei bambini e delle bambine in affido familiare». Stabilisce il nuovo art. 4, co. 5-ter, l. n. 184/1983 (introdotto dalla l. 173/2015) che siffatta relazione deve essere «tutelata» se rispondente all'interesse del minore, qualora il minore faccia ritorno nella famiglia di origine, sia affidata ad un'altra famiglia o sia adottato da un'altra famiglia.

Ne consegue che la famiglia di origine non può impedire al figlio di frequentare chi è stato affidatario, perché la relazione affettiva creata con quest'ultimo è un valore che l'ordinamento protegge, salvaguardandone la continuazione.

Va sottolineato che la legge n. 173/2015 ha introdotto disposizioni di grande rilievo, perché strettamente connesse con il principio personalistico, che vede nello svolgimento della personalità di ciascuno e nel pieno sviluppo della persona i tratti salienti della vita umana (artt. 2 e 3, co. 2 Cost.). Perciò la Costituzione ha impegnato la Repubblica a favorire la realizzazione dell'individuo (e in ciò risiede una delle ragioni di maggiore ammirazione per l'opera dei Padri costituenti).

La legge n. 173/2015, salvaguardando la continuità affettiva, si colloca in questo solco scavato dalla Costituzione e dal potere politico,

soprattutto quando questo abbia la capacità di costruire una positiva relazione - persone che si siano prese cura di lui può essere dannoso o può rappresentare un impoverimento per lo stesso. Il legislatore ha colto bene questo aspetto.

⁵⁵ In applicazione del principio del preminente interesse del minore (art. 3 Convenzione dell'Onu sui diritti dell'infanzia, New York 20.11.1989, ratificata dall'Italia, cit.) e considerato che l'espressione legislativa, contenuta nell'art. 4, co. 4, l. 184/1983, «è prorogabile» non è di interpretazione stringente, si può ritenere che l'affidamento familiare possa essere ulteriormente prorogato, sempre qualora la sua sospensione si palesi pregiudizievole per il minore. Si potrebbe perciò avere un affidamento con una durata superiore a due anni per effetto della seconda proroga. La quale però non può avere una durata indeterminata (Cass., n. 10706/2010, in *Giust. civ.*, 2011, I, 2157). È anche vero, però, che se permane per troppo tempo la mancanza di un ambiente familiare idoneo alla crescita del minore, dovrà, nell'interesse del minore stesso, essere dichiarato lo stato di adottabilità. Va escluso - ritiene correttamente G. BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, cit., 379 - che la protrazione dell'affidamento possa essere basata sulla sola circostanza che l'affidatario sia in grado di assicurare all'affidato «cure più adeguate rispetto a quelle offerte dalla famiglia di origine». Se quest'ultima non ha recuperato un assetto tale da garantire un adeguato accudimento del minore, e ciò appare definitivo, deve procedersi alla dichiarazione di adottabilità. Alla luce di tutte queste considerazioni, la seconda proroga diventa un provvedimento possibile ma estremamente difficile da motivare. Ricorda G. FERRANDO, *Diritto di famiglia*, cit., 305, che, qualora non vi sia stato recupero della famiglia di origine e dovesse risultare traumatico per il minore interrompere il rapporto con l'affidatario, i giudici hanno fatto ricorso all'adozione in casi particolari a favore dell'affidatario (art. 44 l. n. 184/1983). È stato così inteso latamente il presupposto della «impossibilità dell'affidamento preadottivo» (si tratta di situazioni in cui l'affidatario non ha i requisiti per l'adozione piena).

poiché sostiene il minore in quel percorso, così difficile, della costruzione del Sé.

Nella cornice ordinamentale appena richiamata, si spiegano altri due articoli della l. n. 173/2015. L'art. 1 consente alla famiglia affidataria di fare domanda di adozione del figlio loro affidato, qualora questo sia stato dichiarato in stato di adottabilità ai sensi degli artt. 8 ss. l. n. 184/1983 e purché sussistano i requisiti di cui all'art. 6 l. n. 184/1983. L'art. 4 l. n. 173/2015 ammette l'adozione in casi particolari, ai sensi dell'art. 44, co. 1, let. a) l. n. 184/1983, anche quando il preesistente rapporto stabile e duraturo sia «maturato nell'ambito di un prolungato periodo di affidamento».

C'è, infine, un'altra disposizione della legge n. 173/2015 che merita una sottolineatura. L'art. 2 rafforza, al fine di una più incisiva tutela del minore, la sinergia decisionale con il giudice chiamato a pronunciarsi sulla responsabilità genitoriale (artt. 316, 330, 333 c.c.), sull'affidamento e sull'adottabilità del minore affidato.

È stato sostituito l'ultimo periodo dell'art. 5, co. 1, l. n. 184/1983, prevedendo, in questi casi, a pena di nullità del procedimento, l'obbligo di convocare l'affidatario o la famiglia affidataria, soggetti, questi, cui è stata attribuita la «facoltà di presentare memorie scritte nell'interesse del minore». È di tutta evidenza che gli affidatari, convivendo con il minore, possono portare nel procedimento giudiziale elementi utili, quando non decisivi, per sciogliere delicati profili della fattispecie concreta.

Competente a disporre l'affidamento familiare è il servizio sociale, previo consenso manifestato dai genitori o dal genitore esercente la responsabilità (o dal tutore); il giudice tutelare del luogo ove si trova il minore deve rendere esecutivo il decreto. Se, però, i genitori (o il tutore) non prestano il consenso, competente a provvedere è il tribunale per i minorenni (art. 4, coo. 1 e 2 l. adoz.)⁵⁶.

Sulla competenza va sottolineato come il legislatore si sia dimostrato sensibile alla concentrazione degli strumenti di tutela nello stesso giudice, al fine di garantire una protezione più rapida ed efficiente del minore. Lo si è già rilevato innanzi, quando si è trattato della *vis atractiva* del tribunale ordinario con riguardo agli artt. 330, 332, 333, 334, 335 c.c. In questa stessa direzione la riforma della filiazione 2012/2013 ha attribuito al giudice della separazione, del divorzio o del-

⁵⁶ La collaborazione dei genitori con il servizio sociale, che si manifesta anzitutto nel consenso all'affidamento familiare, è, naturalmente, un segnale importante nel percorso di recupero di un ambiente familiare idoneo alla crescita del minore. Spesso i genitori hanno necessità di sostegno psicologico e di cure mediche e la consapevolezza dei propri problemi è il primo passo per far venir meno la situazione di difficoltà temporanea in cui la famiglia di origine si trova. Condizione, quest'ultima, per l'emanazione del provvedimento di cessazione dell'affidamento familiare da parte della stessa autorità che lo ha disposto (art. 4, co. 5, l. n. 184/1983).

la crisi della coppia di fatto il potere di disporre l'affidamento familiare «in caso di temporanea impossibilità di affidare il minore ad uno dei genitori» (art. 337-ter, co. 2, c.c.). Pertanto se neppure l'affidamento esclusivo risulta praticabile, il giudice ordinario può avvalersi di uno strumento in più a tutela del minore.

Un strumento, quello dell'affidamento familiare, che ambisce a risolvere la crisi in un tempo relativamente breve. La durata limitata (24 mesi più proroga) è connaturata alla finalità dell'istituto. Il recupero della famiglia di provenienza deve essere rapido, altrimenti il minore rischia di subire un pregiudizio ancora più grave derivante dall'incertezza del suo *status familiae*. L'irrecuperabilità accertata dei genitori esige la dichiarazione di adottabilità.

6. CONDOTTA PREGIUDIZIEVOLE PER IL FIGLIO.

Il codice civile ha previsto più strumenti di tutela del minore contro l'esercizio della responsabilità genitoriale che appaia slegato dalla funzione di quest'ultima (art. 316, co. 1, c.c.) e lesivo dei diritti del figlio (art. 315-bis c.c.). Diversificazione e graduazione nell'applicabilità dei rimedi sono due tratti della disciplina di cui agli artt. 330 ss. c.c.

Si è esaminata innanzi la decadenza dalla responsabilità genitoriale, misura estrema, distruttiva del potere attuativo dei doveri genitoriali, giustificata dalla gravità del pregiudizio subito dal minore. La pervasività di questo effetto ha indotto il legislatore a strutturare la fattispecie legale, tipizzando la condotta abusiva. La quale, tuttavia, è stata descritta attraverso l'uso di verbi (violare, trascurare, abusare) idonei a ricomprendere una pluralità di casi (art. 330 c.c.).

Non sempre però la condotta del genitore, pur dannosa della sfera giuridica del figlio, è tale da giustificare la pronuncia di decadenza dalla responsabilità. In questa ipotesi emerge una inadeguatezza non già complessiva ma contingente, circoscritta, a svolgere il ruolo di genitore. L'art. 333 c.c., graduando, come si diceva, la tutela, attribuisce al giudice un ampio potere di intervento nell'interesse del minore, incidendo sull'esercizio della responsabilità genitoriale.

La norma non descrive la condotta, anzi se ne disinteressa. L'attenzione è tutta sul pregiudizio comunque verificatosi⁵⁷. Rilevante è l'effetto della condotta, non gravissimo, ma ugualmente dannoso al punto da legittimare l'intervento del giudice.

Non si richiede che la condotta genitoriale sia cosciente e volontaria, essendo sufficiente il fatto obiettivo della violazione dei doveri genitoriali. Ciò si evince soprattutto dall'avverbio «comunque» adope-

⁵⁷ A. C. PELOSI, *Sub art. 333 c.c.*, in *Comm. al dir. it. fam.*, diretto da Cian-Oppo-Trabucchi, cit., 407.

rato nel comma 1 dell'art. 333 c.c., con cui si vuol dare rilevanza, nel contesto della frase, al pregiudizio per il fatto stesso che esista (evidente è la preminenza della tutela del minore)⁵⁸.

Semmai la colpa e soprattutto il dolo potrebbero indurre il giudice a disporre la misura più drastica della decadenza. La quale, però, secondo un attento studioso⁵⁹, non dovrebbe essere sempre causa di indegnità a succedere ai sensi dell'art. 463, n. 3 *bis* c.c.

L'art. 333 c.c. non precostituisce la misura protettiva (come, invece, nel caso della decadenza o della rimozione dall'amministrazione o degli ordini di protezione), ma ne lascia l'individuazione al giudice. Si legge nella disposizione che «il giudice, secondo le circostanze, può adottare i *provvedimenti convenienti*».

Il legislatore, dunque, al fine non soltanto di porre sotto maggiore osservazione l'esercizio della responsabilità genitoriale, ma anche di garantire una tutela più efficiente, individuata *ex post* volta per volta dal giudice, ha rinunciato a tipizzare lo strumento di tutela, salvo quanto si dirà sull'allontanamento previsto sempre dall'art. 333, co. 1, c.c. Siamo di fronte ad una protezione duttile dal contenuto atipico.

La differenza tra gli artt. 333 e 330 c.c. è netta oltre che nei presupposti e nella tecnica di tutela anche in punto di effetti. Mentre la decadenza prevede la perdita, non necessariamente definitiva (art. 332 c.c.), della titolarità della responsabilità genitoriale, la condotta pregiudizievole incide sull'esercizio della responsabilità con riguardo a un singolo atto (ingiustamente rifiutato o imposto dai genitori) o ne determina un più generale affievolimento.

La casistica riguardante l'art. 333 c.c. è piuttosto articolata. Il tribunale può: 1) imporre ai genitori di sottoporre il figlio alle vaccinazioni obbligatorie, a una terapia, all'intervento medico-chirurgico rifiutato

⁵⁸ Così A. C. PELOSI, *Sub art. 333 c.c.*, cit., 409, ma anche G. VILLA, *Potestà dei genitori e rapporti con i figli*, cit., 353, il quale muove dalla considerazione che tutti i provvedimenti assunti ai sensi degli artt. 330 ss. c.c. «non mirino tanto ad eliminare un pregiudizio già verificatosi, quanto ad evitare il perpetuarsi di una situazione dannosa o a prevenire probabili lesioni successive, e sono destinati ad operare per il futuro». Il danno si è già verificato, ma la finalità del provvedimento giudiziale è non già quella di punire i genitori, ma di proteggere il minore per il futuro, incidendo sulla causa del pregiudizio. Di conseguenza, Villa esclude la funzione punitiva dei provvedimenti ex art. 330 ss. e la necessità di un atteggiamento soggettivo dei genitori doloso o colposo. Piuttosto - soggiunge l'autore aderendo al pensiero di Michele Sesta - la presenza del dolo o della colpa possono indirizzare il giudice verso il provvedimento di decadenza dalla responsabilità genitoriale.

⁵⁹ G. VILLA, *op. loc. ult. cit.*, rileva come sia eccessivamente ampio l'ambito applicativo dell'art. 463 n. 3-*bis* c.c., giacché, alla luce del suo scopo, «l'indegnità non dovrebbe operare se la decadenza dalla potestà [oggi responsabilità] deriva da situazioni di oggettiva inidoneità del genitore dipendente da cause non imputabili (ad es.: malattia invalidante)». Ciò soprattutto in considerazione di un elemento che accomuna tutti gli altri casi di indegnità, ossia l'essere stati determinati da atti volontari ai danni del *de cuius* (uccisione, calunnia, falsificazione del testamento e altro ancora).

dai genitori⁶⁰; 2) autorizzare il figlio a fare ciò che è stato vietato dai genitori (ad es.: l'iscrizione ad una associazione, frequentare una persona); 3) impartire ai genitori istruzioni sul modo in cui allevare, educare e istruire il figlio; 4) ordinare ai genitori di non impedire il rapporto della prole con i nonni (stante l'art. 315-*bis* c.c. che attribuisce al figlio il diritto di mantenere rapporti significativi con i parenti); 5) vietare al genitore di trasmettere al figlio i principi integralisti di una determinata religione, con l'intento di precludergli la scelta di una diversa fede religiosa⁶¹; 6) disporre l'affidamento del minore al servizio sociale quando nessuno dei genitori sia in grado di crescere adeguatamente il figlio⁶².

Si può osservare che già dalla giurisprudenza più risalente⁶³ è emerso come l'art. 333 c.c. possa essere efficacemente applicato per assicurare il rispetto della personalità del minore, cui si legano desideri, scelte e inclinazioni naturali avversate ingiustificatamente dai genitori. Questa disposizione vede consolidarsi la sua importanza nel sistema delle tutele in conseguenza del passaggio dalla potestà alla responsabilità genitoriale; un passaggio, come si è già rilevato, non meramente terminologico, ma sostanziale, perché ha determinato un rafforzamento dello statuto giuridico del minore nella dialettica con i genitori.

Il giudice potrà impartire ai genitori vere e proprie «istruzioni comportamentali»⁶⁴, come il divieto di ricorrere a un tipo di alimentazione o a una medicina sperimentale quando esiste, rispettivamente, un regime alimentare maggiormente diffuso e un protocollo medico sperimentato con una certa percentuale di successo.

È stato sostenuto in dottrina⁶⁵ che il giudice è legittimato a privare

⁶⁰ Cass., n. 1265/1994, in *Giur. it.*, 1995, 2 (versione in *Leggi d'Italia on line*), con nota di V. FELLAH, *Potestà dei genitori e vaccinazioni obbligatorie*, afferma che non è impugnabile in Cassazione il provvedimento emesso all'esito del reclamo con cui si ordina al medico di praticare la vaccinazione obbligatoria. Cfr. anche: Cass., n. 1653/1996, in *Fam. e dir.*, 1996, 4, 368 ss., con nota redazionale di A. BATÀ e A. SPIRITO; Trib. Bologna, 19.9.2013, in *www.altalex.it*.

⁶¹ Secondo il Trib. min. Venezia, 10.5.1990, in *Foro it.*, 1991, I, 271, con nota di S. FERRARIS, *Comportamenti eterodossi e libertà religiosa. I movimenti religiosi marginali nell'esperienza giuridica più recente*, è legittimo trasmettere, senza l'intento di coartare la volontà del figlio, i principi integralisti dei Testimoni di Geova.

⁶² Cass., n. 11412/2014, in *Leggi d'Italia on line*, conferma la pronuncia d'appello che aveva accertato l'inidoneità anche della madre all'esercizio della responsabilità genitoriale, in ragione della sua significativa contribuzione alla maturazione nel figlio di un rifiuto di relazionarsi col padre.

⁶³ A.C. PELOSI, *op. ult. cit.*, 408-409, la richiama nel suo scritto nelle note 1 e 2.

⁶⁴ C. MORETTI, *Il controllo giudiziario sull'esercizio della responsabilità*, cit., 4201. G. VILLA, *Potestà dei genitori e rapporti con i figli*, cit., 355, sottolinea che l'art. 333 c.c. attribuisce «al giudice la possibilità di impartire direttive modellate sulla situazione concreta».

⁶⁵ A.C. PELOSI, *op. ult. cit.*, 410.

temporaneamente uno dei genitori dall'esercizio della funzione educativa.

C'è poi una questione delicata che è quella dell'orientamento sessuale del genitore. La giurisprudenza l'ha affrontata con equilibrio, mettendo in primo piano l'interesse del minore e tenendo conto di quelle che sono le acquisizioni della scienza. È stato ritenuto non dannoso per il minore crescere con il genitore omosessuale e con la sua compagna. Ciò perché, secondo la Cassazione, non vi sono certezze scientifiche, né dati di esperienza, che dimostrino la pericolosità, per la costruzione della identità del minore, del vivere in una struttura familiare composta da una coppia omosessuale⁶⁶.

Questa pronuncia è significativa non solo per la soluzione adottata nella fattispecie concreta (essa scongiura il pregiudizio), ma soprattutto perché contribuisce, indirettamente, all'affermazione di modelli familiari diversi da quello incentrato sulla coppia eterosessuale. L'orientamento sessuale del genitore non è una ragione sufficiente per escludere l'affidamento del figlio, anche in via esclusiva (come nel caso della pronuncia appena ricordata), al genitore omosessuale.

Torna una chiave di lettura del diritto di famiglia su cui si impernia questo volume: la centralità della tutela del minore ha determinato, lentamente ma inesorabilmente, l'ampliamento non soltanto del fondamento della filiazione e la rilevanza di legami prima ignorati dall'ordinamento giuridico (cfr. *supra* cap. II-sez. II, §10), ma anche dei modelli familiari.

Interessa proseguire nella disamina dell'art. 333 c.c., concentrandosi adesso sulla previsione della tutela tipica: il provvedimento di allontanamento del figlio, ma anche, per effetto della legge n. 149/2001, del genitore o del convivente che maltratta o abusa del minore. Per convivente deve intendersi sia il compagno/a del genitore sia il nuovo coniuge di quest'ultimo; quindi un soggetto non esercente la responsabilità genitoriale. L'ambito applicativo dell'art. 333 c.c. riguarda, perciò, anche ipotesi slegate dall'esercizio della responsabilità genitoriale, parallelamente a quanto stabilisce l'art. 330, co. 2, c.c.

Se l'autore dell'abuso o del maltrattamento è non già il coniuge o il convivente, ma un altro familiare, l'allontanamento di costui potrà essere disposto dal tribunale ordinario ai sensi dell'art. 5 della legge n. 154/2001 che ha introdotto nel codice civile gli ordini di protezione.

È bene sottolineare che, ai sensi dell'art. 333 c.c., il tribunale valuta l'idoneità del genitore a esercitare la responsabilità con riferimento alla sfera personale del minore; la responsabilità genitoriale, pertanto,

⁶⁶ Cass., n. 601/2013, in *Fam. e dir.*, 2013, 6, 570 ss., con nota di F. RUSCELLO, *Quanto il pregiudizio... è nella valutazione del pregiudizio! A proposito dell'affidamento della prole alla madre omosessuale*, conferma l'affidamento esclusivo alla madre omosessuale disposto dalla Corte d'Appello.

rileva quanto al suo lato interno, inerente soprattutto alla funzione educativa. Se il pregiudizio interessa la sfera patrimoniale, si applica l'art. 334 c.c. rubricato «Rimozione dall'amministrazione» (cfr. *infra* § 7).

C'è infine un problema che ha impegnato la dottrina sul quale si rinvia al prosieguo di questo volume (*infra* § 9), riguardante il rapporto tra gli artt. 330 e 333 c.c., da un lato, e gli artt. 342-*bis* e *ter* c.c. sugli ordini protezione, dall'altro. Esattamente non è chiaro se i provvedimenti previsti da quest'ultima più recente disciplina tutelino anche il minore convivente o se, invece, qualora soggetto leso sia quest'ultimo, debbano essere applicati esclusivamente gli artt. 330 ss. c.c.

7. MISURE A TUTELA DEL PATRIMONIO DEL FIGLIO.

Gli artt. 330 e 333 c.c. appena esaminati prevedono misure di protezione della sfera non patrimoniale del minore, che comprende la salute psico-fisica, la libertà personale, l'autodeterminazione, le aspirazioni, cui si lega l'esercizio della responsabilità genitoriale. In questo vastissimo ambito, la condotta dei genitori può ledere interessi e diritti non patrimoniali.

Se, invece, uno o entrambi i genitori hanno male amministrato il patrimonio del minore, il tribunale per i minorenni (art. 38, co. 1, disp. att. c.c.) può adottare i provvedimenti previsti dall'art. 334 c.c. Qui rileva il lato esterno della responsabilità genitoriale. La disposizione codicistica prevede diverse misure protettive, graduate tra loro a seconda della gravità della cattiva amministrazione.

Qualora un genitore si sia dimostrato del tutto inadeguato ad amministrare, il giudice può rimuoverlo dall'amministrazione, a prescindere dalla coscienza e volontarietà del comportamento dei genitori⁶⁷. L'irrelevanza dell'elemento soggettivo è una costante dei rimedi di cui agli artt. 330 c.c., poiché questi non hanno natura sanzionatoria, ma sono volti essenzialmente a evitare ulteriori pregiudizi.

La rimozione dall'amministrazione è la misura più radicale, di *extrema ratio*⁶⁸, tra quelle indicate dall'art. 334 c.c.; comporta la perdita del potere rappresentativo e amministrativo per tutti gli atti di contenuto economico.

La rimozione ha lo scopo di impedire al genitore che abbia già dato prova di essere un cattivo amministratore di arrecare ulteriori pre-

⁶⁷ P. VERCELLONE, *La filiazione*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1987, III, 445. C. M. BIANCA, *La famiglia*, cit., 358, ritiene sufficiente l'obiettivo inadeguatezza della gestione da parte del genitore, poiché l'art. 334 c.c. richiede il presupposto della cattiva amministrazione, «la quale è riscontrabile anche in presenza di una causa giustificativa della carente condotta del genitore (ad es., uno stato di invalidità)».

⁶⁸ F. A. MONCALVO, *L'amministrazione dei beni del figlio minore di età*, in *Tratt. di diritto di famiglia*, diretto da G. Bonilini, *La filiazione e l'adozione*, cit., 4146.

giudizi al minore. Emerge anche qui, come si è già visto innanzi a proposito dell'art. 333 c.c., la funzione essenzialmente preventiva dello strumento di tutela.

Se è un solo genitore a essere stato rimosso, il potere di amministrazione, unitamente a quello di rappresentanza, si concentra nell'altro genitore. Ove anche quest'ultimo sia stato destinatario del medesimo provvedimento ablativo (oppure si trovi nelle condizioni di cui all'art. 317 c.c.), l'amministrazione è affidata a un curatore speciale (art. 334, co. 2, c.c.). Al quale, secondo la dottrina e la Cassazione⁶⁹, compete anche la rappresentanza processuale del minore relativamente alle controversie sui rapporti patrimoniali che a lui facciano capo.

Si discute se la rimozione possa essere disposta per evitare un pregiudizio futuro, quando ancora i genitori non abbiano compiuto un atto pernicioso, ma stiano per compierlo (pericolo di pregiudizio). Si pensi al caso in cui i genitori abbiano annunciato ai parenti uno o più atti che appaiano, all'evidenza, ingiustificati e rovinosi per il patrimonio del minore. La lettera dell'art. 334 c.c. non aiuta a sciogliere il dubbio. Anzi l'esordio della norma - «Quando il patrimonio del minore è male amministrato» - farebbe propendere per la tesi negativa, poiché la cattiva amministrazione si misura sugli effetti degli atti compiuti. E il rimedio, come si diceva, impedisce la reiterazione di atti pregiudizievoli.

La soluzione dottrinale incentrata sulla *littera legis*, contraria all'intervento limitativo della responsabilità genitoriale a fronte del solo pericolo di danno, non appaga l'interprete⁷⁰. In verità il principio sovranazionale del preminente interesse del minore, qui più volte evocato quale sponda di appoggio nei casi dubbi, può fornire la base giuridica a sostegno della tesi positiva. Pertanto, chi annuncia il compimento di atti, all'evidenza del tutto spropositati rispetto alla situazione complessiva, patrimoniale e non patrimoniale⁷¹, del figlio minore, potrebbe essere cautelativamente rimosso dall'amministrazione.

Un'altra misura meno incidente sulla responsabilità genitoriale viene in rilievo qualora il genitore, privo di competenze con riguardo a certi profili della gestione patrimoniale, assuma decisioni errate o tenga condotte omissive. Qui il giudice può «stabilire le condizioni a cui i genitori devono attenersi nell'amministrazione». Tra queste vi può essere l'imposizione di avvalersi di un esperto del mercato mobi-

⁶⁹ L. FERRI, *Della potestà dei genitori*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, 1988, 163. In giurisprudenza cfr. Cass., n. 248/1984, in *Riv. notar.*, 1984, 392.

⁷⁰ Qualche autore ha ammesso l'applicabilità dell'art. 334 c.c. anche in caso di pericolo di pregiudizio (cfr. A. C. PELOSI, *Sub. art. 334 c.c.*, in *Comm. al dir. it. fam.*, *Cian-Oppo-Trabucchi*, cit., 412; C. MORETTI, *Il controllo giudiziario sull'esercizio della «responsabilità genitoriale»*, cit., 4203).

⁷¹ Si pensi all'ipotesi in cui il c.d. grande minore si opponga all'alienazione della casa di sua proprietà, situata nella città in cui egli intenda compiere gli studi universitari.

liare o immobiliare o di un altro professionista in dipendenza delle competenze che si richiedono nel caso concreto.

Generalmente quando il giudice detta condizioni ai genitori per l'amministrazione del patrimonio del minore, essi, diversamente dalla rimozione dall'amministrazione, conservano il potere di amministrazione e di rappresentanza con riguardo agli atti interessati. Potere condizionato, però, dalle istruzioni e direttive che l'organo giudiziario ha disposto, sulla cui osservanza il giudice tutelare deve vigilare, come dispone l'art. 337 c.c.

L'ultima misura protettiva degli interessi economici del minore, prevista dall'art. 334 c.c., è la privazione, in tutto o in parte, dell'usufrutto legale. In tal caso i frutti sono di spettanza del figlio, ma, secondo un autore⁷², «il tribunale può disporre che essi siano (in tutto o in parte) corrisposti ai genitori o a chi sopporta le spese del mantenimento nella misura occorrente ai bisogni del figlio o anche ai bisogni della famiglia secondo l'obbligo di contribuzione posto a carico del figlio convivente».

La privazione dell'usufrutto legale, se si segue l'andamento del tenore letterale della disposizione, si dovrebbe aggiungere alla rimozione dall'amministrazione, poiché il comma 1 utilizza la congiunzione «e» («rimuovere ...e privarli, in tutto o in parte, dell'usufrutto legale»).

Ma si discute ugualmente se la misura in parola possa essere assunta autonomamente e a prescindere dal provvedimento di rimozione dall'amministrazione. Non è agevole rispondere. In dottrina sono state sostenute entrambe le tesi⁷³. Vero è che tale possibilità appare opportuna almeno quando i genitori si limitino a distrarre i frutti dei beni del minore dal mantenimento della famiglia, dall'istruzione e dall'educazione del figlio.

Anche questa volta può essere richiamato il principio del preminente interesse del minore. Va preso atto che l'art. 334 c.c. è stato applicato pochissimo dalla giurisprudenza.

Solo un cenno ai mezzi di impugnazione. Premesso che il provvedimento giudiziale è dotato di un'efficacia *rebus sic stantibus*, poiché il genitore rimosso dall'amministrazione e privato dell'usufrutto legale può sempre essere riammesso nella pienezza dei propri poteri quando sono cessati i motivi che hanno determinato il provvedimento (art. 335

⁷² C. M. BIANCA, *La famiglia*, cit., 359.

⁷³ G. VILLA, *Potestà dei genitori e rapporti con i figli*, cit., 356, riprendendo l'opinione di A. Bucciante, ritiene che la privazione dell'usufrutto legame possa essere anche autonoma. D'accordo G. DE CRISTOFARO, *Il contenuto patrimoniale della potestà*, in *Tratt. dir. fam.*, diretto da P. Zatti, *Filiazione*, a cura di Collura-Lenti-Mantovani, Milano, 2002, III, 1134. *Contra* L. FERRI, *Della potestà dei genitori*, cit., 162. Sotto un altro profilo, G. LISELLA, *Usufrutto legale e contribuzione filiale al mantenimento della famiglia*, cit., 69, esclude che il giudice possa disporre la rimozione del genitore dall'amministrazione, lasciandogli al contempo l'usufrutto legame.

c.c.), esso è impugnabile con reclamo dinanzi alla sezione della Corte d'appello per i minorenni nei termini stabiliti in via generale per i procedimenti di volontaria giurisdizione.

8. IL PROCEDIMENTO RELATIVO ALLE MISURE ABLATIVE O LIMITATIVE DELLA RESPONSABILITÀ GENITORIALE: CENNI.

Gli artt. 336 e 336-*bis* c.c. dettano regole processuali comuni alle fattispecie ablativa e limitativa della responsabilità genitoriale (artt. 330, 333 e 334 c.c.). Delle modalità di ascolto del minore, disciplinate dall'art. 336-*bis* c.c., si è dato conto nel cap. II-sez. I, § 5. Rimangono da sintetizzare gli aspetti salienti del procedimento giudiziale, che ha natura di volontaria giurisdizione.

Come si è già rilevato, l'art. 38 disp. att. c.c. prevede una competenza funzionale del tribunale per i minorenni, derogata dalla competenza per attrazione del giudice ordinario, il quale sia stato preventivamente adito con una domanda di separazione, divorzio o volta a risolvere un contrasto ai sensi dell'art. 316 c.c. Sull'opportunità di tale innovazione al fine di rendere più efficiente la tutela del minore non è il caso di insistere ancora.

Quanto alla competenza per territorio, secondo la giurisprudenza di legittimità, occorre far riferimento, in forza dell'art. 1 della Convenzione dell'Aja resa esecutiva con legge n. 742/1980, unicamente alla residenza abituale del minore. Quest'ultima è intesa come il centro dei legami affettivi del minore, pertanto non rilevano né contingenti spostamenti finì a sé stessi, né l'eventuale residenza anagrafica.

Può rilevare però la prognosi sulla probabilità che la nuova dimora si stabilizzi, con conseguenze sulla competenza per territorio. Anche di ciò si è dato conto, sottolineando come la giurisprudenza più recente abbia accolto, per l'individuazione della residenza abituale in caso di trasferimento del minore, criteri oggettivi incentrati sulla concretezza degli interessi del minore⁷⁴.

Legittimati attivi sono «l'altro genitore» (*id est*: quello la cui condotta non è censurabile ai sensi degli artt. 330 ss. c.c.), i parenti (sia dei genitori che del figlio entro il sesto grado) e il pubblico ministero⁷⁵. I nonni, ad esempio, possono agire non soltanto per far valere l'esercizio

⁷⁴ Cfr. Cass. n. 21285/2015, cit., il cui orientamento - lo afferma stessa Suprema Corte in questa pronuncia - non è stato smentito da Cass. Sez. un., n. 11915/2014 (cfr. anche Cass., n. 2171/2006 e Cass., n. 7161/2016, entrambe in *Leggi d'Italia on line*).

⁷⁵ C. MORETTI, *Il controllo giudiziario sull'esercizio della «responsabilità genitoriale»*, cit., 4206-4207, con riguardo all'ipotesi in cui nessuno dei legittimati attivi agisca, rileva, riprendendo alcuni passaggi della Corte cost., n. 179/2009 (rel.: A. Criscuolo), in *Fam. e dir.*, 2009, 10, 869 ss., con nota di A. ARCERI, *Il minore e i processi che lo riguardano: una normativa ancora disapplicata*, sulla Convenzione di New York e

illegittimo della responsabilità genitoriale, ma anche a tutela del proprio diritto di mantenere rapporti significativi con i nipoti minorenni (art. 317-*bis* c.c.).

Legittimato alla domanda di reintegrazione nella responsabilità genitoriale (art. 332 c.c.) o di riammissione all'esercizio dell'amministrazione (art. 335 c.c.) è anche il genitore destinatario del provvedimento ablativo o limitativo della responsabilità.

L'istanza ex artt. 330, 333, 334 c.c. va proposta con ricorso ai sensi dell'art. 737 c.p.c. Il tribunale per i minorenni provvede in camera di consiglio, assunte informazioni, sentito il pubblico ministero e nel contraddittorio delle parti. Deve essere ascoltato il genitore contro cui è chiesto il provvedimento, ma anche il minore dodicenne o capace di discernimento, il quale è da ritenersi parte processuale (art. 336, co. 2, c.c.).

La previsione normativa dell'ascolto del minore all'interno dell'art. 336 c.c. è stata introdotta dal d. lgs. n. 154/2013 in attuazione del diritto del medesimo di essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano (art. 315-*bis*, co. 3, c.c.). Delle conseguenze della mancata audizione del minore e soprattutto dell'incidenza delle sue dichiarazioni sul provvedimento giudiziale si è dato conto *supra* al cap. II-sez. I, § 6.

Sia il genitore che il minore devono essere assistiti da un difensore (art. 336, ult. co., c.c.). È stata la legge n. 149/2001 ad aver opportunamente introdotto tale disposizione e a prevedere la medesima prescrizione con riguardo al procedimento di adottabilità (art. 8, co. 4, l. n. 184/1983). Va da sé che l'obbligo della difesa tecnica garantisca al minore una maggiore tutela dei propri diritti, rafforzando la tesi, ormai consolidata, del minore parte processuale, titolare di diritti soggettivi⁷⁶.

Se vi è l'urgenza di provvedere, il tribunale può adottare, *inaudita altera parte*, i provvedimenti temporanei nell'interesse del figlio. In tal caso però, come ha affermato la Corte costituzionale⁷⁷, detti provvedimenti devono essere confermati, modificati o revocati nel contradditto-

sulla Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori (che integrano l'art. 336 c.c.), che il minore, anche personalmente, possa chiedere la designazione di un rappresentante nei procedimenti che lo riguardino dinanzi ad un'autorità giudiziaria.

⁷⁶ Cass., n. 8100/2015, in *Fam. e dir.*, 2016, 2, 153 ss., non nota di A. ARCERI, *Diritto alla bigenitorialità e rapporto tra minore e nonni nell'affidamento condiviso*, chiarisce che l'art. 336, ult. co., c.c. (nomina del difensore) «si applica solo ai provvedimenti limitativi o eliminativi [della responsabilità] genitoriale ove vi sia un concreto profilo di conflitto di interessi tra genitori e minore, e non anche alle controversie relative al regime di affidamento e di visita del minore nelle quali la partecipazione [dello stesso] si esprime [se ne ricorrono le condizioni] mediante l'ascolto». Cfr. anche Cass., n. 7478/2014, in *Foro it.*, 2014, 5, 1, 1471.

⁷⁷ Corte cost., n. 1/2002 (rel. F. Bile), in *Fam. e dir.*, 2002, 3, 229 ss., con note di F. TOMMASEO, *Giudizi camerali di potestate e giusto processo*, e di A. ONIDINO-N. PASCHELLI.

rio delle parti in una udienza di comparizione da fissarsi entro un termine non superiore a quindici giorni.

Il tribunale per i minorenni assume la propria decisione con decreto motivato, che deve essere annotato nel registro delle tutele (art. 51 disp. att. c.c.). Il provvedimento è, per effetto della modifica dell'art. 38 disp. att. c.c. da parte della l. n. 219/2012, immediatamente esecutivo, salvo che il giudice disponga diversamente (così l'ultimo comma); ciò in deroga all'art. 741 c.p.c., che condiziona l'acquisto dell'efficacia al decorso del termine di dieci giorni dalla comunicazione o dalla notificazione del decreto (cfr. art. 739, co. 2, c.p.c.). Dunque, con riguardo ai giudizi concernenti i minori, il legislatore ha ritenuto fondamentale, a tutela dell'interesse sostanziale, l'esigenza della tempestività e immediatezza della tutela esecutiva⁷⁸.

Quanto ai mezzi di impugnazione, il decreto è reclamabile davanti alla sezione per i minorenni della Corte d'appello ai sensi dell'art. 739, co. 1, c.p.c., nei termini di cui al comma 2 del medesimo articolo.

Contro il provvedimento emesso ai sensi degli artt. 330 e 333 c.c. in sede di reclamo, non è ammesso il ricorso straordinario in Cassazione ai sensi dell'art. 111, co. 7, Cost., stante il suo carattere di non definitività⁷⁹. Lo stesso giudice che lo ha emesso può, in ogni momento, revocarlo o di modificarlo. Ciò sia con effetti *ex nunc*, sulla base di fatti sopravvenuti, sia con effetti *ex tunc* in ragione di una mera rivalutazione della situazione⁸⁰.

⁷⁸ C. MORETTI, *Il controllo giudiziario sull'esercizio della «responsabilità genitoriale»*, cit., 4206.

⁷⁹ Cass., n. 9203/2015, in *Leggi d'Italia on line*; Cass. Sez. un., 11026/2003, in *Corr. giur.*, 2004, 9, 1209 ss., con nota di R. TISCINI, *Le Sezioni unite restringono la decisorietà ex art. 111 Cost. alle statuizioni di consistenza sostanziale*, in *Fam. e dir.*, 2004, 2, 165 ss., con nota di R. DONZELLI, *La tutela dei diritti processuali violati nei procedimenti ablativi e limitativi della potestà genitoriale*. Con specifico riguardo alla decadenza dalla responsabilità cfr.: a) Cass. Sez. un., n. 3387/1998, in *Leggi d'Italia on line*, secondo cui il provvedimento di decadenza, ancorché reso dal giudice di secondo grado, non è impugnabile con ricorso in Cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost, essendo privo del carattere della decisorietà e della definitività; b) più di recente Cass., n. 22568/2015, in *Leggi d'Italia on line*, secondo cui anche la pronuncia sulla competenza emessa all'esito del regolamento di competenza non è ricorribile per Cassazione.

⁸⁰ C. MORETTI, *Il controllo giudiziario sull'esercizio della «responsabilità genitoriale»*, cit., 4214, richiama Cass., n. 14091/2009, in *Leggi d'Italia on line*, e, sotto un altro profilo processuale, ricorda come, più di recente, la Cassazione abbia escluso l'ammissibilità del ricorso straordinario per Cassazione avverso i provvedimenti emessi in via provvisoria e urgente (così Cass., n. 10291/2014, in *Leggi d'Italia on line*, ma *contra* Cass. Sez. in., n.1/2001, in *Giust. civ.*, 2001, I, 1229), pronunciati d'ufficio ai sensi dell'art. 336, co. 3, c.c.

9. ORDINI DI PROTEZIONE CONTRO GLI ABUSI FAMILIARI: RATIO E TUTELA DEL FIGLIO.

Il codice civile del 1942 configurava un sistema familiare chiuso, quasi non comunicante con altri ambiti dell'ordinamento. Un sistema in cui la persona era sovrastata dall'istituto della famiglia matrimoniale, più collegato allo Stato che all'individuo, dove la moglie e il figlio si trovavano in una posizione di disuguaglianza rispetto al marito-padre; e soprattutto dove i diritti soggettivi erano tendenzialmente solo quelli espressamente previsti dalla normativa sulla famiglia e sulla filiazione.

Emblematica di questa cornice giuridica era la situazione della persona vittima di aggressione, violenza, abuso da parte del coniuge o del convivente. Non le rimaneva che abbandonare la casa familiare, anche se di sua proprietà.

La legge n. 154/2001, dopo un lungo *iter* legislativo iniziato nel 1997, ha introdotto nel codice civile e nel codice di procedura penale misure contro la violenza nelle relazioni familiari. Essa rappresenta un'altra significativa tappa dell'affermazione dei diritti fondamentali della persona nella famiglia e dell'attuazione del principio di superiorità assiologica dell'individuo rispetto a qualunque bene espresso da qualsivoglia formazione sociale. Anche qui si ha una conferma di come l'effettività e la pervasività di tali diritti abbiano contribuito all'evoluzione del concetto di famiglia e alla primazia della tutela del minore. Sono questi due fenomeni strettamente connessi nel senso della reciproca influenza.

Nei lavori preparatori della legge⁸¹ si prende atto della diffusione del fenomeno della violenza domestica - ancora oggi contrassegnato da numeri elevati e trasversale ai ceti e alle classi sociali - e dell'insufficienza di strumenti giuridici adeguati a tutelare incisivamente le vittime. Il legislatore, sia pur con ritardo rispetto alla conclamata esigenza di protezione, ha adottato un doppio binario di tutela: penale e civile.

Non si tratterà in questa sede dei provvedimenti adottabili dal giudice penale (art. 282-*bis* e art. 291, co. 2-*bis*, c.p.p.)⁸². Preme soltanto rilevare che la vittima può scegliere se denunciare in sede penale l'autore della condotta, chiedendo nel relativo procedimento le misure protettive, o se ottenerne l'applicazione nel giudizio civile.

⁸¹ I lavori preparatori e le relazioni di accompagnamento ai disegni di legge si possono leggere nel sito della Camera dei Deputati (www.cameradeideputati.it).

⁸² R. PITTARO, *Le misure contro la violenza nelle relazioni familiari: profili di diritto penale sostanziale*, in *Fam. e dir.*, 2003, 203 ss. È utile però sottolineare, com'è stato rilevato da un autore (C. M. BIANCA, *La famiglia*, cit., 527), che, prevedendo l'art. 282-*bis* c.p.p. ordini di protezione analoghi a quelli di cui all'art. 342-*ter* c.c., vi è il rischio di un contrasto tra il provvedimento del giudice civile e di quello penale. In tal caso prevarrà quello adottato successivamente.

Interessa la normativa civilistica - su cui la dottrina si è ampiamente soffermata⁸³ - in particolare, però, per quanto attiene alla posizione giuridica soggettiva del minore. Il quale sembra estraneo al novero dei soggetti legittimati a chiedere, nel proprio interesse, gli ordini di protezione.

Effettivamente la normativa, almeno *expressis verbis*, non pone in risalto la figura del minore. Il titolo IX-*bis* del libro primo del codice civile, adoperando il sostantivo plurale «ordini», allude, fin da subito, a più misure volte a tutelare, per il futuro, l'integrità fisica o morale ovvero la libertà dell'altro *coniuge* o del *convivente* (art. 342-*ter* c.c.).

Autore della condotta pregiudizievole può essere, come recita espressamente l'art. 342-*bis* c.c., sia uno dei due coniugi che il convivente, ma anche, ai sensi dell'art. 5 l. n. 154/2001, un altro componente del nucleo familiare diverso dai primi due⁸⁴. L'individuazione della vittima è, come si accennava, problematica.

Dalla lettura dell'art. 342-*bis* c.c. emerge come la persona offesa dalla condotta lesiva sia non già il figlio, ma l'altro genitore o il convivente. I beni giuridici protetti sono l'integrità psico-fisica o la libertà di questi soggetti, la cui lesione, peraltro, può dar luogo ad illecito civile (art. 2059 c.c.). Da ciò, tuttavia, non si può trarre la conclusione che il minore non sia tra i destinatari dello strumento protettivo.

Per dipanare il problema interpretativo è utile riprendere alcuni aspetti della disciplina degli ordini di protezione, dando conto dell'applicazione giurisprudenziale.

La persona vittima di un abuso familiare può ottenere dal tribunale ordinario diversi provvedimenti, che non incidono sullo *status familiae* dell'autore della condotta riprovata giuridicamente: 1) l'ordine di ces-

⁸³ Più di recente G. DI LORENZO, *Gli ordini di protezione contro gli abusi familiari*, in *Tratt. di dir. di fam.*, diretto da G. Bonilini, *La famiglia e l'adozione*, cit., 4243 ss. Ma è imprescindibile la lettura almeno di: F. AULETTA, *Misure (civili) contro la violenza nelle relazioni familiari: ipotesi ricostruttive della legge n. 154/2001*, in *Fam. e dir.*, 2003, 3, 294 ss.; A. RENDA, «*Abusi familiari*» (*dir. civ.*). a) *profili soggettivi e oggettivi*, in *Enc. dir., Annali*, 2014, VII, 9 ss. e ivi M. PALADINI, b) *contenuto dell'ordine di protezione*, 9 ss.; L. SCARANO, *L'ordine di allontanamento dalla casa familiare*, in *Famiglia*, 2003, 337 ss.; S. SILVANI, *Gli ordini di protezione contro gli abusi familiari (artt. 2-8. Legge 4 aprile 2011, n. 154 - Misure contro la violenza nelle relazioni familiari)*, in *Tratt. di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, *Famiglia e matrimonio. Relazioni familiari-Matrimonio-Famiglia di fatto*, a cura di G. Ferrando-M. Fortino-F. Ruscello, Milano, 2011, I, 1191 ss.; A. G. CIANCI, *Gli ordini di protezione familiare*, in *Famiglia-Quaderni*, Milano, 2005. Per una prospettiva comparatistica soprattutto con altri paesi da cui la nostra legge ha tratto ispirazione cfr. C. D'ANGELO, *Gli ordini di protezione contro gli abusi familiari negli ordinamenti di common law*, in *Gli abusi familiari. Misure personali e patrimoniali di protezione. Profili di diritto civile, penale e comparato*, a cura di M. Paladini, Padova, 2009, 284 ss.

⁸⁴ La disposizione consente di ottenere un ordine di protezione indirizzato contro un parente di uno dei due coniugi o conviventi *more uxorio* che viva stabilmente con il nucleo familiare.

sazione della condotta pregiudizievole e l'allontanamento dalla casa familiare dell'autore della stessa; 2) l'ordine di non avvicinarsi ai luoghi abitualmente frequentati dalla vittima dell'abuso, compresi quelli in cui avviene l'istruzione dei figli della coppia, salvo che detti luoghi debbano essere frequentati per esigenze di lavoro; 3) l'intervento dei servizi sociali, di un centro di mediazione familiare o di associazioni che abbiano come fine statutario il supporto di donne e minori vittime di maltrattamenti; 4) il pagamento periodico di un assegno.

Gli ordini di protezione postulano una condotta, qualunque essa sia, che abbia determinato un «grave pregiudizio» ai beni giuridici della integrità, fisica o morale, o della libertà. Costituiscono misure estreme, come la decadenza dalla responsabilità genitoriale, giustificata anch'essa dal grave pregiudizio. Ogniqualvolta il giudice adotti un provvedimento che interrompe il rapporto genitore-figlio, come l'allontanamento dalla casa familiare o la decadenza dalla responsabilità, si è all'apice della pervasività dello strumentario rimediabile.

Ma - è importante sottolinearlo in chiave sistemica - il legislatore non è mosso soltanto da un intento distruttivo del legame familiare. Egli mostra di non considerare il provvedimento privativo come definitivo, perché, come si già rilevato, è nel rapporto sano e stimolante con i genitori che il figlio beneficia delle condizioni migliori per sviluppare, con equilibrio, la propria personalità. Da qui la previsione normativa della reintegrazione nella responsabilità genitoriale (art. 332 c.c.) o del termine massimo di durata sia dell'affidamento familiare (art. 4, co. 4, l. n. 184/1983) e, per l'appunto, degli ordini di protezione (art. 342-ter co. 4), unitamente al coinvolgimento di figure professionali preposte al recupero del rapporto, che, per ovvie ragioni, deve avvenire in un tempo relativamente breve.

Vi è una medesima linea di politica del diritto che pervade tutti gli istituti e i rimedi a tutela del minore e dell'unità familiare (art. 29, co. 2, Cost.). In definitiva l'ordinamento, nei casi più gravi, consente sì di elidere il rapporto e la convivenza familiare, ma in pari tempo indica la strada del loro ripristino.

Tre sono i punti essenziali della disciplina degli ordini di protezione su cui occorre soffermarsi: 1) i soggetti beneficiari degli ordini di protezione; 2) la nozione di abuso familiare; 3) il contenuto degli ordini di protezione.

Sul primo punto, l'art. 342-bis c.c. riferisce il grave pregiudizio all'altro coniuge o al convivente. È senz'altro riconducibile a questa disposizione il caso della lesione della salute o della libertà del consorte o del convivente da parte dell'altro.

Dubbia è la nozione di convivente accolta dal legislatore. Secondo un'interpretazione⁸⁵, rileva la convivenza *more uxorio*, che si ha quan-

⁸⁵ G. DI LORENZO, *Gli ordini di protezione contro gli abusi familiari*, cit., 4252.

do, come stabilisce l'art. 1, co. 36, l. n. 76/2016, tra persone maggiorenti (anche omosessuali)⁸⁶ vi sia un legame affettivo di coppia stabile e reciproca assistenza morale e materiale, in assenza di un rapporto di parentela, affinità o adozione, del matrimonio o dell'unione civile tra i conviventi. Di conseguenza gli ordini di protezione non si applicano tra persone che si limitino a condividere la stessa casa senza un progetto comune di tipo familiare basato sull'*affectio* e sulla solidarietà.

La tesi è da accogliere poiché nella situazione di mera condivisione degli ambienti di vita, per amicizia o al fine di prestarsi reciprocamente un mutuo soccorso, non si ha una famiglia, la quale esiste se vi sono i predetti tratti (legame affettivo di coppia, stabilità, solidarietà). In tal caso è preclusa l'applicazione degli ordini di protezione, i quali perseguono il precipuo scopo di contrastare gli «abusi familiari».

Non può sfuggire come la legge n. 76/2016 sulle unioni civili e sulle convivenze di fatto non qualifichi mai famiglia né le une né le altre. Questa impostazione sebbene sia discutibile nonostante il disposto dell'art. 29, co. 1, Cost. - ma sul punto di tornerà in seguito - non ha ostacolato la previsione legislativa degli ordini di protezione anche a tutela del soggetto, vittima di maltrattamenti, in unione civile (art. 1, co. 14, l. n. 76/2016).

Gli ordini di protezione, al di là di qualche “velo” che impedisce di vedere nitidamente, tutelano l'individuo nella famiglia. Correttamente allora una parte della dottrina⁸⁷ sostiene che anche il figlio possa richiedere l'emanazione di un ordine di protezione. Ciò innanzitutto sulla base della stessa lettera dell'art. 342-*bis* c.c., laddove utilizza la categoria concettuale del convivente, cui è riconducibile anche il figlio lesa dalla condotta di un genitore o di un altro convivente (non geni-

⁸⁶ Con l'entrata in vigore della l. n. 76/2006 («Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze») non vi possono essere più dubbi sulla rilevanza della convivenza di fatto tra persone dello stesso sesso (*id est*: tra coloro che non sono uniti civilmente ai sensi dell'art. 1, coo. 1-3, l. cit.). I caratteri della convivenza *more uxorio*, recepiti dall'art. 1, co. 36, l. cit. (già individuati dalla Cassazione), e i diritti, anche sulla casa di comune residenza (art. 1 coo. 42-44 e co. 61), attribuiti dalla legge, consentono di qualificare tale convivenza come famiglia, sebbene il legislatore non abbia mai adoperato tale termine, né con riguardo ai soggetti in unione civile né ai conviventi di fatto. Di conseguenza al modello di famiglia composto da due persone omosessuali, conviventi di fatto, si applicheranno gli ordini di protezione, direttamente, come chi scrive ritiene preferibile, o analogicamente. Del resto l'art. 342-*bis* c.c. utilizza il termine convivente per individuare sia l'autore che il destinatario della condotta atta a integrare abuso familiare.

⁸⁷ C. M. BIANCA, *La famiglia*, cit., 526-527, ritiene che gli artt. 330 e 333 c.c. abbiano natura di norme speciali, pertanto la tutela del minore disposta ai sensi di questi articoli dal tribunale per i minorenni ben potrebbe essere «integrata mediante l'adozione di ulteriori provvedimenti da parte del tribunale civile in applicazione della legge del 2001». Cfr. anche A. G. CIANCI, *Gli ordini di protezione familiare*, cit., 178, il quale ragiona similmente, concludendo che gli ordini di protezione possano affiancarsi ai provvedimenti assunti ai sensi degli artt. 330 e 333 c.c.

tore). Il termine convivente, se illuminato dal principio del preminente interesse del minore, deve essere inteso in senso più ampio possibile e non limitato al solo partner.

La tesi in parola invoca anche l'art. 5 della legge n. 154/2001, rubricato «Pericolo determinato da altri familiari», che apre ai figli quali soggetti legittimati a richiedere gli ordini di protezione. Esso stabilisce che la disciplina degli ordini di protezione si applica anche «nei confronti di altro componente del nucleo familiare diverso dal coniuge o dal convivente». La disposizione è stata richiamata dalla giurisprudenza di merito proprio a sostegno dell'interpretazione estensiva che include il figlio tra i soggetti protetti dalla disciplina degli ordini di protezione⁸⁸.

Secondo un'altra parte della dottrina⁸⁹, i maltrattamenti e gli abusi commessi nei confronti dei minori non legittimano il ricorso ai sensi dell'art. 342-*bis*, in quanto gli artt. 330, co. 2 e 333 c.c. costituiscono una disciplina speciale rispetto alla disciplina generale degli ordini di protezione. Pertanto gli ordini di protezione non sono applicabili quando viene in rilievo un esercizio gravemente scorretto della responsabilità genitoriale.

Il discorso sulla specialità degli artt. 330 ss. c.c. è piuttosto sfuggente, non fosse altro perché, in una certa misura, i presupposti che giustificano la decadenza dalla responsabilità genitoriale si sovrappongono a quelli sui cui si basa l'emanazione degli ordini di protezione. Siamo piuttosto di fronte a strumenti di tutela diversi, originati talvolta dalla medesima condotta e dallo stesso pregiudizio.

⁸⁸ Trib. Piacenza, decr. 23.10.2008, *Mass.* in *Leggi d'Italia on line*, afferma che l'ambito di applicazione degli ordini di protezione di cui all'art. 342-*bis* c.c. è ridefinito dall'art. 5 l. n. 154/2001, la cui formulazione lascia intendere che il figlio possa essere soggetto attivo o passivo della condotta che integra l'abuso familiare. Il tribunale rileva altresì una sovrapposizione dei presupposti oggettivi della fattispecie di cui all'art. 342-*bis*, da un lato, e degli artt. 330, co. 2 e 333 c.c., dall'altro. Certamente il grave pregiudizio all'integrità e alla libertà della persona può essere ricompreso nella condotta di maltrattamento o di abuso di cui all'art. 330, co. 2, c.c. Secondo il tribunale, «qualora si tratti di fattispecie di c.d. «violenza assistita», in cui la vittima diretta dei maltrattamenti è un genitore ed il figlio vengono loro malgrado costretti ad assistervi, si può ipotizzare una sovrapposizione di competenze tra il giudice civile e il tribunale per i minorenni». Nel caso di specie il tribunale per i minorenni aveva già disposto la decadenza del padre dalla potestà genitoriale, mentre il tribunale ordinario ha ordinato al padre, ai sensi degli artt. 342-*bis* e 342-*ter* c.c., di versare periodicamente una somma per il mantenimento del figlio.

Questo decreto del tribunale di Piacenza è decisamente apprezzabile, soprattutto perché inserisce il figlio tra i soggetti protetti dalla normativa sugli ordini di protezione. Il figlio, subendo un abuso indiretto, diviene soggetto passivo della condotta pregiudizievole e può chiedere gli ordini di protezione. L'art. 736-*bis* c.c. consente «anche alla parte personalmente», cioè al soggetto legittimato all'esercizio dell'azione, di depositare, con ricorso, una richiesta di emissione degli ordini di protezione. Dunque anche il figlio potrà senz'altro assumere la veste di ricorrente in giudizio.

⁸⁹ G. VILLA, *Potestà dei genitori e rapporti con i figli*, cit., 352, riporta l'opinione negativa della dottrina maggioritaria, alla quale sembra aderire.

Ad ogni modo la dottrina che ragiona in termini di specialità, ritiene che il tribunale per i minorenni, nel disporre l'allontanamento del genitore o del convivente, avvalendosi della elasticità dell'espressione «provvedimenti convenienti» di cui all'art. 333 c.c., possa imporre le prescrizioni di cui all'art. 342-ter, co. 1, seconda parte e disporre l'intervento dei servizi sociali ai sensi dell'art. 342-ter, co. 3, c.c.

Nella sostanza le due tesi appena esposte si avvicinano, ma rimane una differenza importante. Ove si accolga la seconda tesi (specialità degli artt. 330 ss. c.c.), è di competenza esclusiva del tribunale per i minorenni decidere in caso di maltrattamenti o abusi del minore. Secondo la prima tesi, senz'altro da preferire, il ricorrente potrà adire il tribunale ordinario ai sensi dell'art. 342-bis c.c.

10. (SEGUE) LA NOZIONE DI ABUSO FAMILIARE.

Sul secondo punto indicato nel paragrafo precedente, riguardante la nozione di abuso familiare, si può subito rilevare come il legislatore abbia non già tipizzato la condotta, ma gli esiti di questa. I quali devono consistere nel «grave pregiudizio all'integrità fisica o morale ovvero alla libertà dell'altro coniuge o convivente». Questa scelta tecnica ha consentito di ricomprendere nella fattispecie legale, ora in esame, un'ampia casistica⁹⁰, garantendo una maggiore protezione della vittima.

In generale si può osservare come il problema della tutela più efficiente sia davvero apicale per l'ordinamento giuridico. La dottrina, come si è già posto in risalto nel capitolo II-sez. I, § 12 ha dedicato a questo profilo studi di grande interesse e anche la giurisprudenza si è dimostrata sensibile al superamento, a certe condizioni, della tipicità degli strumenti di tutela (si pensi, solo per fare un esempio, al caso già ricordato Cir/Fininvest).

Ma ciò che interessa sottolineare è la strategia rimediale elastica che ha adottato il legislatore della famiglia. Il quale si è mosso su due piani distinti: per un verso, non ha descritto la condotta giuridicamente rilevante, per l'altro, non ha tipizzato il rimedio⁹¹. Con il risul-

⁹⁰ Nella Relazione della seconda Commissione permanente (Giustizia) del Senato del 27 novembre 1998 (rel. Pettinato), in www.camera.it, si scrive che la vastità delle condotte lesive dell'integrità psico-fisica e della libertà altrui ha sconsigliato una loro tipizzazione analitica, ponendo l'accento essenzialmente sul pregiudizio arrecato a tali beni giuridici. Rilevano perciò, a titolo esemplificativo, i seguenti comportamenti: «aggressione all'incolumità fisica, violenza morale e psicologica, costrizioni, minacce, maltrattamenti, abusi sessuali, privazione e menomazione della libertà di movimento o di determinazione».

⁹¹ È frequente, nell'ambito del diritto di famiglia, qualora vengano in rilievo patologie o gravi alterazioni del rapporto familiare, una costruzione flessibile del rimedio. Il legislatore negli ordini di protezione non ha descritto la condotta. In altri casi, come si diceva, non ha tipizzato il rimedio, lasciando al giudice il potere discrezionale

tato di incrementare l'effettività del diritto che, se lesa, esprime tutta la sua forza attuativa sul piano rimediabile.

La disciplina degli ordini di protezione è incentrata sulla protezione del coniuge, del convivente e, come si è cercato di dimostrare, della prole, con riguardo ad ambiti essenziali della vita umana: l'integrità e la libertà. Non interessa quale tipo di condotta abbia lesa questi beni.

Il primo effetto abusivo contemplato dall'art. 342-*bis* c.c. è il grave pregiudizio all'integrità fisica. Formula questa che allude innanzitutto agli atti di violenza che ledano il corpo umano, con conseguente rilievo penale della condotta. Il reato di maltrattamenti (art. 572 c.p.) può essere di certo alla base degli ordini di protezione. Con una precisazione: la nozione civilistica di abuso familiare è autonoma e più ampia rispetto alla fattispecie penale, potendo sussistere anche senza che sia stata integrata quest'ultima. Come accade qualora il grave pregiudizio all'integrità fisica sia conseguenza di una condotta isolata e non già reiterata, come richiede, invece, il reato di maltrattamento⁹².

Del resto la legge n. 304/2003 ha soppeso dal testo dell'art. 342-*bis* c.c. il presupposto negativo dell'esercizio dell'azione, espresso dalla frase «qualora il fatto non costituisca reato perseguibile d'ufficio». Perciò, per effetto di tale modifica, a fronte di una condotta che integri un reato perseguibile d'ufficio, la persona offesa - coniuge o altro convivente - può chiedere al giudice civile l'ordine di protezione, realizzandosi, così, effettivamente, l'intenzione del legislatore di adottare

di individuarlo volta per volta, così che esso possa essere più funzionale alla fattispecie concreta. A quest'ultimo proposito si ricorda come il giudice nei procedimenti cui fa riferimento il capo II del titolo IX del libro I del codice civile, all'art. 337-*ter* può adottare «ogni altro provvedimento relativo alla prole». Inoltre, come si è già rilevato, l'art. 333 c.c., con riguardo al controllo sull'esercizio della responsabilità genitoriale, prevede l'adottabilità dei «provvedimenti convenienti». Ancora, l'art. 709-*ter* c.p.c., a fronte di controversie insorte sempre sull'esercizio della responsabilità genitoriale o delle modalità di affidamento, assegna al giudice il potere di emettere «i provvedimenti opportuni».

⁹² Cass. pen., n. 37019/2003, *Riv. pen.*, 2004, 1137 ss., sul reato di maltrattamenti in famiglia, afferma che «deve escludersi che la compromissione del bene protetto si verifichi in presenza di semplici fatti che ledono ovvero mettono in pericolo l'incolumità personale, la libertà o l'onore di una persona della famiglia, essendo necessario, per la configurabilità del reato, che tali fatti siano la componente di una più ampia ed unitaria condotta abituale, idonea ad imporre un regime di vita vessatorio, mortificante e insostenibile». In motivazione, la Corte ha tuttavia precisato che fatti episodici lesivi di diritti fondamentali della persona, derivanti da situazioni contingenti e particolari, che possono verificarsi nei rapporti interpersonali di una convivenza familiare, non integrano il delitto di maltrattamenti, ma conservano la propria autonomia di reati contro la persona. Si diceva, invece, che la fattispecie civilistica dell'abuso familiare è diversa e più ampia: cfr. Trib. Palermo, 4.6.2001, in *Dir. fam. succ.*, 2001, 1102 ss., che fonda gli ordini di protezione (allontanamento, divieto di avvicinarsi all'abitazione dei familiari della moglie e assegno di mantenimento) su un singolo ed isolato episodio di violenza, ma tale da far temere la reiterazione della condotta. Si è trattato di un'aggressione con insulti del marito alla moglie, aggressione avvenuta con l'appoggio della di lui famiglia e alla presenza della figlia.

un doppio binario di tutela⁹³. I due ambiti, civile e penale, sono perfettamente autonomi.

Non si deve, quindi, dubitare che una condotta isolata possa determinare i presupposti degli ordini di protezione; anche perché un solo episodio comportamentale, aggressivo e violento, può ben determinare un grave pregiudizio ai beni giuridici protetti dall'art. 342-*bis* c.c.⁹⁴; e ciò a prescindere dalle cause che l'hanno determinato⁹⁵.

Un altro effetto abusivo è la grave lesione della sfera morale, che si verifica anzitutto a seguito dell'aggressione fisica o verbale contrassegnata da minacce di arrecare mali ingiusti⁹⁶. Non si esclude che la

⁹³ Si rileva esattamente nella Relazione del 2 agosto 2001 al disegno di legge n. 1495, poi diventato legge n. 304/2003 («*Modifica all'articolo 342-bis del codice civile, in materia di ordini di protezione contro gli abusi familiari*»), che il presupposto negativo dell'ordine di protezione (stabilito nella l. n. 154/2001) determina l'elevato rischio che la domanda al giudice civile possa essere dichiarata inammissibile, con conseguente grave pregiudizio per la vittima. Nella relazione si rileva anche, con una nota di realismo che non deve mai mancare al legislatore, che le vittime di abusi e violenze sono per lo più restie a sporgere denuncia penale. Dunque vi era una ragione in più - *id est.*: un incremento di tutela della persona - per abrogare detto presupposto.

⁹⁴ Trib. Palermo, 4.6.2001, cit.

⁹⁵ Trib. Terni, 26.9.2003, *Mass.* in *Leggi d'Italia on line*: «Ricorrono i presupposti per ordinare l'allontanamento di un coniuge dalla casa familiare, quante volte sia accertata l'esistenza di comportamenti violenti in ambito familiare, gravemente pregiudizievoli per l'integrità fisica o morale ovvero per la libertà dell'altro coniuge, a prescindere da qualsiasi indagine sulle cause di tali comportamenti e sulle rispettive colpe nella determinazione della situazione». Questa pronuncia è significativa perché mostra la prontezza applicativa dell'ordine di protezione. Oltre a non rilevare, come si diceva innanzi, il tipo di condotta posta in essere, non rilevano neppure le ragioni che hanno spinto il familiare a ledere beni fondamentali della persona. Semmai queste ragioni potranno pesare in sede di valutazione giudiziale dell'addebito della separazione personale tra coniugi.

Naturalmente l'atipicità della condotta non deve opacizzare la linea di confine tra istituti diversi. Se, infatti, vi è un'aspra conflittualità che determina soltanto un disaccordo in ordine all'esercizio della responsabilità genitoriale, si fuoriesce dall'ambito applicativo dell'art. 342-*bis* c.c. [cfr. Trib. Bologna, 2.5.2012, in *Fam. pers. succ.*, 2012, 6, 1 ss. con nota di A. COSTANZO, *Quando il contrasto tra i genitori naturali non giustifica l'ordine di protezione: un caso di cessazione di convivenza e trasferimento unilaterale del minore* (versione in *Leggi d'Italia on line*), che revoca gli ordini di protezioni disposti con decreto *inaudita altera parte*].

⁹⁶ Trib. Pistoia, 21.12.2010, in *www.altalex.it*, con riguardo a un caso di reiterate minacce di morte da parte del convivente *more uxorio*. Scrive il giudice che «la complessiva condotta [in esame] oltre ad essere connotata, di fondo, da mancanza di rispetto e sensibilità nei confronti della convivente (...), non di rado risulta essersi concretata in violente aggressioni verbali e minacce di arrecare mali ingiusti, [perciò essa] lede, in modo attuale concreto, quanto meno l'integrità morale della ricorrente». Il trib. si allinea così alla giurisprudenza, all'epoca consolidata, «la quale ha ritenuto sussistenti gli estremi della condotta pregiudizievole talvolta nel verificarsi di un solo episodio violento (...) tale da far temere la reiterazione della condotta»; altre volte nella reiterazione di azioni ravvicinate nel tempo ed esperite consapevolmente (...); infine nelle «reiterate aggressioni verbali (...), ovvero nelle «violente aggressioni verbali e minacce di arrecare mali ingiusti». Gli ordini di protezione sono consistiti, nel caso di specie,

sfera morale possa essere lesa anche da comportamenti e parole offensive del complesso dei valori propri del familiare vittima dell'abuso o da discorsi che minino profondamente l'autostima. Tendenzialmente, invece, non è sufficiente il turpiloquio e la volgare aggressività verbale nei confronti del coniuge o del convivente.

Alcuni autori hanno paventato il rischio dell'applicazione arbitraria degli ordini di protezione, che si anniderebbe nell'«assenza di criteri di giudizio tipizzati», soprattutto quando viene in rilievo la sfera morale o la libertà dell'altro coniuge o convivente⁹⁷. È, questo, indubbiamente un profilo delicato, poiché la misura dell'allontanamento incide su diritti di rilievo costituzionale non solo dell'allontanato, ma anche del figlio. È anche vero, però, che l'indeterminatezza della condotta, che costituisce il pregio dell'istituto, è controbilanciata, nella costruzione della fattispecie legale, dalla gravità del pregiudizio e dalla individuazione dei beni giuridici protetti.

Con il riferimento alla libertà dell'altro coniuge o convivente, vengono in rilievo le libertà fondamentali enunciate nella parte I-titolo I della Costituzione (artt. 13, 15, 16, 17, 18, 19, 21 Cost.). Con la consapevolezza che i diritti fondamentali oggetto di riconoscimento e di garanzia da parte della Repubblica (art. 2 Cost.) costituiscono una categoria aperta all'evoluzione storico-normativa della società, influenzata dal diritto europeo e internazionale.

11. (SEGUE) IL RAPPORTO TRA I DIVERSI ORDINI DI PROTEZIONE E LA TUTELA PIÙ EFFICIENTE NEL SISTEMA FAMILIARE.

Il giudice sceglie e calibra gli ordini di protezione secondo le specifiche esigenze di tutela della vittima dell'abuso familiare. L'art. 342-ter c.c. prevede una gamma di ordini, diversi e complementari, cioè da affiancare l'uno all'altro, che consente, come è stato rilevato dalla dottrina⁹⁸, di «ritagliare su misura» l'intervento protettivo più consono alla vicenda concreta. Sull'ampiezza di questo potere discrezionale, la

in: cessare ogni condotta pregiudizievole nei confronti della ricorrente; allontanamento dell'autore della condotta dalla casa familiare; ordine ai Carabinieri di dare esecuzione al provvedimento; assegno di mantenimento a carico dell'allontanato. Anche Trib. Bari, 28.7.2004, in *Foro it.*, 2005, I, 555, ha negato gli ordini di protezione a fronte di una situazione di reciproca incomunicabilità ed intolleranza dei coniugi, caratterizzata da litigi, anche aspri nei toni, ma pur sempre litigi non aggravati da violenza fisiche o minacce. Ancora il Trib. Bari, 18.7.2001, in *Fam. e dir.*, 2002, 623 ss., ha disposto questa volta gli ordini di protezione, ritenendo lesiva dell'integrità morale della coniuge, la condotta consistita in continui pedinamenti e controlli telefonici, nell'uso di epiteti dispregiativi e nella negazione di ogni sostegno economico.

⁹⁷ G. DI LORENZO, *Gli ordini di protezione contro gli abusi familiari*, cit., 4248, riprende i rilievi di A. CIANCI, *Gli ordini di protezione familiare*, cit., 69 ss.

⁹⁸ G. DI LORENZO, *Gli ordini di protezione contro gli abusi familiari*, cit., 4257.

dottrina non è unanime. Non è chiaro quale sia il rapporto tra i diversi ordini di protezione; se l'uno possa essere disposto senza l'altro.

Si usa distinguere un contenuto necessario da uno eventuale degli ordini di protezione, discutendo su ciò che appartenga all'uno e all'altro.

Secondo una tesi⁹⁹ afferiscono alla prima classificazione l'ordine giudiziale di cessazione della condotta e la contestuale disposizione di allontanarsi dalla casa familiare. Il giudice non può disporre soltanto di arrestare i comportamenti lesivi, ma deve necessariamente estromettere il coniuge o il convivente dalla casa familiare.

Attengono, invece, al contenuto eventuale: l'ordine di non avvicinarsi ai luoghi abitualmente frequentati dal ricorrente (lavoro, domicilio dei genitori o di altri prossimi congiunti o di altre persone, luoghi di istruzione dei figli), fatto salvo il caso in cui il destinatario dell'ordine protettivo non debba frequentare uno di detti luoghi per esigenze di lavoro; l'intervento dei servizi sociali o di un centro di mediazione familiare o di associazioni di protezione; la corresponsione di una assegno periodico.

Si argomenta in primo luogo dall'andamento letterale dell'art. 342-ter, co.1, c.c. Nella sua prima parte si stabilisce che il giudice ordina la cessazione dalla condotta lesiva «e dispone l'allontanamento dalla casa familiare». Questi due provvedimenti sono strettamente legati: accertata l'esistenza di una delle ipotesi di abuso familiare (art. 342-bis c.c.), il giudice non può che ordinare di porre fine alla condotta, allontanando al contempo dall'abitazione l'autore della stessa.

Sostiene la tesi in parola che la facoltà di scegliere l'ordine di protezione da adottare è rimessa al giudice solo quanto alle misure indicate nella seconda parte dell'art. 342-ter c.c., in cui si adopera l'espressione «ove occorra». La quale - si noti - non è impiegata con riguardo all'allontanamento, termine, questo, preceduto dalla congiunzione «e», che ha la funzione di unire le parti del discorso. L'ordine di protezione, dunque, esigerebbe sempre l'allontanamento.

Questa tesi tutela maggiormente la vittima della condotta lesiva dell'integrità psico-fisica o della libertà, perché la priva del potere discrezionale di scegliere se limitare la propria tutela all'ottenimento soltanto dell'ordine giudiziale di cessazione della condotta pregiudizievole o se, unitamente a questo, domandare anche l'allontanamento del coniuge o del convivente dalla casa familiare. Tale interpretazione - si potrebbe aggiungere - sarebbe coerente con i presupposti degli ordini di protezione, i quali evocano un pregiudizio molto grave alla persona.

Un'altra tesi¹⁰⁰ ritiene, invece, che soltanto l'ordine di cessazione

⁹⁹ L. SCARANO, *L'ordine di allontanamento dalla casa familiare*, cit., 340.

¹⁰⁰ Cfr.: A. G. CIANCI, *Gli ordini di protezione familiare*, cit., 185 ss.; F. AULETTA, *Misure (civili) contro la violenza nelle relazioni familiari: ipotesi ricostruttive della*

della condotta lesiva sia necessario, mentre tutte le altre misure, compreso l'allontanamento, sono meramente eventuali. Sarebbe perciò perfettamente ammissibile un ordine di protezione che si limitasse, nei casi pur sempre di grave pregiudizio, a ordinare al coniuge o al convivente di porre fine alla propria condotta, senza aggiungere alcun'altra misura. Il pregio di questa impostazione è di lasciare libera la vittima di graduare la propria tutela, consentendole una scelta che bilanci la protezione di sé con la tenuta dell'unità familiare. Una scelta, questa, tanto più necessaria in presenza di figli minori (o maggiorenni non autosufficienti).

A sostegno dell'indipendenza dei diversi ordini di protezione, si fa leva sulla lettera dell'art. 342-*bis* c.c. nella parte in cui stabilisce che il giudice «può adottare con decreto uno o più dei provvedimenti di cui all'art. 342-*ter* c.c.». Quindi anche uno soltanto, come, appunto, l'ordine di cessazione della condotta pregiudizievole.

Si richiama anche l'art. 282-*bis*, co. 4, c.p.p. (aggiunto dall'art. 1 l. n. 154/2001), dal cui tenore letterale emerge che soltanto nel processo penale, in considerazione della particolare gravità e offensività della condotta, ciascuna misura di protezione postula necessariamente l'ordine di allontanamento dalla casa familiare. Se è stato revocato o ha comunque perduto efficacia il provvedimento che dispone l'allontanamento, le altre misure protettive non possono essere assunte o, se già in essere, perdono efficacia.

Non è agevole propendere per l'una o per l'altra tesi, sebbene la prima si esponga a un'obiezione che nasce da una linea di fondo degli strumenti di tutela familiari. Se l'allontanamento deve essere necessariamente disposto, la vittima dell'abuso può essere disincentivata ad agire in giudizio soprattutto quando ci sono figli.

L'intervento protettivo apprestato dall'ordinamento nelle diverse fattispecie, come si è già osservato innanzi, non è solo distruttivo della relazione e, anche quando lo è (ad es.: nella decadenza dalla responsabilità genitoriale), vi è la possibilità di ripristinare la coesione del legame. Allora è più coerente con questa logica di sistema lasciare al coniuge o al convivente la scelta di quale ordine di protezione richiedere: se la sola cessazione della condotta lesiva o anche l'allontanamento dalla casa familiare.

Si consideri che quando il giudice emette un ordine protettivo può sempre attivare, ai sensi dell'art. 342-*ter*, co., 3 s.s., l'intervento dei

legge n. 154/2001, 294 ss.; G. DI LORENZO, *Gli ordini di protezione contro gli abusi familiari*, cit., 4257, ritiene questa tesi più convincente e richiama quegli autori che hanno, tra l'altro, escluso la natura di provvedimenti cautelari degli ordini di protezione. Non può darsi rilievo decisivo in senso contrario al diverso il dato che emerge dai lavori preparatori, in cui si dice che l'intento del legislatore è di introdurre misure rapide, di carattere cautelare e provvisorio, sia da parte del giudice penale che del giudice civile. Effettivamente sembra mancare il carattere cautelare, poiché gli ordini di protezione non sono correlati ad un successivo provvedimento finale da emanare.

servizi sociali, di un centro di mediazione o di un'associazione (ecco la *pars construens*) allo scopo non solo di sostenere le vittime della condotta abusiva, ma anche, sebbene la norma non lo preveda espressamente, l'autore della stessa.

La normativa sugli ordini di protezione ha determinato anche un altro problema: se la convivenza sia presupposto imprescindibile per l'emanazione dei provvedimenti di cui all'art. 342-ter c.c. La giurisprudenza si è divisa, sebbene le pronunce più recenti abbiano accolto, correttamente, l'indirizzo più estensivo¹⁰¹.

Indubbiamente l'art. 342-bis c.c. delinea fattispecie incentrate sulla convivenza: la condotta è posta in essere dal «coniuge o da altro convivente». Tuttavia da queste parole non può trarsi la convinzione che il legislatore abbia collegato gli ordini di protezione esclusivamente al nucleo convivente. È naturale che gli abusi familiari prendano come modello di riferimento la famiglia i cui membri convivano sotto lo stesso tetto. Ma la compagine familiare può essere strutturata in vario modo e l'art. 5 l. n. 154/2001 postula proprio tale consapevolezza nel dare rilevanza anche alla condotta indirizzata nei confronti «di altro componente del nucleo familiare diverso ... dal convivente».

Di conseguenza, se la convivenza è già cessata perché la vittima della violenza abbia lasciato la casa familiare, il giudice può comunque disporre, in via cumulativa o alternativa, la cessazione della condotta violenta, l'allontanamento dall'abitazione familiare del congiunto violento, l'inibitoria ad avvicinarsi ai luoghi abitualmente frequentati dalla vittima.

Dopo aver analizzato il rapporto tra i diversi ordini di protezione e chiarito il rilievo della convivenza, è utile soffermarsi sui singoli ordini, senza indugiare ancora sull'ambito applicativo e sulle funzioni dei medesimi.

L'allontanamento impone all'allontanato di dimorare in un altro

¹⁰¹ Trib. Novara, ord. 1.7.2011, testo integrale in *Leggi d'Italia on line*, argomenta la tesi estensiva dall'art. 8, co. 1, l. n. 145/2001 che consente l'emanazione dei provvedimenti ex art. 342-ter c.c. dopo l'udienza presidenziale di separazione (in cui i coniugi sono autorizzati a vivere separati) o di divorzio e dall'art. 5 l. n. 145/2001 «che fa riferimento al concetto, assai ampio, di nucleo familiare, [idoneo] a ricomprendere anche la figura del coniuge ex convivente, col quale continui ad esservi un legame tale da costituire l'occasione - o, più spesso, il pretesto - per perpetrare vessazioni, persecuzioni o violenze». In senso conforme cfr.: Trib. Bologna, 22.3.2005, in *Fam. pers. succ.*, 2005, 2, (versione in *Leggi d'Italia on line*) con nota redazione di I. AMBROSI; Trib. Modena, 29.7.2004, in *Gius.*, 2004, 3942 ss.; Trib. Firenze, 15.7.2002, in *Fam. e dir.*, 2003, 3, 263, con nota di G. DE MARZO, *Gli ordini di protezione contro gli abusi familiari*, pone giustamente l'accento sul grave pregiudizio all'interno della famiglia e non sulla convivenza tra soggetto attivo e passivo della condotta abusiva. Si legge nel provvedimento che: «gli ordini di protezione contro gli abusi familiari non hanno soltanto la funzione di interrompere situazioni di convivenza turbata, ma soprattutto quella di impedire il protrarsi di comportamenti violenti in ambito familiare».

luogo a una certa distanza minima dalla casa familiare, fissata dal giudice. La titolarità della proprietà in capo all'autore dell'abuso non preclude il provvedimento giudiziale di allontanamento del proprietario¹⁰². Generalmente il tribunale ordina ai Carabinieri l'esecuzione delle misure disposte dal giudice; ciò è necessario quando l'autore della condotta violenta non intenda allontanarsi.

Vi sono situazioni in cui l'estromissione dalla casa familiare non è sufficiente, divenendo indispensabili le misure protettive eventuali. Spesso occorre prescrivere al coniuge o al convivente, soprattutto quando è violento, di non avvicinarsi ai luoghi abitualmente frequentati dal ricorrente e a quelli in cui i figli della coppia ricevono l'istruzione.

All'allontanamento e alle misure eventuali può accompagnarsi la previsione giudiziale dell'intervento dei servizi sociali, di un centro di mediazione familiare o di un'associazione. Enti, questi, che offrono un sostegno alle vittime e che tentano di recuperare, come si diceva, anche l'autore dell'abuso familiare, al fine di ripristinare un modo corretto di rapportarsi ai membri della famiglia. Naturalmente gli interessati sono liberi di seguire o meno un percorso di recupero, con ogni conseguenza sullo *status familiae*.

Un'ulteriore eventuale strumento protettivo è l'ordine di pagare periodicamente un assegno a favore delle persone conviventi che, a causa dell'allontanamento, rimangono prive di mezzi adeguati per vivere. Questa previsione normativa è di estrema importanza perché la sua mancanza - ciò emerge nei lavori preparatori - avrebbe potuto disincentivare la vittima economicamente dipendente dal coniuge o dal convivente ad agire in caso di abusi familiari.

L'assegno svolge una funzione assistenziale, essendo volto a superare la mancanza di «mezzi adeguati» - come si esprime l'art. 342-ter, co. 2 c.c. - per fronteggiare i costi ordinari dell'esistenza. Il giudice confronterà la situazione economica propria della famiglia prima dell'allontanamento con quella in cui vengono a trovarsi la vittima dell'abuso e i suoi conviventi dopo l'ordine di lasciare la casa.

L'importo dell'assegno non è dunque correlato allo stato di bisogno, come negli alimenti (438 c.c.), ma risponde all'esigenza di riequilibrare uno sbilanciamento economico, determinato dall'allontanamento e preclusivo di una vita indipendente¹⁰³.

¹⁰² È questo un valore aggiunto dell'ordine di protezione, che ne fa un rimedio maggiormente funzionale alla migliore tutela della persona. Chi ha già subito un pregiudizio per effetto dell'abuso familiare non deve, infatti, subire l'ulteriore danno consistente nell'essere allontanato dalla casa in cui si svolgeva la vita matrimoniale o la convivenza *more uxorio* o l'unione civile (art. 1, co. 14, l. n. 76/2016). Si consideri che, ove sussista un contratto di locazione a nome dell'allontanato, su quest'ultimo continuerà a gravare l'obbligo di pagamento del relativo canone.

¹⁰³ Secondo C. M. BIANCA, *La famiglia*, cit., 529, invece, «l'assegno a favore del

Il riferimento contenuto nell'art. 342-ter, co. 3, c.c. alle «persone conviventi» fa sì che destinatari dell'assegno possano essere anche i figli, a conferma che gli ordini di protezione proteggono non solo il coniuge, il convivente *more uxorio* o il soggetto in unione civile, ma anche il figlio, vittima diretta o indiretta dell'abuso.

Per evitare che l'ordine di corrispondere l'assegno sia disatteso, il giudice può imporre al datore di lavoro dell'obbligato di versare direttamente all'avente diritto una parte della retribuzione. È un ordine di distrazione indirizzato al *debitor debitoris*, previsto anche dall'art. 316-bis, co. 2, c.c. a proposito del genitore che non concorre al mantenimento dei figli e dagli artt. 156, co. 6 c.c. e 8, co. 3, l. n. 898/1970 rispettivamente in materia di separazione e di divorzio (cfr. *supra* § 1).

Il giudice deve stabilire la durata dell'ordine di protezione, che non può essere superiore a un anno (prima del d.l. n. 11/2009 conv. in l. n. 38/2009 la durata massima era di sei mesi). La vittima può chiedere una proroga per il tempo strettamente necessario, ove ricorrano giustificati motivi (art. 342-ter, co. 3, c.c.).

Ove sorgano difficoltà o contestazioni sulle modalità di attuazione del decreto contenente gli ordini di protezione, il giudice può emanare gli opportuni provvedimenti, compreso l'ausilio della forza pubblica e dell'ufficiale sanitario (art. 342-ter, ult. co., c.c.).

12. (SEGUE) IL PROCEDIMENTO: CENNI.

È forte la convinzione¹⁰⁴ che il grado di efficacia di un rimedio, posto a presidio di una situazione giuridica soggettiva, dipenda dal tipo e dalla durata del relativo procedimento giudiziale in cui esso è disposto. Se l'attuazione del rimedio è farragginosa, ne va dell'esistenza o della pienezza del diritto per cui si agisce.

C'è un legame strettissimo tra il piano sostanziale e quello processuale, tale per cui se il primo è caratterizzato da una buona legge in cui sono chiaramente espressi e disciplinati i rimedi, il secondo non può essere lento e disfunzionale.

Questa consapevolezza, forse ovvia ma spesso non soppesata ab-

coniuge e dei figli si determina secondo i criteri valevoli in caso di separazione [applicabili analogicamente]. Con riguardo agli altri conviventi, l'entità dell'assegno dovrà corrispondere al livello di assistenza prestata durante la convivenza».

¹⁰⁴ A. di MAJO, *La tutela civile dei diritti sostanziali*, cit., 7, rileva come la tutela dei diritti si inveri nel processo; pertanto la storica contrapposizione *sub specie tutelae* tra diritto e processo non è più accettabile. Egli scrive che: «se non è certo il processo la sede nella quale si definiscono e qualificano i bisogni di tutela, bensì la legge sostanziale, e con riferimento ai rimedi ivi riconosciuti, è tuttavia il processo la sede in cui tali scelte sono destinate a tradursi in tecniche e forme adeguate». Il diritto, quando viene leso, vive nel processo e le scelte riguardanti la selezione dei beni giuridici e i rimedi che li presidiano non possono che influire la risposta giudiziale.

bastanza in occasione delle riforme legislative¹⁰⁵, emerge a chiare lettere nei lavori preparatori della legge n. 154/2001. Le intenzioni professate dal legislatore erano quelle di prevedere, con riguardo agli ordini di protezione, un procedimento agile, proteso alla emanazione di un provvedimento di tutela immediatamente esecutivo. È evidente il perché: la gravità dei fatti e il pericolo in cui incorre la persona, ancor più grave se riguarda il figlio minore di età, esigono una risposta veloce da parte della magistratura.

Così l'art. 3 della legge n. 154/2001 ha aggiunto il capo V-bis («*Degli ordini di protezione contro gli abusi familiari*») nel titolo II («*Procedimenti in materia di famiglia e di stato delle persone*») del libro IV del codice di procedura civile.

Il procedimento si avvia con ricorso proposto, anche personalmente (*id est*: senza assistenza legale), dalla vittima dell'abuso familiare. Competente per territorio è il tribunale ordinario in composizione monocratica del luogo di residenza o domicilio del ricorrente, che provvede in camera di consiglio (art. 736-bis, co. 1, c.p.c.).

Il giudice designato dal presidente del tribunale per la trattazione del ricorso «procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione necessari». Egli può disporre, anche avvalendosi della polizia tributaria, «indagini sui redditi, sul tenore di vita e sul patrimonio personale e comune delle parti» (art. 736-bis, co. 2, c.p.c.). Questa attività istruttoria è propedeutica all'ordine di pagamento dell'assegno periodico posto a carico dell'autore dell'abuso, qualora la vittima e i conviventi rimangano privi di mezzi adeguati (art. 324-ter, co. 2, c.c.).

Se non vi è urgenza di provvedere, il tribunale, sentite le parti, decide con decreto motivato immediatamente esecutivo (art. 736-bis, co. 2, c.p.c.). Altrimenti, nel caso di urgenza, assunte ove occorra sommarie informazioni, il giudice può adottare immediatamente l'ordine di protezione (*inaudita altera parte*), fissando al contempo «l'udienza di comparizione delle parti davanti a sé entro un termine non superiore a quindici giorni e assegnando all'istante un termine non superiore a otto giorni per la notificazione del ricorso e del decreto» (art. 736-bis, co. 3, c.p.c.).

Il decreto che dispone le misure protettive è reclamabile al tribunale in composizione collegiale, entro i termini perentori previsti dall'art. 739, co. 2, c.p.c.: dieci giorni dalla comunicazione del decreto se questo è dato in confronto di una sola parte, o dalla notificazione se il medesimo è dato in confronto di più parti. E il reclamo non sospende l'esecutività dell'ordine di protezione. Inoltre la decisione del giudice del gravame, assunta con decreto motivato, non è impugnabile (art.

¹⁰⁵ A. PROTO. PISANI, *La giurisdizionalizzazione dei processi minorili c.d. de potestate*, in *Foro it.*, 2013, IV, 71 ss.; F. TOMMASEO, *I procedimenti de potestate e la nuova legge sulla filiazione*, in *Riv. dir. proc.*, 203, 558 ss.

736-bis, co. 4, c.p.c.), perciò non è ammesso ricorso in Cassazione né ordinario né straordinario ai sensi dell'art. 111, co. 7, Cost.¹⁰⁶. Il che, secondo alcuni autori, renderebbe l'art. 736-bis, co. 4, c.p.c. incostituzionale, incidendo gli ordini di protezione sulla libertà personale.

Gli ordini di protezione sono adottabili anche nel corso del procedimento di separazione o di divorzio (art. 8 l. n. 154/2001). Se si è svolta l'udienza di comparizione dei coniugi - o, si deve ritenere, dei soggetti in unione civile ai sensi dell'art. 4 l. n. 898/1970 richiamato dall'art. 1, co. 25 l. n. 76/2016 - davanti al presidente del tribunale, gli ordini di protezione di cui all'art. 342-ter c.c. possono essere assunti esclusivamente dal giudice investito del procedimento di separazione o di divorzio (o di scioglimento dell'unione civile)¹⁰⁷. Quindi gli ordini di protezione possono essere pronunciati o all'esito del procedimento di cui all'art. 736-bis c.p.c. o nel corso del procedimento di separazione personale dei coniugi, di divorzio o di scioglimento dell'unione civile.

Quanto alla natura del procedimento, si discute se esso sia un autonomo giudizio contenzioso, oppure se debba essere ricondotto alla volontaria giurisdizione. Si esclude la natura cautelare in senso stretto dell'azione cautelare¹⁰⁸.

Sarebbe eccessivo soffermarsi su questi aspetti perché di stampo

¹⁰⁶ Così Cass. n. 208/2005, in *Fam. pers. succ.*, 2005, 2 (versione in *Leggi d'Italia on line*), con nota di M. PONTORIERI, *Ordine di allontanamento ex art. 342-bis c.c. ed interessi tutelati*, e Cass., n. 625/2007, in *Fam. e dir.*, 2007, 6, 571 ss., con nota di A. PRESUTTI, *Ordine di protezione e ricorso ex art. 111 comma 7 Cost.: una preclusione davvero giustificata?*, afferma a chiare lettere che «in tema di ordini di protezione contro gli abusi familiari nei casi di cui all'art. 342-bis cod. civ., il decreto motivato emesso dal tribunale in sede di reclamo con cui si accolla o si rigetti l'istanza di concessione della misura cautelare dell'allontanamento dalla casa familiare, non è impugnabile per cassazione né con ricorso ordinario - stante l'espressa previsione di non impugnabilità contenuta nell'art. 736-bis cod. proc. civ., introdotto dall'art. 3 della legge 4 aprile 2001, n. 154 (Misure contro la violenza nelle relazioni familiari) - né con ricorso straordinario ai sensi dell'art. 111 Cost., giacché detto decreto difetta dei requisiti della decisorietà e della definitività».

¹⁰⁷ Stabilisce, inoltre, l'art. 8, co. 2, l. n. 154/2001 che «L'ordine di protezione adottato ai sensi degli articoli 2 e 3 perde efficacia qualora sia successivamente pronunciata, nel procedimento di separazione personale o di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio promosso dal coniuge istante o nei suoi confronti, l'ordinanza contenente provvedimenti temporanei ed urgenti prevista, rispettivamente, dall'articolo 708 del codice di procedura civile e dall'articolo 4 della legge 1° dicembre 1970, n. 898, e successive modificazioni». Questa stessa prescrizione deve essere ritenuta applicabile analogicamente all'ipotesi in cui i provvedimenti temporanei e urgenti siano stati pronunciati nel corso del procedimento di scioglimento dell'unione civile promosso da uno dei soggetti in unione.

¹⁰⁸ Secondo Trib. Milano, 17.4.2013, in *Leggi d'Italia on line*, la disciplina degli ordini di protezione, prevista per contrastare le condotte lesive della persona del congiunto, fa sì che difetti la residualità richiesta dall'art. 700 c.p.c. per l'ammissibilità dello strumento cautelare.

prettamente processuale civilistico. Piuttosto è utile rilevare come l'art. 6 l. 154/2001, per rafforzare la tutela della vittima dell'abuso familiare, abbia previsto l'applicabilità dell'art. 388, co. 1 e ult. co., c.p. in caso di elusione dell'ordine di protezione. Pertanto l'autore di tale condotta è punito, a querela della persona offesa, con la reclusione fino a tre anni o con la multa da euro 103 a euro 1.032.

Infine l'infungibilità degli ordini di protezione e l'esistenza di un provvedimento di condanna giustificano l'applicabilità dell'art. 614-bis c.p.c. Pertanto la vittima dell'abuso familiare può chiedere al giudice chiamato ad emettere gli ordini di protezione la fissazione di una «somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento».

Sezione II

Nuove successioni mortis causa e diseredazione.

SOMMARIO: - 1. Diritti successori del figlio nato fuori del matrimonio. - 2. Diritti successori dell'adottato in casi particolari. - 3. La disciplina dei diritti dei figli non riconoscibili e ricadute su di essa delle modificazioni alle azioni di stato. - 4. Diseredazione per giusta causa del genitore e centralità dei diritti del figlio. - 5. Retroattività delle disposizioni sui diritti successori e limiti. - 6. (*Segue*) Intervento della Corte costituzionale e incoerenza tra il divenire dei valori e la retroattività della legge. - 7. (*Segue*). Ipotesi di chiamate sopravvenute all'eredità e usucapione.

1. DIRITTI SUCCESSORI DEL FIGLIO NATO FUORI DEL MATRIMONIO.

Prima della riforma della filiazione 2012/2013, la parentela naturale aveva un rilievo più contenuto, a fini ereditari, rispetto a quello proprio della parentela legittima. Il figlio nato fuori del matrimonio (denominato figlio naturale) succedeva *mortis causa* al genitore che lo aveva riconosciuto (o la cui paternità/maternità era stata giudizialmente accertata), ma non entrava a far parte della famiglia di quest'ultimo (cfr. art. 258 c.c. nel testo ante riforma), non acquisendo rapporti di parentela con altri soggetti.

Ne conseguiva che: a) il fratello/sorella naturale del *de cuius* fosse escluso dalla successione di questi, salvo che mancassero altri successibili all'infuori dello Stato. Al fratello defunto succedeva il coniuge e gli altri più lontani parenti; b) lo zio, fratello del genitore di un figlio naturale, non succedeva a quest'ultimo e viceversa; c) i cugini naturali (*id est*: i figli dei fratelli, parenti di quarto grado in linea collaterale) non succedevano tra di loro; d) il diritto di rappresentazione non operava, nella linea collaterale, a favore dei discendenti naturali dei fratelli/sorelle del *de cuius*.

I giudici, dagli anni Settanta del secolo scorso, cominciarono ad avvertire, grazie anche al lavoro di alcuni studiosi, l'irragionevolezza di una disciplina che, pervicacemente, escludeva il figlio naturale dall'ordine dei successibili. Non sono, infatti, mancate le questioni di legittimità costituzionale, volte ad ottenere sentenze additive che alterassero l'ordine dei successibili, accrescendo la rilevanza giuridica della parentela naturale. Esse, tuttavia, sono sempre state dichiarate inammissibili o non fondate, sul presupposto che l'ordine delle categorie

dei successibili fosse di competenza del legislatore (art. 42, co. 4, c.c.)¹.

Secondo la Corte costituzionale non è desumibile dalla Carta fondamentale un obbligo per il legislatore di far entrare il figlio naturale nella famiglia di origine del genitore, attraverso la previsione del vincolo di parentela con i membri di questa. La tutela che l'art. 30, co. 3, Cost. garantisce ai figli nati fuori del matrimonio è da riferire - soggiunge la Consulta - soltanto al rapporto con il genitore e non anche a quello con i parenti di quest'ultimo².

¹ È interessante rilevare come già alcune sentenze della Corte costituzionale, pur non dichiarando l'incostituzionalità di quelle disposizioni contrarie alla rilevanza alla parentela naturale, avvertivano lo iato tra la regola giuridica e la concretezza dei rapporti tra persone che, di fatto, si percepivano come parenti. Cfr.: Corte cost., n. 76/1977 (rel.: L. Amadei), in *Foro it.*, 1977, I, 1346 ss., che ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 570 c.c. (quanto alla successione tra fratelli naturali) e dell'art. 586 c.c. (sempre sulla successione tra fratelli rispetto a quella dello Stato, ma cfr. *infra* nota 5); Corte cost., n. 363/1988 (rel.: L. Mengoni), in *Foro it.*, 1989, I, 2039 ha dichiarato costituzionalmente legittimo l'art. 565 c.c. nella parte in cui esclude il figlio naturale dalla successione dello zio/zia (fratello/sorella del padre) e viceversa; Corte cost., n. 377/1994 (rel.: L. Mengoni), in *Giust. civ.*, 1995, I, 84 ss., ha confermato la costituzionalità degli artt. 565 e 572 c.c. nella parte in cui non prevedono la chiamata *ab intestato* dei fratelli/sorelle naturali del *de cuius* in luogo di lontani parenti legittimi. La Consulta ha ritenuto di non poter costituire i fratelli/sorelle naturali del *de cuius* come «terzo ordine di successibili tra gli ascendenti e i fratelli e le sorelle legittimi (o i loro discendenti) e gli altri parenti collaterali dal terzo al sesto grado, i quali degraderebbero a quarto ordine». Vi è però in questa pronuncia un invito al legislatore a modificare l'ordine dei successibili alla luce della «dinamica evolutiva dei rapporti sociali», una dinamica che ha visto un notevole incremento delle nascite fuori del matrimonio e del fenomeno parallelo della famiglia di fatto. Insomma queste regole successorie erano percepite come anacronistiche già diversi anni prima della riforma 2012/2013. Cfr. anche Corte cost., n. 532/2000 (rel.: A. Santosuosso), in *Giust. civ.*, 2001, I, 593 ss., con nota di C. M. BIANCA, *I parenti naturali non sono parenti? La Corte costituzionale ha risposto: la discriminazione continua*, in *Famiglia*, 2001, 498 ss., con nota di M. DELLA CASA, *La vocazione a succedere dei parenti naturali tra garanzie costituzionali e normativa codicistica*, in *Fam. e dir.*, 2001, 361 ss., con nota di G. FERRANDO, *Principio di uguaglianza, parentela, successione*, secondo cui non è incostituzionale l'art. 565 c.c. nella parte in cui esclude la successione legittima tra i cugini naturali.

² Costantemente la Corte costituzionale ha affermato che il vincolo di parentela tra la prole naturale ed i parenti del genitore non trova riferimenti nella Carta fondamentale (cfr. soprattutto le due pronunce estese da Luigi Mengoni: Corte cost., 363/1988, cit. e Corte cost., n. 377/1994, cit., nelle quali vi è una rigorosa interpretazione dell'art. 30, co. 3, Cost.). Lo sfavore legislativo nei confronti della parentela naturale rispetto a quella legittima non violava, secondo la Corte cost., né l'art. 30, co. 3, Cost., né l'art. 3 Cost. sotto i profili, rispettivamente, dell'uguaglianza e della pari dignità sociale. L'argomento addotto, in verità, non era pienamente convincente: si sottolineava la differenza esistente tra la situazione delle persone tra le quali vi è un rapporto di consanguineità e quella dei soggetti legati tra loro anche dal vincolo di una vera e propria parentela. In verità l'argomentare della Consulta era influenzato, non si vuol dire da un preconcetto, ma da un quadro normativo, la cui interpretazione era un po' forzata, tant'è che è stata, al tempo, messa in discussione da una parte della dottrina. Da un

Vi sono state critiche a questa interpretazione, che finiva per congelare il principio di uguaglianza e il valore della dignità sociale in ragione della preminenza, rispetto ad altre unioni, della famiglia fondata sul matrimonio³. E ancora, si osservava: l'assiologia costituzionale pone al vertice della scala valoriale la persona e non già le formazioni sociali. Il tipo di rapporto esistente tra i genitori non può condizionare la disciplina della filiazione al punto da diversificare lo stato di figlio con riguardo al profilo della parentela.

Già prima della riforma ultima - è bene sottolinearlo - una parte della dottrina invocava l'unicità dello stato di figlio; da attuare, come in effetti è stato fatto, senza dover preventivamente apportare modifiche alla Costituzione.

Alcuni giudici, come si accennava innanzi, pensavano di potere ottenere significative modifiche della normativa attraverso l'intervento della Corte costituzionale. La quale, in verità, è stata molto rispettosa delle prerogative del legislatore, accogliendo la questione di legittimità

lato si riteneva che solo il matrimonio fosse dotato di una garanzia costituzionale (art. 29 Cost.) e non anche la c.d. famiglia di fatto (la quale era ritenuta comunque costituzionalmente rilevante), dall'altro che vi fosse una gerarchia tra la filiazione legittima e quella nata fuori del matrimonio. Di conseguenza soltanto dal matrimonio potevano scaturire rapporti completi di parentela secondo il disposto dell'art. 74 c.c., nella versione ante riforma 2012. Sono stati soprattutto Cesare Massimo Bianca nello scritto sopra citato e in altri saggi, F. PROSPERI, *Unicità dello "status filiationis" e rilevanza della famiglia non fondata sul matrimonio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2013, 273 ss. e A. PALAZZO, *La riforma dello status di filiazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 245 ss., a sottolineare, con forza e lucidità, l'errore di quella linea di pensiero secondo cui il matrimonio, per il rilievo costituzionale attribuitogli dai costituenti, avrebbe dovuto influenzare il problema della parentela naturale. Ma diversificare l'ampiezza del vincolo di parentela a seconda che si trattasse di filiazione legittima o di filiazione naturale creava una evidente discriminazione di quest'ultima. I rapporti tra i genitori, osservava la dottrina citata, non possono giustificare un diverso statuto giuridico del nato. È giusto sottolineare che su questa problematica la dottrina dell'epoca è stata più pronta del legislatore e della giurisprudenza. Oggi, al contrario, si scrive spesso che la dottrina non riesca ad anticipare la giurisprudenza e, più che altro, che essa si appiattisca sulle svolte giurisprudenziali, avendo smarrito interesse per la coerenza del sistema giuridico, accecata, come la giurisprudenza, dal desiderio di sostituirsi alla legge. Forse questo giudizio è troppo severo. La complessità del vivere sociale e dei rapporti economici moltiplica le domande di giustizia e i giudici sono in prima linea nel fornire una risposta influenza da una vera e propria rete di fonti giuridiche e dalle pronunce delle Corti sovranazionali. A volte accade che sia proprio la critica dottrinale ad essere discutibile, soprattutto quando pone l'accento in modo esasperato su una coerenza meramente astratta dell'argomentazione, che si mostra, pertanto, irragionevole e lontana dalle esigenze della fattispecie concreta. Il che naturalmente non significa possibilità per il giurista di basare la soluzione sulla propria coscienza e sul proprio supposto buon senso. Il tema del soggettivismo dell'interpretazione è scivoloso e non si può che rimandare all'opera di grande equilibrio e spessore culturale, già citata, di Giuseppe Benedetti intitolata «L'oggettività esistenziale dell'interpretazione».

³ C. M. BIANCA, *Dove va il diritto di famiglia?* in *Familia*, 2001, 9 ss.; *Id.*, *La Legge italiana conosce solo figli*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1 ss.; *Id.*, *Tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, 507 ss.

costituzionale solo quando non mirava ad alterare l'ordine dei successibili, determinando l'ingresso del figlio naturale nella famiglia del *de cuius*.

È intervenuta la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 565 c.c. nella parte in cui escludeva dalla successione legittima, in mancanza di altri successibili e prima dello Stato, i fratelli e le sorelle naturali del *de cuius* riconosciuti o dichiarati giudizialmente⁴. Vi è stata anche la dichiarazione di incostituzionalità sempre dello stesso articolo nella parte in cui non consentiva, in mancanza di altri successibili, la successione tra fratelli naturali⁵.

In questo contesto normativo si è inserita la riforma 2012/2013, che ha compiuto quel passo rimasto estraneo alla Corte costituzionale: l'inserimento del figlio "naturale" nella famiglia del genitore nei cui confronti è stato formalizzato lo stato di figlio attraverso il riconoscimento o la dichiarazione giudiziale (artt. 74 e 258, co. 1, c.c.). Di conseguenza, oggi, il figlio nato fuori dal matrimonio è chiamato a pieno titolo alla successione legittima (art. 565 c.c.), al pari del figlio nato in costanza di matrimonio.

È interessante sottolineare che il legislatore della riforma 2012/2013 non è intervenuto direttamente sul diritto ereditario, come invece è accaduto con la legge n. 151/1975, la quale ha modificato le quote successorie e previsto nuovi diritti. Egli ha effettuato soltanto taluni ritocchi al libro II («*Delle successioni*») del codice civile, resi necessari dall'introduzione del principio dell'unicità dello stato di figlio e della parentela⁶.

⁴ Corte cost., n. 55/1979 (rel.: L. Amadei), in *Giur. it.*, 1979, I, 1589.

⁵ Corte cost., n. 184/1990 (rel.: L. Mengoni), in *Giust. civ.*, 1991, I, 1133 ss., con nota di E. PEREGO, *La successione tra fratelli naturali dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 184 del 1990*, in *Rass. dir. civ.*, 1991, 422 ss., con nota di F. PROSPERI, *L'incerto incidere della Corte Costituzionale nei confronti della parentela naturale*, dopo aver chiarito che il limite di efficacia del riconoscimento indicato dall'art. 258 c.c. (allora vigente) non ha valore assoluto e che la disparità di trattamento tra filiazione legittima e filiazione naturale non può essere frutto di un'irragionevole bilanciamento di interessi (art. 3 Cost.), conclude che ammettere la successione tra fratelli naturali «non entra in conflitto col principio della successione familiare né con l'interesse dello Stato». Del resto, continua la Corte, l'acquisto dei beni da parte di quest'ultimo (art. 586 c.c.) tutela «l'interesse pubblico alla conservazione dei beni del defunto e alla continuità dei rapporti giuridici che a lui facevano capo, quando manchino soggetti legittimati a raccogliere l'eredità». Nel caso *de quo*, invece, la presenza del solo fratello naturale del *de cuius* (quindi di un vincolo di consanguineità) deve escludere la successione dello Stato. Con questa pronuncia, sostanzialmente, la Corte è rimasta fedele al proprio orientamento, che riserva al solo legislatore il potere di modificare l'ordine dei successibili. Anteporre il fratello naturale allo Stato - che non entra nella linea familiare - non ne costituisce una smentita. Insomma la Consulta non ha ritenuto esistenti argomenti di rilievo costituzionale in grado di giustificare l'alterazione, attraverso sentenze demolitive o manipolative, dell'ordine legale dei successibili.

⁶ M. SESTA, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 12.

L'art. 2 l. n. 219/2012 ha infatti delegato il Governo ad «*adeguare] la disciplina delle successioni e delle donazioni al principio di unicità dello stato di figlio, prevedendo, anche in relazione ai giudizi pendenti, una disciplina che assicuri la produzione degli effetti successori riguardo ai parenti anche per gli aventi causa del figlio naturale premorto o deceduto nelle more del riconoscimento e conseguentemente l'estensione delle azioni di petizione di cui agli artt. 533 e seguenti del codice civile*».

Sulla discussa attuazione di quest'articolo della legge 219/2012 con riguardo alla retroattività dei nuovi diritti successori si tornerà in seguito. Preme ora indicare, in sintesi, alcune delle più significative modifiche che hanno interessato il diritto successorio⁷.

Come si diceva, il principio di unicità dello stato di figlio ha imposto al legislatore delegato, da un lato, di modificare alcuni articoli della disciplina successoria in modo da cancellare ogni preferenza, quanto alle categorie dei successibili, per la linea di parentela alimentata da rapporti di coniugio; dall'altro, più in generale, di assicurare piena legittimità alla successione del figlio nato fuori del matrimonio anche in situazioni in cui non vi fosse un fratello nato nel matrimonio.

Con riguardo alla successione necessaria, rientrano tra i legittimari (*id est* tra i soggetti cui la legge «riserva una quota di eredità o altri diritti successori»), anche gli ascendenti naturali. L'art. 536 c.c., prima della sua parziale abrogazione da parte del d. lgs. n. 154/2013, limitava espressamente la successibilità degli ascendenti a quelli legittimi.

La successione legittima è stata interessata da uno vero e proprio sconvolgimento, accentuato dalla retroattività dei nuovi diritti successori dei figli nati fuori dal matrimonio. Ma a prescindere da questo profilo, va segnalato che l'art. 565 c.c. ante riforma 2012/2013 menzionava tra le categorie dei successibili gli «ascendenti legittimi» - quest'ultimo aggettivo è stato cancellato - e i collaterali. La categoria dei collaterali era stata intesa, lo si diceva poco sopra, come limitata ai fratelli legittimi. Oggi, invece, il fratello nato fuori del matrimonio succede al

⁷ Per una trattazione organica delle conseguenze della riforma 2012/2013 sulla successione del figlio nato fuori del matrimonio e dei nuovi parenti di lui cfr.: M. SETTA, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, cit., 13 ss.; V. BARBA, *Principi successori del figlio nato fuori del matrimonio e problemi di diritto transitorio*, in *Fam. e dir.*, 2014, 5, 497 ss.; A. P. DI FLUMERI, *Nuovi scenari e prospettive del diritto successorio alla luce della riforma della filiazione*, in *Nuove frontiere della famiglia. La riforma della filiazione*, a cura di R. Pane. Napoli, 2014, 159 ss.; F. DELFINI, *Riforma della filiazione e diritto successorio*, in *Corr. giur.*, 2013, 545 ss.; S. MEUCCI, *Successione legittima e necessaria alla luce della riforma della filiazione*, in *Persona e mercato*, 2014, 2, 153 ss.; M. DOSSETTI, *I nuovi successibili e il diritto intertemporale nella riforma della filiazione*, in *Le "nuove famiglie" e la parificazione degli status di filiazione ad opera della l. 219/2012*, Fondazione italiana del notariato, Gruppo 24 ore, 2014, 3, 90 ss. ed ivi A. TODESCHINI PREMUDA, *Diritto ereditario e casistica notarile prima e dopo la l. 219/2012 e il d. lgs. 154/2013*, 104 ss.

proprio fratello nato nel matrimonio e viceversa, con preferenza rispetto ai parenti più lontani.

Ancora: mentre prima della riforma in parola, i fratelli e le sorelle naturali vantavano un titolo reciproco di successione ereditaria solo in mancanza di altri successibili per diritto di coniugio o di parentela, adesso il fratello naturale concorre con gli ascendenti e con il coniuge. Il figlio naturale succede allo zio, al cugino e viceversa.

Muta, quindi, l'interpretazione (non il testo) degli artt. 570 e 572 c.c., dove la parola fratelli non può più essere aggettivata con il termine legittimi.

È stato ampliato anche l'ambito applicativo del diritto di rappresentazione con riguardo alla linea collaterale. Succedono per rappresentazione anche i discendenti nati fuori dal matrimonio dei fratelli e delle sorelle "naturali" del *de cuius* (art. 468 c.c.).

In definitiva, come è stato esattamente affermato⁸, sicuramente «con riguardo alla successione necessaria e alla successione legittima, nessuna differenziazione di trattamento residua con riferimento ai figli - matrimoniali, non matrimoniali e adottivi «pieni» - e agli ascendenti».

Si discute, invece, come si vedrà nel paragrafo successivo, sui diritti successori dell'adottato in casi particolari.

Prima di affrontare questa relevantissima questione, va sottolineato come vi sia un filo rosso che lega l'evoluzione della filiazione, della famiglia e dell'interpretazione di alcune disposizioni della Costituzione. L'introduzione del principio di unicità dello stato di figlio e le conseguenti modifiche del diritto successorio sono dipese da una rilettura - ritenuta possibile⁹ - degli artt. 29, co. 1 e 30, co. 3, Cost. alla luce di

⁸ M. SESTA, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, cit., 16.

⁹ *Contra* G. BONILINI, *Lo status o gli status di filiazione?* in *Fam. pers. succ.*, 2006, 685 ss., secondo il quale non sarebbe stato possibile unificare gli *status filiationis* senza intervenire sull'art. 29 Cost. In uno scritto più recente sempre G. BONILINI, *L'abrogazione della norma concernente il diritto di commutazione*, in *Fam. e dir.*, 2014, 5, 517 ss., ritiene che l'abrogazione del diritto di commutazione, di cui erano titolari i figli nati nel matrimonio, presenti profili di illegittimità costituzionale. Le considerazioni dell'illustre studioso sono di grande rilievo e certamente non è agevole discostarsene per affermare un'altra verità. Ad ogni modo qualche dubbio si insinua soprattutto sulla prima affermazione, perché l'art. 29 Cost. non prescrive, né espressamente né implicitamente, una direttiva al legislatore contraria all'equiparazione delle due categorie di filiazione sotto il profilo della parentela. Inoltre sembra potersi affermare che neppure l'art. 30, co. 3, Cost. imponga un distinguo quanto ai legami di parentela. Il criterio della compatibilità non consente di prevedere un limite che violi il principio di uguaglianza e il divieto discriminare sulla base della nascita, salvo probabilmente il caso in cui sia coinvolto un diritto dei figli matrimoniali che meriti una protezione assoluta. Quale sarebbe però il diritto da tutelare con prevalenza di cui è titolare il figlio legittimo rispetto all'introduzione del principio dell'unicità dello stato di figlio? Semmai è, ma anche qui vi sono dubbi, la questione della commutazione a giustificare un discorso a parte, perché qui, effettivamente, vi possono essere casi in cui

altri principi e valori della Carta fondamentale, prima ritenuti recessivi rispetto alla preminenza del matrimonio e della filiazione legittima.

L'unicità dello stato di figlio ha fondamento costituzionale, oltre che nel principio di uguaglianza e nel valore della dignità sociale, già ricordati, anche nel diritto di sviluppare la personalità e di affermare la propria identità. Ma questa consapevolezza, preme sottolineare, è emersa nel tempo, perché è mutato progressivamente l'ordinamento interno e sovranazionale, e prima di essi il sentire sociale. Ecco che il legislatore è stato costretto ad addivenire a una completa equiparazione della filiazione extra-matrimoniale a quella coniugale, anche quanto ai profili successori¹⁰.

appaia giusto consentire ai figli legittimi (*rectius* nati nel matrimonio) di liquidare in denaro o in beni immobili ereditari la porzione spettante ai figli naturali che non si oppongono. L'art. 537, co. 2, c.c., prima della sua abrogazione, attribuiva al giudice, a fronte dell'opposizione del figlio naturale, il potere di assumere una decisione equilibrata nel rispetto della storia delle famiglie coinvolte. La questione è oramai superata dall'abrogazione dell'art. 537, co. 2, salvo volere ritenere (come Bonilini) che tale abrogazione, avvenuta col d. lgs. n. 154/2013, sia incostituzionale.

¹⁰ F. PROSPERI, *Unicità dello «status filiationis» e rilevanza della famiglia non fondata sul matrimonio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2013, 277 ss., argomenta la tesi della piena compatibilità dell'unificazione dello stato di figlio con la Costituzione dalla preminenza della persona e della sua dignità rispetto a qualsivoglia altra finalità ordinamentale. Insomma la garanzia di istituto di cui beneficia il matrimonio (art. 29, co. 1, Cost.) e quel criterio di compatibilità della tutela giuridica e sociale dei figli nati fuori del matrimonio con i diritti dei membri della famiglia legittima (art. 30, co. 3 Cost.) non hanno precluso un'effettiva equiparazione tra le due tipologie di filiazione. Anzi, seguendo il ragionamento dell'autorevole studioso qui citato, bisognerebbe dire, *expressis verbis*, che la Costituzione materiale imponeva l'unicità dello stato. Anche M. SESTA, *Genitorialità e famiglia nella recente evoluzione legislativa*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, continuato da P. Schlesinger, *La responsabilità genitoriale e l'affidamento dei figli* (a cura di M. Sesta e A. Arceri), Milano, 2016, 11-12, non ritiene che la Costituzione precluda l'equiparazione dei due tipi di filiazione. Egli svolge una considerazione particolarmente interessante quando afferma che l'art. 29 Cost. ha fallito il suo scopo. Tale articolo non è riuscito ad imporre un modello «nel quale gli interessi collettivi e individuali trovano mediazione e armonizzazione» (la «famiglia come comunità portatrice di suoi propri diritti»). Ed è nel trarre le conseguenze di ciò sul tema, difficile e affascinante, della giuridicità che il discorso dell'autore stimola la riflessione e il dialogo. Neppure la Carta fondamentale ha la forza di imbrigliare la realtà sociale. Piuttosto si riscontra un fenomeno diverso e contrario: sono i nuovi fatti sociali e i mutamenti culturali a influenzare l'interpretazione della Costituzione. È il diritto a comportarsi «come uno specchio, che finisce per riflettere l'immagine di ciò che la mutevole realtà sociale gli pone innanzi. In breve, anziché conformare, esso risulta conformato dalla realtà effettuale», il che persuade di come lo strumento giuridico, «pur nella sua non trascurabile rilevanza, certo non sia capace di mantenere in vita modelli familiari dai quali la società si allontana». Il legislatore della novella 2012/2013, in sostanza, proprio facendo leva sull'evoluzione della realtà sociale della famiglia e dei diritti fondamentali ha ritenuto di non poter desumere dagli artt. 29 e 30 della Costituzione una prescrizione che imponesse di diversificare il regime giuridico dei figli in ragione della preminenza del matrimonio. È vero: la riforma 2012/2013 ha posto in rilievo la dimensione individuale dei diritti (art. 315-bis e 337-ter c.c.), ma ciò non ha comportato - come, invece, sottolinea Sesta - l'affermazione di un'idea di famiglia «permeata da un predominante spirito individualista». I diritti e la tutela del figlio si inquadrano e

Se cambia l'ordinamento giuridico, perché nella società vanno affermandosi idee e conoscenze nuove, muta, talvolta, di riflesso, l'interpretazione della Costituzione, naturalmente fino al punto in cui la sua elasticità lo consenta. Le Costituzioni del secondo dopoguerra non sono monoliti che arginano il divenire dei rapporti socio-economici¹¹, altrimenti esse non riuscirebbero a tenere insieme le diverse forze che si agitano e si scontrano nelle società sempre più globali.

Si diceva dell'impatto della riforma 2012/2013 sulla famiglia. Il matrimonio, come è stato esemplarmente affermato¹², «non si configura [a] più quale indispensabile presupposto per dar vita a relazioni legalmente familiari, dato che esse sorgono oramai indipendentemente dalla sussistenza del vincolo [tra i genitori], cosicché può affermarsi che esso dispieghi ora effetti esclusivamente con riguardo al rapporto tra i coniugi (...) e non impinga sui rapporti giuridici della loro discendenza, se non con riguardo...alle differenti modalità di accertamento della filiazione». Vi è stata un'evoluzione normativa che oggi esprime una disciplina giuridica unitaria della relazione genitore-figli, sia nella fase fisiologica che in quella patologica della vita familiare. La famiglia esiste, dunque, a prescindere dal matrimonio.

si dispiegano in una dimensione intersoggettiva, cioè di relazione con l'altro (con il genitore o con i parenti). Come si è sottolineato nel cap. III-sez. I e nel cap. II-sez. I, la tutela in senso distruttivo del rapporto genitore-figlio è l'*extra ratio*, poiché l'obiettivo principale di *policy* è il recupero di esso. Anche G. F. BASINI, *Lo stato di figlio*, in *Trat. dir. fam.*, diretto da G. Bonilini, *La filiazione e l'adozione*, Milano, 2016, vol. IV, 3363-3364, si chiede se l'aver privato il matrimonio della sua peculiarità di dar vita a un ampio e completo rapporto di parentela fosse nella disponibilità del legislatore ordinario. Il quale avrebbe così ridimensionato l'art. 29 cost. «nel quale, oramai, si potrebbero forse leggere, quasi tautologicamente, il riconoscimento e la garanzia dei diritti della sola "coppia matrimoniale", come società naturale fondata sul matrimonio». Il dubbio si giustifica in pieno. Ma forse deve essere attribuito maggior rilievo al fatto che anche l'interpretazione della Costituzione muta nel tempo, come ha riconosciuto, sia pur entro certi limiti, la stessa Corte costituzionale (cfr. Corte cost., n. 138/2010, cit.). L'art. 29, cost. e l'art. 30, co. 3, Cost. (che pone il limite della compatibilità) hanno subito un'erosione del loro ambito semantico e applicativo, a fronte di una estensione di quello di altre disposizioni. Questo andamento ermeneutico, sospinto dal basso dei sommovimenti socio-culturali, è proprio di una Costituzione aperta, viva e capace di seguire l'evolversi della società. Tali caratteri rappresentano un grandissimo pregio della Carta fondamentale con la quale, come è stato più volte affermato da Paolo Grossi, si è voluto leggere la società del tempo nella sua complessità, con l'idea, ammirevole e da salvaguardare, di far convivere il più a lungo possibile valori e principi diversi.

¹¹ P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., 72, scrive a proposito di una «costituzione materiale, certamente non scritta, e, pertanto, difficilmente percepibile ma tale, in quanto materia plasticamente viva, da imprimersi incisivamente a livello superficiale e, soprattutto, tale da garantire alla affiorante forma scritta la forza espansiva idonea a realizzare la coerenza col divenire perenne di una civiltà». Anche P. CARETTI, *Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti: verso un nuovo equilibrio*, cit., 28, pone in risalto come i principi, per loro natura, siano assoggettati a reinterpretazione in ragione dei mutamenti sociali.

¹² M. SESTA, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, cit., 9.

L'ampliamento dei legami familiari, conseguenza dell'unicità dello stato di figlio, ha determinato, come si è appena visto, nuove successioni *mortis causa*. Non sono mancati problemi interpretativi, su alcuni dei quali ci soffermeremo perché coinvolgono la tutela della famiglia, che è una delle ragioni giustificatrici della successione *mortis causa*¹³ e, più in particolare, del figlio.

Lo stato unico di figlio non solo ha ampliato il solidarismo familiare che è alla base della successione necessaria¹⁴, ma ha riconfigurato la struttura della famiglia, dando rilievo, attraverso la successione legittima, a legami affettivi prima irrilevanti giuridicamente; legami sorti con i nuovi più lontani parenti durante la vita del *de cuius*.

2. DIRITTI SUCCESSORI DELL'ADOTTATO IN CASI PARTICOLARI.

La questione dei diritti successori che spetterebbero all'adottato in casi particolari (artt. 44 ss. fil. n. 184/1983) è influenzata dall'interpretazione - che è risultata fin dall'entrata in vigore non univoca - dell'art. 74 c.c. nella rinnovata formulazione. In particolare, come si è già rilevato *supra* al cap. I-sez. I, § 4, non è chiaro l'ambito applicativo del

¹³ P. RESCIGNO, *La successione a titolo universale e particolare*, in *Riv. del not.*, 1992, 1347 ss. G. BONILINI, *Concetto, e fondamento, della successione mortis causa*, in *Tratt. succ. e donaz.*, diretto da G. Bonilini, *La successione ereditaria*, Milano, 2009, I, 30-38.

¹⁴ G. BONILINI, *Concetto, e fondamento, della successione mortis causa*, cit., 31 ss., afferma che la successione *mortis causa* «soddisfa anzitutto l'esigenza sociale» del proseguimento, oltre la morte, della persona fisica dei rapporti economici preesistenti. Con essa si risolve il problema della titolarità di un patrimonio da gestire, privo del titolare. La trasmissione a causa di morte - soggiunge l'autore - essendo strettamente legata al *favor* normativo per la proprietà privata, ha rango costituzionale (art. 42 Cost.), pertanto essa non può essere soppressa né pesantemente incisa a favore, ad esempio, dello Stato. L'altro fondamento della trasmissione del patrimonio, è quello di assicurare l'esigenza personale di poter indicare i beneficiari della propria successione. Ed è su ciò che si innesta la tutela dei legittimari, la quale, com'è noto, si è realizzata attraverso la limitazione legislativa della libertà di disporre dei propri beni. Il legislatore ordinario, con la disciplina della successione necessaria, ha contemperato le esigenze dell'autonomia testamentaria con quelle espresse dalla solidarietà familiare, che è un valore costituzione.

Si può osservare come l'unicità dello stato di figlio e la conseguente unificazione delle regole sulla parentela abbiano esteso e unificato il concetto di famiglia. Non si può più distinguere, sotto il profilo della filiazione, tra famiglia matrimoniale e famiglia incentrata su una convivenza *more uxorio*. Entrambe queste strutture familiari possono essere contrassegnate da una pluralità di rapporti affettivi, essenziali per una crescita equilibrata e per uno sviluppo armonico dell'identità personale del minore. Si tratta di rapporti che, con riferimento a quelli tra il minore nato fuori del matrimonio e i parenti del proprio genitore, non sono più di mero fatto, ma giuridici (artt. 315-*bis*, co. 2, e 337-*ter*, co.1, c.c.), con significative implicazioni nella successione *ab intestato*.

nuovo, più esteso, vincolo di parentela¹⁵, perché la disposizione, da un lato, stabilisce che detto vincolo opera anche con riguardo al «figlio adottivo», dall'altro, prevede un espresso caso di esclusione, stabilendo che «il vincolo di parentela non sorge nei casi di adozione di persone maggiori di età, di cui agli artt. 291 e seguenti».

Il secondo periodo dell'art. 74 c.c. prevede una fattispecie - quella dell'adozione dei maggiorenni - con riferimento alla quale la parentela descritta dall'art. 74 c.c. non viene in essere. Pertanto per individuare i legami giuridici che si creano nell'adozione del maggiore d'età, occorre far riferimento alla specifica disciplina contenuta del titolo VIII-Capo I del libro primo del codice civile.

Qui l'art. 300, co. 2, c.c. stabilisce che «L'adozione non induce alcun rapporto civile tra l'adottante e la famiglia dell'adottato né tra l'adottato e i parenti dell'adottante, salve le eccezioni stabilite dalla legge». Di conseguenza l'art. 304 c.c. prevede, in ordine alla successione *mortis causa* che: «[co. 1] L'adozione non attribuisce all'adottante alcun diritto di successione. [co. 2] I diritti dell'adottato nella successione dell'adottante sono regolati dalle norme contenute nel libro II». Soltanto l'adottato, quindi, succede all'adottante e solo a quest'ultimo.

Fin qui la disciplina è lineare. Il dubbio riguarda, invece, la disciplina applicabile all'adottato in casi particolari con riguardo all'ambito della parentela, stante il richiamo degli artt. 300 e 304 c.c. contenuto nell'art. 55 l. n. 184/1983. La dottrina si è divisa.

Secondo una tesi, l'unico caso di esclusione del vincolo (completo) di parentela è quello espressamente previsto dall'art. 74 c.c. (l'adozione di persone maggiori di età). L'art. 300 c.c. deve, pertanto, ritenersi inapplicabile all'adozione in casi particolari. L'adottato entra nella famiglia dell'adottante, acquistando il vincolo di parentela con tutti i parenti dell'adottante.

A sostegno si utilizza un argomento conservativo del tenore della disposizione di legge, volto ad attribuirle un significato effettivo, altrimenti essa sarebbe *tamquam non esset*. Il primo periodo dell'art. 74 c.c. stabilisce che la parentela in senso pieno si ha anche nel caso in cui «il figlio è adottivo». Ora, poiché il figlio adottivo acquista già,

¹⁵ Come si è rilevato *supra* nel capitolo I, la legge n. 219/2012 non ha mutato il concetto di parentela, che è sempre il vincolo tra le persone che discendono da uno stesso stipite. Il cambiamento ha riguardato l'ambito dei soggetti interessati dalla parentela. L'aggiunta nell'art. 74 c.c. della frase «sia nel caso in cui [la filiazione] è avvenuta fuori di esso [*id est*: del matrimonio]» ha creato legami di parentela e diritti successori prima insussistenti. L'art. 74 c.c. dispone, inoltre, che i vincoli di parentela sorgono anche con riguardo alla filiazione adottiva, legando, così, nella parentela, non soltanto adottante e adottato, ma anche quest'ultimo con i parenti del primo. Occorre riflettere sull'ambito applicativo di questo riferimento all'adozione (cfr. *supra* cap. I-sez. I, § 4), perché, prima della l. n. 219/2012, soltanto l'adozione legittimante determinava l'ingresso dell'adottato nella famiglia dell'adottante, creando vincoli di parentela estesi come nel caso di figlio nato in costanza di matrimonio.

per espressa disposizione dell'art. 27, co. 1, l. n. 184/1983, la condizione di parente in senso pieno, entrando *pleno iure* nella famiglia dell'adottante, si deve concludere che il riferimento al figlio adottivo non possa che riferirsi all'adozione in casi particolari.

Questa interpretazione comporta la tacita abrogazione del rinvio operato dall'art. 55 l. n. 184/1983 all'art. 300, co. 2, c.c. nella parte in cui stabilisce che l'adozione non induce alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante. Di conseguenza l'adottato diviene successibile dei parenti dell'adottante, secondo le regole della successione legittima. Egli può succedere agli ascendenti, allo zio e al cugino se il fratello dell'adottante ha figli.

Se l'adottato premuore all'adottante, qualora siano in vita anche i genitori biologici nei cui confronti si è costituito originariamente lo stato di figlio, si avrà una concorrente chiamata degli stessi e dei genitori adottivi. Ciò in quanto l'adottato non vede elidersi lo stato di figlio nei confronti della famiglia di origine, con quanto ne consegue sotto il profilo successorio (cfr. artt. 300, co. 1, e 304, co. 1, c.c. richiamati dall'art. 55 l. n. 184/1983).

Questa interpretazione non è immune da obiezioni, anzitutto perché l'art. 304, co. 1, c.c. prevede che «l'adozione non attribuisce all'adottante alcun diritto di successione». Ebbene, rimanendo all'interno della tesi in parola, non sembra coerente sostenere che l'adottato acquisisca rapporti di parentela con i parenti dell'adottante in ragione dell'abrogazione tacita del rinvio all'art. 300, co. 2, ultimo periodo, con conseguente acquisizione reciproca di diritti successori, mentre, invece, l'adottante debba rimanere estraneo alla successione dell'adottato.

È allora da ritenersi tacitamente abrogato anche il rinvio all'art. 304, co. 1, c.c. effettuato dall'art. 55 l. n. 184/1983. Nell'attesa di un (opportuno) intervento legislativo di riforma dell'adozione¹⁶, soprattutto di alcuni suoi istituti (come l'adozione in casi particolari e l'adozione del maggiorenne) e regole, si deve ammettere - ove si accolga la tesi appena esposta - in conseguenza delle predette abrogazioni tacite, la chiamata dell'adottante e, qualora vi siano, anche dei genitori biologici.

Vi è un'altra tesi di segno opposto secondo cui è illegittimo equiparare, quanto ai vincoli di parentela, l'adozione in casi particolari all'adozione piena. Opinando diversamente si verrebbe a creare arbitrariamente un terzo tipo di adozione.

A sostegno la dottrina richiama l'art. 567, co. 2 c.c., disposizione, questa, non abrogata né ritoccata dal d. lgs. n. 154/2013, il cui testo così recita: «I figli adottivi sono estranei alla successione dei parenti dell'adottante». La disposizione si riferisce all'adozione in casi parti-

¹⁶ A. MORACE PINELLI, *Per una riforma dell'adozione*, in *Fam. e dir.*, 2016, 7, 719 ss.

colari (e dei maggiorenni), poiché l'adottato con l'adozione piena «acquista lo stato di figlio nato nel matrimonio» (art. 27, co. 1, l. adoz.). Inoltre l'art. 55 l. n. 184/1983 richiama l'art. 304, co. 2 c.c. il quale, nel rinviare alle norme contenute nel libro II per la successione dell'adottato all'adottante, impone l'applicazione dell'art. 567 c.c.¹⁷

L'insieme di queste disposizioni esigerebbe di escludere la fondatezza della tesi avversa, la quale finirebbe col sostituirsi alla decisione politica. Dunque l'adottato in casi particolari, non entrando nella famiglia dell'adottante, succederebbe *mortis causa* solo a quest'ultimo. L'adottante da parte sua non acquisisce alcun diritto di successione nei confronti dell'adottato (art. 304, co. 1 c.c.) e della di lui famiglia (art. 300, co. 2, c.c.), stante i richiami normativi, ancora vigenti, contenuti nell'art. 55 l. adoz.

Si è già replicato nel capitolo I-sez. I, § 4 a questa tesi autorevole, certamente sorretta da argomenti pregnanti. Tuttavia lì si è prospettata un'interpretazione diversa, incentrata sulla finalità dei due diversi tipi di adozione, sul principio di unicità dello stato di figlio e sull'importanza per il minore della famiglia allargata a tutto il contesto parentale dell'adottante (arg. ex art. art. 315-*bis*, co. 2, c.c.).

Un'interpretazione che non usurpa lo spazio della legge, perché trae la propria conclusione da una (ri)lettura del sistema normativo, il quale non costituisce un presupposto dell'attività ermeneutica, bensì attende di essere ricostruito dall'interprete quando vi sono elementi giuridici nuovi, come quelli contenuti nella riforma 2012/2013.

Viene alla mente, proprio affrontando il problema interpretativo che ha posto l'art. 74 c.c., il notissimo volume di Nicola Lipari¹⁸, il quale, nel sottolineare la crisi delle categorie giuridiche e di ogni im-

¹⁷ M. SESTA, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, cit., 14-16, è molto critico nei confronti della tesi restrittiva, che considera l'adozione dei maggiorenni l'unica ipotesi prevista dall'art. 74 c.c., in cui il rapporto di parentela resta confinato al rapporto tra adottante e adottato maggiorenne secondo la disciplina contenuta negli artt. 330 e 304 c.c. Opinando diversamente, afferma l'autore, il figlio verrebbe collocato in più famiglie (quella originaria e quella nuova, parimenti ampia quanto alla parentela, scaturita dall'adozione in casi particolari) «stravolgendo la natura stessa della società familiare, alla quale l'istituto dell'adozione è chiamato a conformarsi».

¹⁸ Secondo N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, cit., 33-34, la relativizzazione delle categorie giuridiche, scosse da pressanti sopravvenienze (normative, giurisprudenziali e prima ancora fattuali), può contribuire a «dare nuovo senso all'idea stessa di sistema giuridico, che non risulti più impermeabile a qualunque valutazione del contenuto delle norme, di ciò che esse descrivono prescrivono, ma rappresenti semmai il punto di sintesi finale tra testo e contesto, tra strumenti formali e situazioni sostanziali, tra teoria e storia» (corsivo mio). La sopravvenienza di cui parla l'autore può avere un «effetto sistematico», cioè una ricaduta sul quadro complessivo di riferimento. Ebbene il principio dell'unicità dello stato di figlio e l'unificazione della disciplina della parentela in ragione della quale il fatto della nascita, dentro e fuori del matrimonio, è divenuto irrilevante, giustifica una rilettura dell'istituto (che altro non è se non una categoria ordinante) dell'adozione in casi particolari. Una rilettura che conduce, ad avvi-

piano sistematico preesistente, esorta l'interprete a svolgere «un'opera continua di correzione, ampliamento e modificazione» del sistema, che non è più punto di partenza ma di arrivo del ragionamento giuridico.

Naturalmente l'opera interpretativa di revisione del sistema non è affatto agevole e quest'atteggiamento metodologico, così tanto - e a ragione - sostenuto da Lipari, non può essere il pretesto per ignorare o per superare disinvoltamente le linee giuridiche di fondo dell'ordinamento. Con questa consapevolezza, però, l'interprete è tenuto a valorizzare i dati normativi nuovi, a collegarli, a leggerli nel tempo, per verificare se essi inducono ad una rilettura del sistema, che può produrre anche effetti giuridici nuovi non riconducibili a una espressa disposizione di legge, ma a una complessa argomentazione.

3. LA DISCIPLINA DEI DIRITTI DEI FIGLI NON RICONOSCIBILI E RICADUTE SU DI ESSA DELLE MODIFICAZIONI ALLE AZIONI DI STATO.

Gli artt. 279, 580 e 594 c.c. sui diritti dei figli non riconoscibili non sono stati interessati dalla riforma 2012/2013. Non si deve però ritenere che, in tale ambito, non vi sia nulla di nuovo. Vi è stata, per effetto di talune modifiche normative, una diminuzione delle ipotesi in cui il figlio non ha diritto di ottenere la costituzione dello *status filiationis*. Prima di verificare questo assunto e di chiarire quali siano le categorie dei figli non riconoscibili, è opportuno indicare i loro diritti.

Ai sensi dell'art. 279 c.c. («*Responsabilità per il mantenimento e l'educazione*»), il figlio cui è preclusa l'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità o di maternità può agire contro il genitore e pretendere da questi il mantenimento, l'istruzione e l'educazione. Se il figlio è maggiorenne e si trova in stato di bisogno «può agire per ottenere gli alimenti a condizione che il diritto al mantenimento di cui all'art. 315-*bis*, sia venuto meno».

Inoltre: al figlio non riconoscibile che abbia diritto al mantenimento spetta, ai sensi dell'art. 580 c.c., in caso di morte del genitore, «un assegno vitalizio pari all'ammontare della rendita della quota di eredità alla quale avrebbe diritto, se la filiazione fosse stata dichiarata o rico-

so di chi scrive, ad accogliere l'interpretazione restrittiva sopra esposta del riferimento normativo al «figlio adottivo».

Di particolare interesse sono, inoltre, le considerazioni che Lipari dedica alla distinzione tra categoria e principio e al diverso ruolo che ciascuno di essi ha avuto nella formazione dell'ordinamento giuridico. Il principio, diversamente dalla categoria, orienta l'interpretazione e la soluzione del caso concreto (pp. 39-41). Si è già posto in rilievo - ma ci si dovrà tornare - come il principio del preminente interesse del minore abbia contribuito, in diverse fattispecie concrete, a rafforzare una certa soluzione piuttosto che un'altra, più lontana dalla sostanza dei fatti versati nel procedimento giudiziale.

nosciuta»¹⁹. Qualora il figlio sia contrario alla rateizzazione, ha diritto di ottenere, su sua richiesta, la capitalizzazione dell'assegno in denaro, «ovvero, a scelta degli eredi legittimi, in beni ereditari».

L'art. 594 c.c. individua i soggetti tenuti all'assegno vitalizio e prevede un meccanismo affine a quello del legato in sostituzione di legittima (art. 551 c.c.). L'assegno deve essere corrisposto al figlio non riconoscibile dagli eredi, dai legatari e dai donatari in proporzione a quanto questi abbiano ricevuto, ma solo se il genitore non abbia disposto per donazione o testamento a favore del figlio stesso. In caso contrario, il figlio non riconoscibile può rinunciare alla disposizione e chiedere l'assegno.

La predetta disciplina costituisce attuazione dell'art. 30, co. 1, Cost., da cui emerge, quale principio di civiltà, che i diritti del figlio sono slegati dallo *status filiationis* e, quindi, dalla parentela. Il figlio non riconoscibile è titolare dei predetti diritti in ragione del fatto puramente naturale della procreazione²⁰.

Quanto alle fattispecie astrattamente riconducibili all'art. 279 c.c., esse sono: 1) figlio ultraquattordicenne che neghi il suo assenso al riconoscimento (art. 250, co. 2, c.c.); 2) figlio infra-quattordicenne non riconoscibile in mancanza del consenso dell'altro genitore che abbia già effettuato il riconoscimento, salvo l'intervento della sentenza che tenga luogo del consenso mancante (art. 250, co. 3, c.c.); 3) figlio non riconoscibile del genitore infrasedicenne, salvo il provvedimento autorizzativo del giudice emesso «valutate le circostanze e avuto riguardo all'interesse del figlio» (art. 250, ult. co., c.c. come modificato dall'art. 1, co. 2 let e), l. n. 219/2012); 4) figlio incestuoso non riconoscibile da parte del genitore, qualora sia negata l'autorizzazione giudiziale (art. 251 c.c. come modificato dalla riforma 2012/2013); 5) figlio in stato di abbandono con riguardo al quale siano intervenuti la dichiarazione di adottabilità e l'affidamento preadottivo (art. 11, ult. co., l. n. 184/1983); 6) figlio nato nel matrimonio o riconosciuto da altri, il quale non può essere riconosciuto da chi pretenda di essere il genitore biologico (art. 253 c.c.).

Rispetto a questa elencazione, all'indomani della riforma 2012/2013, si è posto il problema dell'ambito applicativo dell'art. 279 c.c. La discussione è stata alimentata soprattutto dall'abrogazione del ter-

¹⁹ G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 640, ritiene che l'assegno vitalizio spettante ai figli nati fuori del matrimonio non riconoscibili abbia natura di «legato obbligatorio di rendita vitalizia *ex lege*, il cui ammontare va determinato sia sul *relictum* che sul *donatum*, tenuto conto anche del valore dei beni infruttiferi».

²⁰ G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 640, rileva l'erroneità dell'altra tesi, secondo cui l'assegno vitalizio si fonderebbe sul rapporto giuridico di parentela. Se la si accogliesse, rileva l'autore, si avrebbe la conseguenza pratica di far rientrare anche i figli nati fuori del matrimonio fra i discendenti, ai sensi dell'art. 565 c.c., così da escludere la successione dello Stato.

mine di prescrizione dell'azione di disconoscimento della paternità con riguardo al figlio (art. 244, co. 5, c.c.). Parimenti imprescrittibile, sempre riguardo al figlio, è il termine di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità (art. 263, co. 2 c.c.).

Ora, se il figlio può sempre eliminare il proprio *status filiationis* falso, aprendo così la via alla costituzione formale del vero stato di figlio, si dovrebbe concludere che, in taluni dei casi sopra elencati, non si manifesti l'esigenza di tutelare il figlio. Mancherebbe infatti la *ratio* giustificatrice sottesa al disposto di cui all'art. 279 c.c.²¹, il quale, conseguentemente, dovrebbe essere ritenuto inapplicabile, almeno nelle ipotesi *supra* riportate sub n. 1 e n. 6.

Nel caso sub. n. 1), il figlio di anni quattordici che nega il suo assenso al riconoscimento non può chiedere, secondo questa impostazione, il mantenimento ai sensi dell'art. 279 c.c. Ugualmente deve concludersi con riguardo a caso sub. n. 2) per il figlio che può comunque ottenere la costituzione del vero *status filiationis*. Nell'ipotesi sub. n. 6) il figlio può sempre agire, a seconda dei casi, con l'azione di disconoscimento della paternità o attraverso impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità, stante appunto l'imprescrittibilità della relativa azione.

Questa rilettura del quadro normativo che esclude l'applicabilità dell'art. 279 c.c. qualora il figlio possa eliminare lo stato falso e costituire, con l'azione giudiziale, quello vero, difficilmente può essere superata con un'interpretazione correttiva. Se da un lato non si può escludere che il figlio, ottenuta l'eliminazione dello stato non veritiero, non intenda ottenere la costituzione dello stato nei confronti del genitore vero (è questa una scelta che richiama il diritto all'identità personale), dall'altro, l'art. 279 c.c. non dà alcun rilievo a questo profilo squisitamente soggettivo. La disposizione collega il riconoscimento dei diritti ivi previsti all'impossibilità tecnica di esperire l'azione per la dichiarazione giudiziale. Il testo di legge recita «non può» e non già «non vuole». Se il figlio quattordicenne nega il suo assenso al riconoscimento (art. 250, co. 2, c.c.), egli non potrà agire ai sensi dell'art. 279 c.c.

Ugualmente non sembra esservi spazio per ammettere la legittimità della domanda ai sensi dell'art. 279 c.c. da parte di chi, pur ritenendosi figlio, abbia deciso di non agire con l'azione volta alla costituzione dello *status filiationis*. In questo caso egli non ha diritto all'assegno vitalizio ai sensi dell'art. 580 c.c.

Una riflessione però si impone. Se si ritiene che l'art. 279 c.c. contempli soltanto l'impossibilità tecnica di agire per la costituzione dello stato di figlio, si profila qualche dubbio di legittimità costituzionale. Imporre a chi non sia stato riconosciuto di scegliere tra l'azione giudi-

²¹ Cfr. M. SESTA, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, cit., 19 e M. PARADISO, *Status di filiazione e diritti successori nella riforma*, in *La parificazione degli status di filiazione*, a cura di R. Cippitani-S. Stefanelli, Roma-Perugia, 2013, 244.

ziaria costitutiva dello stato e la rinuncia a ogni sostentamento economico può risultare, in certi casi, lesivo di beni protetti dalla Costituzione, quali la salute psichica, la dignità e l'identità personale. Può accadere che un figlio si senta più in armonia con sé stesso e con i propri valori tenendo fermo il rifiuto della costituzione dello stato di figlio. Ciò non dovrebbe precludere l'esercizio dell'azione ai sensi dell'art. 279 c.c. La questione è delicata e meriterebbe un approfondimento più specifico, non possibile in questa sede.

Quanto alle ipotesi sopra indicate sub. n. 3) e n. 5), esse sono destinate a risolversi nel tempo, attraverso l'individuazione delle figure genitoriali, rispettivamente nel genitore che ha compiuto i sedici anni (il quale è legittimato a riconoscere il figlio o potrà essere destinatario di una dichiarazione giudiziale di genitorialità) e nei genitori adottivi.

È nell'ipotesi di figlio incestuoso che viene realmente in rilievo la categoria del figlio non riconoscibile, qualora il tribunale per i minorenni abbia negato l'autorizzazione al riconoscimento del nato. In tal caso ci si deve chiedere se il figlio possa agire per ottenere la dichiarazione giudiziale di paternità/maternità. Va anzitutto rilevato che l'art. 278 c.c., come sostituito dal d. lgs. n. 154/2013, ha previsto, quale novità rispetto a quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 494/2002, l'autorizzazione giudiziale all'esercizio dell'azione costitutiva dello stato.

Ora, se il tribunale per i minorenni ha già negato l'autorizzazione al riconoscimento del figlio minorence incestuoso al fine di evitargli un pregiudizio, esso verosimilmente non autorizzerà il tutore (o il curatore speciale) del minore (art. 273 c.c.) ad esercitare la predetta azione. Se è, invece, il figlio maggiorenne ad agire con la dichiarazione giudiziale, perché i genitori non intendono effettuare il riconoscimento, il discorso si complica.

Sul punto occorre muovere da una constatazione preliminare: l'art. 278 c.c. non limita l'autorizzazione giudiziale all'esercizio dell'azione di cui all'art. 269 c.c. all'ipotesi in cui il figlio sia minorence. Si dovrebbe pertanto ritenere che l'autorizzazione sia stata sempre richiesta dal legislatore. Ma questa conclusione non è accettabile, perché il tribunale per i minorenni non può essere chiamato a valutare l'interesse del maggiorenne. Deve ritenersi, quindi, che l'autorizzazione giudiziale di cui all'art. 278 c.c. è richiesta soltanto qualora l'azione sia proposta nell'interesse del minore di età.

Il legislatore della riforma 2012/2013 ha introdotto una disciplina speculare, prescrivendo l'autorizzazione giudiziale con riguardo sia al riconoscimento da parte dei genitori, sia alla dichiarazione giudiziale di paternità/maternità. In entrambe le fattispecie, decisivo è l'interesse del minorence, il quale si realizza soprattutto attraverso l'ascolto del minore capace di autodeterminarsi.

Un'altra ipotesi di figlio irricognoscibile si ha quando il giudice, preso atto del dissenso al secondo riconoscimento espresso dal genitore che abbia già riconosciuto, nega, nell'interesse del minore, la sentenza che tiene luogo del consenso mancante (art. 250, co. 4, c.c.). In tal caso

non è ammissibile la dichiarazione giudiziale di genitorialità. Vengono perciò in rilievo i diritti del figlio non riconoscibile nei confronti del genitore cui è stato precluso di formalizzare verso di sé lo stato di figlio (artt. 279, 580 e 594 c.c.).

4. DISEREDAZIONE PER GIUSTA CAUSA DEL GENITORE E CENTRALITÀ DEI DIRITTI DEL FIGLIO.

L'art. 448-*bis* c.c., aggiunto dalla legge n. 219/2012 nella disciplina degli alimenti, contiene due disposizioni. La prima riguardante la cessazione dell'obbligo alimentare nei confronti del genitore decaduto dalla responsabilità genitoriale, la seconda, di cui interessa trattare, attribuisce al figlio il potere di escludere dalla propria successione il genitore al quale siano ascrivibili «fatti che non integrano i casi di indegnità di cui all'art. 463» c.c.

Il testo di legge è difficile da interpretare, ma comunque lo si voglia intendere esso va ben oltre quel filone legislativo, del tutto compatibile con la Costituzione²², che, nel suo complesso, ha determinato

²² La posizione giuridica del legittimario, quale erede necessario, non è imposta dalla Costituzione. Tuttavia, il valore costituzionale della solidarietà familiare impone cautela nel rivedere la disciplina. Cfr.: P. PERLINGIERI, *La funzione sociale del diritto successorio*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, 1, 134 ss.; P. RESCIGNO, *La successione a titolo universale e particolare*, in *Trattato breve delle successioni e donazioni*, diretto da P. Rescigno, *Le successioni mortis causa. I legittimari. Le successioni legittime e testamentarie*, Padova, 2010, vol. I, 5-7. L. GATT, *Memento mori. La ragion d'essere della successione necessaria in Italia*, in *Fam. pers. succ.*, 2009, 555 ss., propone *de jure condendo* l'introduzione della diseredazione in casi circostanziati dalla legge anche se non tassativi, al fine di valorizzare la reciprocità obbligatoria dei rapporti familiari. Secondo l'autrice, l'inadempimento dell'obbligo di assistenza morale e materiale nei confronti del figlio, ovvero l'inadempimento da parte di quest'ultimo del dovere di rispettare i genitori e di essere solidale con loro dovrebbe legittimare, sempre in prospettiva *de jure condendo*, la diseredazione. Siffatta facoltà incentiverebbe i membri della famiglia ad aver cura dei rapporti familiari. È utile ricordare che la diseredazione del genitore e del figlio era prevista nel diritto romano. Cfr. anche: A. PALAZZO, *La funzione suppletiva della successione necessaria, la tutela dei soggetti deboli e la diseredazione (riflessioni sul progetto per l'abolizione della categoria dei legittimari)*, in *Famiglia*, 2008, 8 ss., il quale incentra una possibile riforma della successione necessaria sulla regolamentazione della diseredazione. Molto attenta all'equilibrio tra principi diversi è la posizione di G. BONILINI, *Sulla possibile riforma della successione necessaria*, in *Tratt. succ. e donaz.*, diretto da G. Bonilini, *La successione legittima*, Milano, 2009, III, 733 ss., il quale, dopo aver escluso che la disciplina dei diritti dei legittimari confligga apertamente con il principio costituzionale dell'autonomia testamentaria (art. 42, ult. co., Cost.), si mostra favorevole a una riconsiderazione da parte del legislatore di alcune disposizioni della disciplina dei legittimari - egli, ad esempio, valuta eccessivo quanto spettante al coniuge e agli ascendenti - ma non ad una totale abrogazione della successione necessaria. Per quanto ci interessa più da vicino, Bonilini critica giustamente la disciplina dell'indegnità a succedere, la quale non è capace «di coprire l'area della ingratitudine» (p. 744). L'autore è favorevole all'introduzione di una disposizione contenente una «formula severa, seppur generale, anche se a rischio di genericità», tale da consentire la possibilità di diseredare il

non tanto una riduzione dei diritti dei legittimari²³, quanto un diverso contemperamento tra questi diritti ed altri interessi meritevoli di tutela.

Più di recente si è affacciata un'interessante giurisprudenza di merito²⁴, anticipata dalla dottrina²⁵, che ha ammesso, quando il donante è

legittimario che si sia reso colpevole di comportamenti riprovevoli nei confronti del soggetto rispetto alla successione del quale è assicurata una quota di riserva. Ebbene il nuovo art. 448-bis c.c. contiene proprio una disposizione che, se interpretata nel senso più ampio come si vedrà in questo paragrafo, attribuirebbe il potere di diseredare un legittimario, reo di aver tenuto un comportamento deprecabile nei confronti del *de cuius*. Tra l'altro l'art. 448-bis c.c. *in parte qua* sarebbe connotato da quella generalità che amplia il ventaglio delle ipotesi giustificatrici della diseredazione, rispetto alla diversa tecnica legislativa di rigida tipizzazione delle condotte da porre a base della volontà destitutiva. Il guadagno di questa scelta è di far emergere il valore del merito personale. Ha ragione Bonilini quando afferma che la valorizzazione del merito non mina i rapporti familiari, né incrina l'unità della famiglia che rimane fondata sull'affetto realmente esistente e su ciò che ne consegue, naturalmente, sul piano successorio.

²³ V. VERDICCHIO, *La diseredazione «per giusta causa» (chiose a margine dell'art. 448-bis c.c.)*, in *Quaderni della Rassegna di diritto civile, Nuove frontiere della famiglia. La riforma della filiazione*, a cura di R. Pane, Napoli, 2014, 202, rileva come la novella degli artt. 561 e 563 c.c. (con l. n. 80/2005) e l'introduzione del patto di famiglia per l'impresa (l. n. 55/2006) abbiano scalfito la rigidità delle regole della successione dei legittimari, valorizzando gli interessi della circolazione dei beni di provenienza donativa e della trasmissione intergenerazionale dei beni produttivi a chi sia determinato al continuare l'attività imprenditoriale. Ciò non si è verificato, come si diceva *supra* nel testo, attraverso l'eliminazione dei diritti dei legittimari. Difatti ai sensi dell'art. 768-*quater*, co. 2, c.c. i legittimari non assegnatari hanno diritto alla liquidazione anticipata di una somma corrispondente al valore delle quote previste dagli artt. 536 ss. c.c. Inoltre, l'art. 563, co. 4, c.c. consente al coniuge e ai parenti in linea retta del donante di notificare e trascrivere nei confronti del donatario e dei suoi aventi causa un atto stragiudiziale di opposizione alla donazione, con l'effetto di sospendere il decorso del ventennio utile a liberare la circolazione del bene. Ancora: qualora, ai sensi dell'art. 561 c.c., i pesi e le ipoteche gravanti sul bene donato dovessero rimanere efficaci (in conseguenza del decorso del ventennio dalla trascrizione della donazione), il donatario è obbligato a compensare in denaro i legittimari lesi «in ragione del conseguente minor valore dei beni, purché la domanda sia stata proposta entro dieci anni dall'apertura della successione».

²⁴ Il Trib. Torino, decr. 25.9.2014, in *Rass. dir. civ.*, 2016, 1, 216 ss., con nota di M. TATARANO, *Il cielo sopra Torino. A proposito di rinuncia anticipata all'azione di restituzione*, ritiene legittima la rinuncia all'azione di restituzione effettuata, nel caso di specie, dai figli con un atto successivo alla donazione - ma prima dell'apertura della successione - posta in essere dalla loro madre al padre. Si scrive nel decreto che «la disponibilità dell'azione di restituzione, e quindi la sua espressa rinunciabilità prima del decorso del ventennio dalla trascrizione della donazione, sembra avvalorata dal fatto che in caso di inerzia del legittimario l'azione è destinata a perire col decorso del predetto termine anche se il donante sia ancora in vita». Il tribunale richiama altri provvedimenti giudiziali che hanno ammesso la legittimità della rinuncia all'azione di restituzione. Del resto l'art. 557, co. 2, c.c. pone soltanto il divieto di rinuncia all'azione di riduzione finché vive il donante. Di conseguenza, la rinuncia all'azione di restituzione contro l'avente causa dal donatario, non espressamente vietata dalla legge, effettuata quando il donante è ancora in vita, non priva il rinunciante dell'azione di riduzione contro il donatario da cui egli potrà ottenere il controvalore economico del bene donato.

²⁵ G. D'AMICO, *La rinuncia all'azione di restituzione nei confronti del terzo acquirente di bene di provenienza donativa*, in *Riv. not.*, 2011, IV, 1293, ritiene che la rinuncia all'opposizione alla donazione abbia quale effetto legale soltanto quello di im-

ancora in vita, la rinuncia da parte degli eredi legittimari di quest'ultimo all'azione di restituzione contro l'avente causa dal donatario. Ciò

pedire, nel ventennio, la sospensione del termine ventennale entro cui possa intervenire l'opposizione alla donazione. Tuttavia, secondo l'autore, «non si può escludere che la volontà [del rinunciante] sia nel senso non solo di rinunciare a prolungare il suddetto termine ventennale [perché, avendo rinunciato all'opposizione, viene ovviamente meno la facoltà di rinnovo della stessa], ma piuttosto e più radicalmente nel senso di rinunciare senz'altro ad una eventuale azione di restituzione verso il terzo acquirente, quand'anche i presupposti di questa azione dovessero maturare prima del ventennio». Sembra, tuttavia, esservi lo spazio per andare oltre quest'opinione, ritenendo, secondo un'interpretazione logica e teleologica dell'art. 563, co. 4, c.c. (e non meramente letterale), che nella rinuncia all'atto di opposizione alla donazione sia sempre implicita una rinuncia all'azione di restituzione (il legislatore *minus dixit quam voluit*). Chi rinuncia all'opposizione, sostanzialmente, dichiara di non opporsi alla libera circolazione del bene donato, così rinunciando alla natura reale della tutela con riguardo al singolo bene in questione. La rinuncia all'opposizione esprime un chiaro disinteresse nei confronti della donazione, pertanto, quand'anche non sia decorso il ventennio dalla trascrizione della stessa, il legittimario che abbia rinunciato non può più vantare pretese sul bene donato. Neppure, come pure qualcuno ha ritenuto, il legislatore avrebbe concesso al legittimario un termine (quello ventennale) per revocare la rinuncia all'opposizione. Opinando diversamente, si dovrebbe rilevare che la rinuncia all'opposizione esprimerebbe soltanto l'intento di lasciar decorrere il ventennio; ma se così fosse, tanto valeva non prevedere alcun atto di rinuncia, posto che quest'ultima non favorirebbe affatto la circolazione dei beni di provenienza donativa se non dopo venti anni. Far sapere ai consociati che è intervenuta una rinuncia al diritto di fare opposizione alla donazione servirebbe a ben poco; non aggiungerebbe alcunché a quanto si verifica per effetto dell'avvenuto decorso del ventennio.

Contrario a questa opinione e anche, più radicalmente, alla legittimità della rinuncia all'azione di restituzione quando il donante è ancora in vita è M. TATARANO, *Il cielo sopra Torino. A proposito di rinuncia anticipata all'azione di restituzione*, cit., 239 ss., secondo il quale la tutela reale del legittimario viene meno in conseguenza del perfezionamento di una fattispecie a formazione progressiva, composta dalla rinuncia all'opposizione e dal decorso del ventennio. Il legislatore, secondo l'autore, avrebbe concesso al legittimario rinunciante «una sorta di periodo di grazia durante il quale [il medesimo] può ancora godere della tutela reale». Ma questa ricostruzione, che non emerge dal dettato normativo, è basata su un'eccessiva valorizzazione della posizione dell'erede necessario - la quale, insiste l'autore, sarebbe tutela dalla Costituzione - rispetto al valore della tutela della circolazione dei beni. A ben vedere, come si è rilevato *supra* in nota, il valore protetto dalla Carta fondamentale non è la successione necessaria, ma l'autonomia testamentaria e la solidarietà familiare, la quale non è pregiudicata dalla tesi - da accogliere ad avviso di chi scrive - che considera la rinuncia all'azione di restituzione implicita nella rinuncia al diritto di opposizione alla donazione. Orbene, se con la novella del 2005 il legislatore ha inteso favorire la circolazione dei beni di provenienza donativa, l'interpretazione preferibile dovrebbe essere quella che attua efficacemente tale finalità e non quella che la limita eccessivamente in attuazione di una supposta superiorità assiologica dei diritti dei legittimari. Anche l'argomento che Tatarano trae dall'art. 458 c.c. è superabile in ragione della volontà legislativa del 2005 di slegare, proprio attraverso la previsione della rinuncia all'opposizione, l'azione di restituzione dall'ambito applicativo dell'articolo appena richiamato. Assai discutibile è, infine, l'estensione del divieto di rinuncia all'azione di riduzione di cui all'art. 557, co. 2 c.c., all'azione di restituzione, poiché con la prima rinuncia (vietata), il legittimario dismetterebbe i propri diritti successori; con la seconda, egli si limita a

in conformità alla finalità perseguita dalla riforma del 2005 di favorire la circolazione dei beni di provenienza donativa.

Questa facoltà di dismettere l'*actio* collegata all'azione di riduzione trova sostenitori in una parte della dottrina e nella giurisprudenza di merito. I giudici si sono più che altro divisi sul se assoggettare la rinuncia in parola a trascrizione o ad annotazione nei registri immobiliari²⁶.

La rinuncia all'azione di restituzione con riguardo a una successione non ancora aperta è frutto di una scelta - legittima - del legittimario di diminuire la dotazione rimediale di cui egli dispone per legge, a tutela dei propri diritti.

Si tratta quindi di un'iniziativa del titolare del diritto successorio. Ciò che, invece, mancava nel nostro ordinamento era la possibilità per il testatore di incidere validamente sui diritti dell'erede necessario.

È nella nuova fattispecie legale contenuta nell'art. 448-*bis* c.c., ora in esame, che, per la prima volta, attraverso un atto di autonomia privata, si consente al *de cuius* la soppressione dei diritti successorii di un

rinunciare al diritto di recuperare un bene specifico nei confronti dell'avente causa dal donatario. L'interesse che viene in gioco è, dunque, molto diverso, il che impedisce di invocare l'uguaglianza di trattamento.

²⁶ Trib. Torino, decr. 25.9.2014, cit., diversamente da altri tribunali (ad es.: Trib. Parma, decr. 15.6.2006), ritiene, in forza del principio di tassatività degli atti trascrivibili e dell'inapplicabilità del principio di «simmetria» all'atto di rinuncia alla restituzione, che tale rinuncia non sia trascrivibile. Pertanto, secondo il tribunale, correttamente, il Conservatore di Torino ha rifiuto di procedere alla formalità. Va rilevato, tuttavia, che vi sono altri Uffici dei Registri Immobiliari che, invece, hanno accettato di trascrivere contro il legittimario rinunciante e a favore del donatario. È scontato rilevare che questa diversità di orientamento tra Uffici viola il principio di uguaglianza. Nonostante l'accoglimento da parte del tribunale di Torino della tesi dell'intrascrivibilità dell'atto di rinuncia alla restituzione, esso ha individuato un'altra soluzione. Esso ha ritenuto che l'annotazione dell'atto di rinuncia a margine della trascrizione dell'atto di donazione sia ugualmente funzionale all'esigenza legislativa di favorire la commerciabilità dei beni donati durante la vita del donante. Si è precisato, però, che «l'annotazione, accedendo ad atto negoziale intercorso tra soggetti diversi, non potrà recare l'indicazione, nella sezione C, del nominativo dei rinuncianti, contro i quali esplica effetto l'atto di rinuncia; tuttavia, tale apparente incongruenza sarà superata dall'esplicazione del contenuto dell'atto annotato (comprese le generalità dei rinuncianti) nell'apposita sezione D». *Contra* M. TATARANO, *Il cielo sopra Torino. A proposito di rinuncia anticipata all'azione di restituzione*, cit., 245-246, secondo cui l'atto di rinuncia all'azione di restituzione (che egli ritiene nullo), non è assoggettabile ad alcuna forma di pubblicità. Il tema è certamente delicato, tuttavia, il trib. torinese, nell'intento di valorizzare la circolazione dei beni di provenienza donativa, ha adottato una soluzione che contempera la disciplina della trascrizione con l'attuazione di siffatto scopo. Ci si poteva forse spingere oltre pervenendo alla trascrivibilità, perché è dubbia l'esattezza dell'affermazione del trib. di Torino secondo cui l'atto di rinuncia all'opposizione alla donazione non «incide sul regime di proprietà del bene immobile donato, bensì sulla facoltà dei legittimari di agire in giudizio contro gli aventi causa dal donatario». Una qualche incidenza c'è, anche se futura, poiché il legittimario con l'atto in parola rinuncia a un eventuale diritto di proprietà sul bene donato (art. 2643 n. 5 c.c.), diritto che sorgerebbe in conseguenza della lesione della quota di riserva.

legittimario - il genitore - giustificata dalla tutela di una situazione giuridica soggettiva, ritenuta prevalente, su cui si tornerà tra breve.

Com'è noto, prima di questo più recente intervento legislativo, il legittimario, qual è il genitore, essendo destinatario di una quota ereditaria indisponibile da parte del *de cuius*, non poteva essere estromesso dalla successione ereditaria attraverso la clausola testamentaria di diseredazione. L'art. 457, co. 3, c.c. è chiarissimo in tal senso, disponendo che «Le disposizioni testamentarie non possono pregiudicare i diritti che la legge riserva ai legittimari».

Si discuteva piuttosto se la clausola di diseredazione del legittimario fosse nulla, come dovrebbe dedursi proprio dall'art. 457, co. 3 c.c., o valida fino a che non venisse dichiarata inefficace con sentenza costitutiva resa a seguito dell'esercizio dell'azione di riduzione²⁷. Non si intende indugiare su questo profilo, molto ben indagato dalla dottrina, né sulla distinzione tra preterizione²⁸ e diseredazione, bensì sottolinea-

²⁷ La questione del trattamento giuridico della clausola di diseredazione del legittimario coinvolge l'art. 457, co. 3, c.c., l'interpretazione dell'art. 549 c.c. e la natura dell'azione di riduzione (art. 553 c.c.). I primi due articoli potrebbero fondare la tesi - preferibile - della nullità della clausola di diseredazione del legittimario (L. MENGONI, *Successioni per causa di morte*. Parte speciale. *Successione legittima*, Milano, 1999, tomo 1, 22). L'azione di riduzione, invece, quale azione che conduce all'inefficacia relativa e sopravvenuta della disposizione *mortis causa* lesiva della legittima, consentirebbe - ma con meno persuasività - di argomentare per la validità della clausola di esclusione del legittimario. Non si può che rimandare alla dottrina che più ha studiato questo complesso tema, la quale si è divisa. Per la nullità della clausola di diseredazione cfr.: M. BIN, *La diseredazione. Contributo allo studio del contenuto del testamento*, Torino, 1996, 257 ss.; G. BONILINI, *Disposizione testamentaria accompagnata da disposizione modale*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, 8-9, 715 ss.; P. LAGHI, *La clausola di diseredazione: da disposizione «afflittiva» a strumento regolativo della devoluzione ereditaria*, Napoli, 2013, 123 ss. Diversamente M. TATARANO, *La diseredazione. Profili evolutivi*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, 979 ss. Cfr. anche sulla configurazione dell'azione di riduzione le giuste considerazioni di G. PERLINGIERI, *Il patto di famiglia tra bilanciamento dei principi e valutazione comparativa degli interessi*, in *Liberalità non donative e attività notarile*, Milano, 2008, 132 ss. Per una impostazione generale del problema della diseredazione rispetto ai limiti dell'autonomia testamentaria cfr. M. QUARIGNOLO, *Il problema della diseredazione tra autonomia testamentaria e tutela del legittimario*, in *Familia*, 2004, 279 ss.

²⁸ Il legittimario pretermesso, non già diseredato, è colui il quale non è stato menzionato nel testamento. La preterizione, come ha chiarito la Cassazione, può verificarsi anche nella successione *ab intestato*, in conseguenza di donazioni con le quali si sia disposto dell'intero patrimonio. Secondo la Suprema Corte, il legittimario pretermesso non è chiamato alla successione per il solo fatto della morte del *de cuius*. Egli è erede - esclude che sia chiamato L. MENGONI, *Successioni a causa di morte*. Parte speciale, *Successione necessaria*, Milano, tomo 2, 2000, 240 - soltanto ove intervenga una sentenza costitutiva di accoglimento della domanda di riduzione. Il legittimario pretermesso, quindi, apertasi la successione ereditaria, non può accettare l'eredità pretendendo di far valere la sua qualifica di successore necessario. Egli dovrà impugnare il testamento, agendo con l'azione di riduzione. Naturalmente - precisa la Cassazione - egli, per agire in riduzione, non dovrà - perché tecnicamente non può - accettare l'eredità con beneficio di inventario, così come stabilisce, in certi casi, l'art. 564, co. 1, c.c. (Cass., n.

re che l'esclusione del legittimario dalla successione, prima dell'introduzione dell'art. 448-*bis* c.c., poteva scaturire non già da una dichiarazione negoziale del *de cuius*, ma soltanto all'indegnità a succedere (artt. 463 ss. c.c.)²⁹.

12632/1995, in *Corr. giur.*, 1996, 10, 1138 ss., con nota di M. R. MORELLI, *Problemi vecchi e nuovi in tema di pretermissione del legittimario*; Cass., n. 10775/1996, in *Leggi d'Italia on line*; più di recente Trib. Genova, 15, 3, 2007, testo integrale in *Leggi d'Italia on line*). La diseredazione è diversa dalla pretermissione, perché solo nella prima c'è una sicura volontà di escludere un soggetto dalla propria successione. La diseredazione è volta quindi a precludere radicalmente la vocazione dell'erede necessario. Ciò determina un contrasto netto con le norme imperative che regolano la posizione dei legittimari. Da qui la nullità della disposizione *mortis causa*.

²⁹ Va riconosciuto che l'esclusione dalla successione *mortis causa* si realizza anche per effetto della preterizione del legittimario. In questa fattispecie - lo ricorda M. R. MORELLI, *Problemi vecchi e nuovi in tema di pretermissione del legittimario*, cit., 6 (versione *on line*) - secondo la tesi prevalente, che lo stesso autore accoglie, il legittimario pretermesso non è erede *ope legis*, ma deve agire con l'azione di riduzione per far diventare attuale nei suoi confronti la vocazione *ex lege*. È solo a seguito dell'emissione della sentenza costitutiva che il legittimario (già) pretermesso può accettare l'eredità (o più correttamente, come sostiene L. MENGONI, *Successioni a causa di morte*. Parte speciale, *Successione necessaria*, 241, «per effetto della sentenza di riduzione il legittimario preterito non tanto è chiamato, come suole dire impropriamente la giurisprudenza, bensì viene senz'altro all'eredità»; ciò in quanto la delazione della quota coincide con l'acquisto). Il legittimario preterito, del resto, non può accettare l'eredità prima di aver agito con l'azione di riduzione, perché la c.d. successione necessaria non è, diversamente da quanto disposto nel codice civile del 1865, un *tertium genus* di successione, ma «ha funzione limitatrice e correttiva della volontà testamentaria: costituisce un argine al potere di disposizione *mortis causa* del testatore, ma non implica di per sé stessa un'investitura nella titolarità dei beni» (Cass. n. 4037/1954 richiamata da M. R. Morelli). Si aggiunga che nella fattispecie della preterizione, che pure, come si diceva, determina un'esclusione dalla successione, non c'è una disposizione testamentaria di cui far dichiarare le nullità. V. BARBA, *La disposizione testamentaria di diseredazione*, in *Fam. e dir.*, 2013, 2, 146 ss. (cfr. pp. 7-8 versione *on line*) spiega bene le ragioni della scelta legislativa di tutelare i legittimari, lesi o pretermessi, non già con l'azione di nullità ma con quella di riduzione. Diversamente accade con riguardo alla clausola di diseredazione, la quale, secondo la dottrina prevalente, è nulla giacché in contrasto con il sistema dei diritti dei legittimari. Barba, tuttavia, nello scritto appena citato, argomenta la tesi della validità ed efficacia della disposizione di diseredazione del legittimario, ritenendo che la tesi della nullità «finisce con il rendere il risultato finale nient'affatto funzionale e nient'affatto coerente con il principio di conservazione della volontà testamentaria, con il principio di riconoscimento dell'autonomia testamentaria e, più in generale, con la razionalità del succedere, a cui il sistema successorio, tutto, dovrebbe anelare» (p. 9 versione *on line*). Effettivamente non è agevole cogliere la differenza tra il legittimario preterito e quello diseredato, tanto che Barba vede una violazione del principio di uguaglianza nella diversificazione della tutela. Sulla questione riguardante l'idoneità o meno della diseredazione a dare un assetto complessivo agli interessi *post mortem* cfr. ancora Barba (pp. 13-14). Il quale considera la disposizione testamentaria negativa (ad es.: «Escludo Tizio dalla mia successione *mortis causa*) come «una vera e propria disposizione istitutiva. Con la quale il testatore, escludendo taluno, sceglie, seppur rinviando, parzialmente, alla legge, chi, e in che misura, debba succedergli». E la successione si apre comunque per testamento (*id est*: gli eredi vanno reputati testamentari e non legittimi), sebbene operino le norme sulla successione legittima (tale questione del titolo della successione non è, come dimostra l'autore,

Ebbene l'art. 448-*bis* c.c. prevede un'eccezione al principio dell'intangibilità della quota di riserva, la quale - preme sottolinearlo - non è stata diminuita né tanto più eliminata dagli interventi legislativi anteriori alla riforma 2012-2013, con i quali si è inteso soltanto riconfigurare l'equilibrio tra diritti dei legittimari ed altre situazioni giuridiche soggettive ugualmente meritevoli di tutela.

L'eccezione consente, invece, al figlio di diseredare il genitore qualora a quest'ultimo siano addebitabili «fatti che non integrano casi di indegnità di cui all'art. 463». Si introduce, quindi, il potere di escludere validamente un legittimario dalla propria successione, cancellando il diritto alla quota di riserva.

Quanto alle modalità attuative, occorre che il testamento redatto dal figlio maggiorenne (cfr. art. 591, co. 2 n. 1, c.c.) contenga un'espressa clausola di diseredazione. Viene dunque in rilievo un atto di autonomia privata che partecipa della funzione dispositiva del negozio a causa di morte.

Ciò che interessa affrontare attiene non tanto all'ambito soggettivo, anch'esso dubbio per certi versi³⁰, quanto a quello oggettivo di applicazione dell'art. 448-*bis* c.c. Brevemente sul primo. La dottrina, per un verso, ha cercato di chiarire quale sia la fattispecie cui si riferisca il sintagma «discendenti prossimi»³¹, per l'altro, ha concluso per l'inutilità del riferimento al figlio adottivo.

In verità anche qui, come si è già argomentato con riguardo all'ambito applicativo dell'art. 74 c.c. (cfr. *supra* cap. I-sez. I, § 4), si può ritenere che l'espressione legislativa «figlio adottivo» si riferisca all'adozione in casi particolari, sul presupposto che l'adottante sia, per effetto del principio di unicità dello stato di figlio, erede dell'adottato in casi particolari. Questa soluzione interpretativa, come si è già segnalato, è fortemente avversata da una parte della dottrina, secondo

priva di ricadute in termini di disciplina applicabile). Scrive Barba: «l'operare delle norme sulle successioni legittime... [è] un operare mediato e costruito dalla disposizione testamentaria, che alla disciplina legittima finisce per fare rinvio, seppure improprio, derogandovi e modificandone l'assetto, deflettendo dal suo rigore e dal suo ordine e impone di non considerare il diseredato» (p. 14 versione *on line*).

³⁰ F. OLIVIERO, *Decadenza dalla responsabilità genitoriale e diritti successori: il nuovo art. 448 bis c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 1, 10035 ss. (pp. 2-3 versione *on line*), ritiene che ai «discendenti prossimi» non possa essere stato attribuito il diritto di sostituirsi al genitore nell'atto di diseredazione dell'ascendente. Neppure sarebbe stato loro attribuito il diritto di escludere l'avo, decaduto dalla responsabilità genitoriale, dalla propria successione. L'espressione, secondo l'autore, va riferita soltanto ai soggetti su cui incombe l'obbligo alimentare, nella specie liberando i discendenti dall'obbligazione alimentare verso il progenitore decaduto dalla responsabilità. Cfr. in senso analogo P. LAGHI, *Note critiche sull'art. 448-bis c.c.*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, 1, 85-90 (in part. p. 86).

³¹ P. LAGHI, *Note critiche sull'art. 448-bis c.c.*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, 1, 87-90, si diffonde perspicuamente su questa problematica, respingendo correttamente l'interpretazione che attribuisce al discendente (di cui fa menzione l'art. 448-*bis* c.c.) il potere di escludere il progenitore dalla successione del figlio premorto.

cui la riforma 2012/2013 non ha abrogato il rinvio all'art. 304 c.c. da parte dell'art. 55 l. n. 184/1983. Pertanto, se l'adottante non è un successibile dell'adottato, è del tutto inutile riconoscere a quest'ultimo il potere di diseredare il primo³². Viceversa, ove si accogla la tesi restrittiva dell'art. 74 c.c., secondo cui i limiti alla parentela operano solo con riguardo all'adozione della persona maggiorenne, l'adottato potrebbe diseredare l'adottante.

Ma è sull'ambito oggettivo di applicazione dell'art. 448-*bis* c.c. che si intende riflettere maggiormente. È questo un profilo molto delicato, perché può incidere profondamente, a seconda della posizione che assume l'interprete, su una delle assi portanti del sistema successorio: il rapporto tra autonomia testamentaria e diritti dei legittimari.

La soluzione al problema interpretativo dell'individuazione dei «fatti che non integrano i casi di indegnità di cui all'art. 463», da porre a fondamento della diseredazione, è, a parere di chi scrive, influenzata dal rafforzamento legislativo dello statuto giuridico del figlio e dal conseguente passaggio dalla potestà alla responsabilità genitoriale. L'art. 448-*bis* c.c., nella *parte qua*, effettivamente si presta a più interpretazioni.

Vi sono due tesi dottrinali restrittive, che si ritiene di non accogliere, perché entrambe ancorate, sia pur diversamente, al presupposto della decadenza dalla responsabilità genitoriale, il quale sarebbe decisivo per circoscrivere i casi di diseredazione. Secondo la prima teoria, si può diseredare il solo genitore dichiarato decaduto dalla responsabilità genitoriale per fatti diversi da quelli previsti dall'art. 330 c.c., i quali non comportano la sanzione dell'indegnità e quindi la perdita automatica dei diritti successori³³.

³² Così F. OLIVIERO, *Decadenza dalla responsabilità genitoriale e diritti successori: il nuovo art. 448 bis c.c.*, cit., 6 (versione *on line*).

³³ M. PARADISO, *Decadenza dalla potestà, alimenti e diseredazione nella riforma della filiazione*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2013, 577 ss., collega la diseredazione di cui all'art. 448-*bis* c.c. alla decadenza dalla responsabilità genitoriale, disposta, però, non in applicazione dell'art. 330 c.c., ma quale pena accessoria in presenza di certi reati; quelli che implicano la condanna all'ergastolo, il delitto di mutilazione degli organi genitali femminili (art. 583-*bis* c.p.) e i delitti contro lo stato di famiglia [in ordine a questi ultimi delitti, la Corte cost., sent. n. 31/2012 (rel. A. Crisicuolo), in *Fam. e dir.*, 2012, 5, 437 ss., con nota di C. DONATELLA, *Se proteggere il figlio diventa una condanna: la Corte costituzionale esclude l'automatismo della perdita della potestà genitoriale*, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della decadenza automatica]. Vi sono, inoltre, reati (quelli contro la libertà sessuale e contro la personalità individuale dell'ereditando, cfr. 660-*septies* co.2 e 609-*nonies* c.p.) la cui sentenza di condanna determina non solo la decadenza dalla responsabilità genitoriale, ma anche l'esclusione dalla successione della persona offesa. Cfr. in senso adesivo a questa impostazione F. OLIVIERO, *Decadenza dalla responsabilità genitoriale e diritti successori: il nuovo art. 448 bis c.c.*, cit., 6 (versione *on line*), il quale ritiene legittima la diseredazione solo nelle ipotesi in cui alla pena accessoria della decadenza dalla responsabilità genitoriale

La seconda tesi³⁴, diversamente dalla precedente, riconosce uno spazio all'autonomia negoziale del testatore, ma soltanto con riguardo alla fattispecie in cui il genitore decaduto dalla responsabilità genitoriale sia stato successivamente reintegrato nella stessa (art. 332 c.c.). Il figlio potrebbe ugualmente diseredare il genitore, sebbene quest'ultimo abbia eliminato le cause della decadenza, dimostrando di non rappresentare più un pericolo per la prole. Qui la decadenza non è presupposto legale di esclusione del genitore dalla successione del figlio (ai sensi dell'art. 463 n. 3-*bis* o dell'art. 448-*bis* c.c.), ma è semplicemente un fatto storico che può essere reputato dal testatore ragione sufficiente per escludere il genitore dalla propria successione, nonostante la reintegrazione ai sensi dell'art. 332 c.c.

Queste due tesi sono degne della massima considerazione. Esse divergono, sebbene non nettamente, perché il legislatore, come è stato rilevato da più parti, non ha meditato adeguatamente la disposizione *de qua* sulla diseredazione. Eppure egli è intervenuto su un istituto estremamente delicato, che incide radicalmente sui diritti dei legittimari. Un istituto chiave che, quando è presente in un ordinamento giuridico, orienta la lettura della gerarchia dei valori nelle successioni *mortis causa*.

Vero è che le due tesi appena riassunte spostano di poco l'equilibrio tra autonomia testamentaria e statuto giuridico del genitore-legittimario, rispetto a quello risultante dalla riforma del diritto di famiglia del 1975 e dai successivi interventi legislativi cui si è fatto cenno. In definitiva, l'eliminazione dei diritti del genitore attraverso la diseredazione dipenderebbe dalla presenza di fatti così gravi da giustificare il provvedimento di decadenza dalla responsabilità genitoriale. La diseredazione si salda, dunque, con il cattivo esercizio della responsabilità, attestato dal giudice con la misura protettiva del minore della decadenza dalla responsabilità.

L'effetto di queste due tesi è di contenere l'ambito applicativo della diseredazione, la quale diviene possibile solo a fronte del provvedimento, anche successivamente revocato, ablativo della responsabilità genitoriale. Naturalmente la preoccupazione sottesa ad entrambe le opinioni è di garantire la certezza delle posizioni giuridiche coinvolte attraverso il collegamento della diseredazione ai fatti produttivi della decadenza dalla responsabilità genitoriale.

Tuttavia, come si accennava, esse non sono divisibili, perché conducono a un'applicazione angusta dell'art. 448-*bis* c.c., non necessitata e soprattutto non sintonica con il rafforzamento dei diritti del fi-

non si aggiunga anche l'ulteriore effetto legale della perdita dei diritti successori. Egli critica però, con argomenti perspicui, la scelta del legislatore di legare la diseredazione alla decadenza dalla responsabilità (pp. 13-14).

³⁴ F. GIGLIOTTI, *L'esclusione dalla successione nell'art. 448 bis c.c. Luci (poche) ed ombre (molte) di una disposizione scarsamente meditata*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, 1111.

glio avvenuto con la riforma 2012/2013. L'interpretazione deve essere sempre sistematica (ossia armonica con le linee di fondo di un determinato ambito giuridico, anche riconfigurato dall'interprete) e assiologica (cioè influenzata dai principi e dai diritti fondamentali dell'ordinamento giuridico), pertanto, seguendo questa metodologia, ci sembra di poter proporre una lettura più ampia dell'art. 448-*bis* c.c. nella parte in esame. Occorre procedere gradualmente.

Intanto, sotto il profilo della lettera della disposizione, in verità quasi mai decisivo in un senso o nell'altro, il riferimento alla decadenza dalla responsabilità genitoriale potrebbe essere riferito soltanto al venir meno dell'obbligo di prestare gli alimenti. L'utilizzo della congiunzione «e» isola nella prima proposizione l'ambito applicativo della cessazione dell'obbligo alimentare, introducendo, nella seconda, l'elemento diverso della diseredazione, con riguardo alla quale non vi è alcun riferimento alla decadenza dalla responsabilità.

Non è, quindi, sbarrata *ab initio* la strada verso una più ampia interpretazione dell'ultimo periodo dell'art. 448-*bis* c.c., nel senso di considerare atipici i «fatti che non integrano i casi di indegnità di cui all'art. 463». Fatti che possono essere diversi e ulteriori da quelli che conducono alla decadenza dalla responsabilità genitoriale (che è un caso d'indegnità a succedere); quindi anche meno gravi. Ma qual è il limite? Non si può ignorare questa domanda.

La diseredazione del genitore, secondo l'interpretazione estensiva che qui si prospetta, è giustificata non solo da condotte astrattamente idonee a sorreggere un provvedimento di decadenza - che magari non è stato richiesto - ma anche da comportamenti lesivi della personalità del minore, non così pregiudizievoli da determinare la decadenza dalla responsabilità (art. 333 c.c.)³⁵.

³⁵ M. SESTA, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, cit., 17, interpreta estensivamente la disposizione in esame, slegandola dalla decadenza dalla responsabilità genitoriale e quindi dall'indegnità a succedere. L'art. 448-*bis* c.c. ha, secondo l'autore, integrato e ampliato l'art. 463 n. 3-*bis* c.c. non nel senso di aver creato una nuova ipotesi di indegnità, ma di aver consentito al figlio di diseredare quel genitore che, seppur non indegno, «si sia reso responsabile di fatti (...) che si assumono pregiudizievoli per il figlio». Anche P. LAGHI, *Note critiche sull'art. 448-bis c.c.*, cit., 82-85, sostiene con fermezza, pur consapevole dei difetti della disposizione in parola e della forza argomentativa delle altre tesi, l'interpretazione più ampia che va al di là delle ipotesi di decadenza. Egli, attento alla coerenza sistematica che ogni nuova norma deve rispettare (o, più propriamente, che contribuisce a riconfigurare), afferma che la diseredazione del genitore per giusta causa è «coerente sul piano positivo con la trasformazione del concetto di «potestà genitoriale» nella ben diversa nozione di «responsabilità genitoriale». L'autore si prodiga in un apprezzabile sforzo ermeneutico volto ad attribuire il significato più ampio possibile ad una disposizione che, effettivamente, non è chiara nel dettato letterale. Ma è l'interazione della disposizione di legge con l'ordinamento giuridico nel suo complesso a determinarne il senso. L'interprete non può arrendersi all'incerto tenore letterale della disposizione, per attribuirgli il significato più ristretto possibile in ossequio alla supposta volontà legislativa.

Un'altra ipotesi di diseredazione può scaturire dalle pronunce di condanna del genitore al risarcimento del danno non patrimoniale subito dal figlio, ai sensi dell'art. 2059 c.c., da collegare, secondo le Sezioni unite, con una disposizione della Costituzione che preveda un diritto inviolabile della persona (cfr. *amplius* cap. III-sez. III, §§ 7-8).

A questa tesi estensiva si obietta che essa rende incerta la successione del genitore, perché, sciogliendo la diseredazione dalla decadenza, non vi sarebbe più alcun criterio per circoscriverne l'ambito applicativo. Spetta al giudice valutare volta per volta se il fatto riportato dal testatore nella scheda testamentaria a motivo della clausola destitutiva sia idoneo o meno a giustificare l'estromissione del legittimario dalla successione. L'estromesso, da parte sua, ove intenda reagire, dovrà impugnare il testamento (dopo aver esperito il tentativo obbligatorio di mediazione, ai sensi dell'art. 5 d. lgs. n. 69/2013), eccependo la non gravità o la falsità del fatto posto a base della diseredazione. Ciò favorirebbe un copioso contenzioso giudiziale dall'esito assolutamente imprevedibile. Da qui la necessità di respingere con forza la tesi estensiva.

Quest'avversione nei confronti dell'interpretazione più ampia dell'art. 448-*bis* c.c. è a tutta prima persuasiva e deve essere attentamente vagliata. Non si può negare che l'espressione legislativa «i fatti che non integrano i casi di indegnità» sia assai indeterminata. Il legislatore avrebbe dovuto ponderare maggiormente il tema, predisponendo un testo più preciso nella individuazione della fattispecie, con un'altra rubrica e una diversa collocazione da scegliere nel libro delle successioni e non già nel libro primo nella disciplina degli alimenti.

L'indeterminatezza, espressa dal dettato normativo in sé considerato, è tuttavia contenibile, valorizzando i diritti del minore sanciti dall'art. 315-*bis* c.c. e dalle fonti sovranazionali. Il genitore che non assista moralmente il figlio o che eserciti la responsabilità genitoriale forzandone la personalità, in contrasto con le inclinazioni naturali e con le aspirazioni, con pregiudizio all'identità personale, legittima la diseredazione del genitore. Ancora: il genitore che non riconosca il figlio nato fuori del matrimonio, pur nel dubbio di essere colui che ha generato, o che violi il dovere di mantenerlo o che disattenda il dovere di visita, tiene comportamenti senz'altro gravi, pregiudizievoli e, prima di tutto, lesivi di diritti fondamentali.

Su questi ultimi ci siamo già soffermati. Con riguardo alla diseredazione, rilevano senz'altro il diritto di avere un rapporto affettivo con il genitore fin dalla nascita, il diritto di essere mantenuto educato e istruito, il diritto al rispetto della propria identità personale e della capacità di autodeterminarsi e, in caso di crisi della famiglia, il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascun genitore³⁶.

³⁶ Eccessivo, quindi, è il timore di chi (F. OLIVIERO, *Decadenza dalla responsabilità genitoriale e diritti successori: il nuovo art. 448 bis c.c.*, cit., 14, versione on

Le tesi che fanno dipendere la diseredazione esclusivamente dalla decadenza, pronunciata o revocata, determinano una duplice ricaduta negativa: da un lato limitano l'ambito applicativo della disposizione, traendo da essa il minore effetto utile possibile anziché quello maggiore, dall'altro, circoscrivono l'ambito temporale di applicazione della stessa alla minore età, relegando all'irrelevanza giuridica i comportamenti gravi posti in essere nei confronti del figlio maggiorenne³⁷.

Si diceva innanzi che l'introduzione di una norma sulla diseredazione sposta gli equilibri tra autonomia testamentaria e diritti successori dei legittimari.

Effettivamente, qualora si accolga l'interpretazione qui sostenuta, emerge con maggiore evidenza rispetto agli interventi legislativi anteriori al 2013 come il sistema successorio si sia pian piano spostato da una tutela aprioristica del legittimario ad un'altra incentrata sulla maggiore efficienza dell'attribuzione patrimoniale (patto di famiglia per l'impresa), sull'effettiva solidarietà familiare e sull'attuazione dei diritti fondamentali del figlio.

La diseredazione per giusta causa incentiva il genitore a svolgere correttamente il suo ruolo e crea un legame più stretto tra responsabilità genitoriale e diritti del figlio. Nel senso che la possibilità di essere estromesso dalla successione esalta questi diritti, ponendoli al centro non solo del rapporto familiare, ma anche del diritto successorio.

Il sistema della filiazione e dei diritti dei legittimari assume così una maggiore coerenza e unità. Ciascuno di essi non si muove su binari paralleli, ma si incrocia e si sovrappone con l'altro in una comunicazione virtuosa.

È stato obiettato da chi³⁸ pure ha sostenuto l'interpretazione estensiva dell'art. 448-*bis* ultimo periodo, che la previsione di un potere unidirezionale di diseredare è contrario al criterio di ragionevolezza, che esige lo stesso trattamento giuridico per situazioni uguali, e al principio di solidarietà familiare, che implica, in forza dei doveri posti a carico di ciascun familiare, una responsabilità reciproca. Sarebbe stato necessario, pertanto, prevedere anche il potere del genitore di dise-

line) ritiene che la tesi estensiva dell'ambito applicativo dell'art. 448-*bis* ultima parte finisca con l'attribuire al testatore il potere di diseredare «il genitore al verificarsi di qualsiasi fatto non sussumibile nella fattispecie di cui all'art. 463 n. 3 *bis* c.c., a prescindere dal livello di gravità della violazione nonché dalla colpevolezza del suo autore. Ciò che sembra inaccettabile, risolvendosi in un diritto potestativo di diseredare, il cui esercizio sarebbe sostanzialmente sottratto a limitazioni». Le limitazioni, invece, devono ravvisarsi nei diritti del figlio, la lesione dei quali giustifica l'esercizio dell'autonomia testamentaria da parte dello stesso attraverso la diseredazione del legittimario. Certo, ha ragione Oliviero nell'esprimere una «profonda insoddisfazione per l'intervento del legislatore», il quale avrebbe dovuto prevedere una disposizione più chiara, magari contenuta in un articolo o in un comma *ad hoc* e non insieme alla disposizione riguardante il venir meno dell'obbligo alimentare nei confronti del genitore.

³⁷ Lo rileva acutamente P. LAGHI, *Note critiche sull'art. 448-bis c.c.*, cit., 99.

³⁸ P. LAGHI, *Note critiche sull'art. 448-bis c.c.*, cit., 82-85.

redare il figlio, le cui aspettative successorie non avrebbero dovuto essere garantite a fronte di atti gravemente offensivi nei confronti del proprio ascendente. Ciò favorisce comportamenti irresponsabili del figlio in pregiudizio del genitore.

L'obiezione è significativa; induce a una maggiore attenzione alla costruzione di un sistema successorio e familiare coerente e alla compatibilità dell'art. 448-*bis* ultimo periodo (come qui interpretato) con i principi costituzionali. Si dubita, tuttavia, che la situazione del minore possa essere equiparata a quella del genitore. Il primo è un soggetto strutturalmente debole, la cui crescita e maturazione è fortemente condizionata dal modo in cui i genitori si rapportano al medesimo. Non è un caso che il corredo dei diritti dei figli (art. 315-*bis*, coo. 1 e 2 c.c.) sia decisamente più ampio e articolato rispetto ai doveri cui gli stessi sono tenuti nei confronti dei genitori (art. 315-*bis*, co. 3, c.c.).

Con questo non si vuol certo negare che vi possano essere casi in cui il figlio, soprattutto maggiorenne, tenga, senza alcuna ragione, condotte gravemente offensive del genitore, contrarie al sentimento di riconoscenza o al dovere di solidarietà familiare. Ma deve trattarsi, in prospettiva *de jure condendo*, di fattispecie ben circoscritte dal legislatore, valorizzando così la differenza ontologica tra il figlio e il genitore. La disciplina della diseredazione, quindi, ove la si volesse ampliare, non può essere speculare se a diseredare sia il figlio o il genitore. In quest'ultima ipotesi, l'ambito applicativo dell'istituto dovrebbe essere più contenuto.

Non è il caso di soffermarsi sul futuro della diseredazione. Piuttosto è più interessante rilevare che l'istituto in parola, pur non disciplinato dal codice civile del 1942 né dalla riforma del 1975³⁹, è spesso presente nei testamenti, a dimostrazione che la successione *mortis causa* risente, nelle intenzioni del testatore, delle caratteristiche della singola relazione familiare interessata da una disposizione di ultima volontà.

Se questa non è stata improntata al rispetto reciproco, al sostegno morale e materiale, alla conservazione e al rafforzamento dell'unità, il testatore deve poter pronunciare l'ultima parola in ordine alla propria successione. Sicuramente deve averla il figlio a tutela dei propri diritti fondamentali, altrimenti questi si affievoliscono, sfuggendo, ingiustificatamente, al suo controllo nella fase finale della propria vita.

Con l'interpretazione che qui si è ritenuto di accogliere sull'ultima parte dell'art. 448-*bis* c.c. si valorizza la sostanza delle dinamiche fa-

³⁹ Per una sintesi dell'evoluzione storica dell'indegnità a succedere e della diseredazione, istituiti un tempo compresenti nell'ordinamento giuridico prima della maturazione di un sfavore sociale nei confronti del secondo, cfr. F. OLIVIERO, *Decadenza dalla responsabilità genitoriale e diritti successorii: il nuovo art. 448 bis c.c.*, cit., 2-3 (versione *on line*). Cfr. anche A. NATALE, *L'indegnità a succedere*, in *Tratt. dir. succ. e donaz.*, diretto da G. Bonilini, *La successione ereditaria*, Milano, 2009, I, 937 ss.

miliari, la successione nell'*universum ius* e l'effettività dei diritti fondamentali.

Certo, un tema così rilevante, dal grande impatto sistematico, non avrebbe dovuto essere affrontato dal legislatore con una disposizione così laconica, lacunosa e generatrice di contrasti dottrinali.

La giurisprudenza, almeno in un primo arco temporale, è stata molto restrittiva in ordine alla validità delle clausole di diseredazione⁴⁰. Non si intende ripercorrere questo filone, ma solo riflettere ancora sul presente. L'art. 448-*bis* c.c. *in parte qua* conferma quell'orientamento più recente della Cassazione che ha ritenuto ammissibile, sulla scorta di un'autorevole dottrina⁴¹, la clausola di mera diseredazione⁴². La quale consiste in una disposizione testamentaria di esclusione di un determinato soggetto dalla successione *mortis causa* contenuta in un testamento privo di altre disposizioni: sia dell'istituzione di erede che di quella a titolo particolare.

Prima della svolta della Suprema Corte appena evocata, la giurisprudenza di legittimità escludeva che il testamento potesse contenere esclusivamente una diseredazione (di un soggetto non legittimario) senza che vi fosse, anche solo implicitamente, una disposizione di carattere patrimoniale⁴³. Si riteneva valido il testamento contenente una clausola del seguente tenore: «Dei miei tre cugini escludo dalla mia successione a titolo universale solo Caio»; ciò in quanto - si sosteneva - vi era una istituzione implicita di erede di due cugini. Siffatta istitu-

⁴⁰ M. TATARANO, *La diseredazione. Profili evolutivi*, in *Quaderni della Rassegna di diritto civile*, diretta da P. Perlingieri, Napoli, 2012.

⁴¹ G. BONILINI, *Disposizione testamentaria accompagnata da disposizione modale*, cit., 715 ss.

⁴² Cass., n. 8352/2012, in *Fam. pers. succ.*, 2012, 11, 1 ss. (versione *on line*), con nota di V. BARBA, *La disposizione testamentaria di diseredazione*, in *Fam. e dir.*, 2013, 2, 146 ss., con nota di B. GIACOMO, *La Cassazione ammette la clausola di diseredazione esplicita meramente negativa*, in *Corr. giur.*, 2013, 5, 614 ss. con nota di C. BIAGIO, *La diseredazione: (Non) vuoi così colà dove si puote ciò che si vuole...*. La Suprema corte afferma che «il testatore, sottraendo dal quadro dei successibili *ex lege* il diseredato e restringendo la successione legittima ai non diseredati, indirizza la concreta destinazione *post mortem* del proprio patrimonio. Il “disporre” di cui all'art. 587 c.c., comma 1, può includere, non solo una volontà attributiva e una volontà istitutiva, ma anche una volontà ablativa e, più esattamente, destitutiva». La Cassazione utilizza anche l'argomento sistematico, rilevando che il legislatore, con riferimento a più istituti del diritto ereditario [ad es: la dispensa dalla collazione (art. 587, co. 1, c.c.), l'assegno divisionale semplice (art. 733 c.c.), l'onere testamentario (art. 647 c.c.)] ha previsto disposizioni di contenuto patrimoniale che non implicano attribuzioni in senso tecnico, pur riconducibili alla nozione di atto dispositivo del proprio patrimonio ex art. 587 c.c. Si aggiunge altresì che il legislatore ha ammesso un'efficacia negativa del negozio testamentario. Gli esempi sono l'offerta di una *hereditas damnosa*, l'esclusione del legittimario dalla quota disponibile e la modifica delle regole legali sulla delazione successiva attraverso l'istituto della sostituzione (art. 476, co. 2, c.c.).

⁴³ Cass., n. 6339/1982, Cass., n. 5895/1994.

zione, chiaramente desumibile dal dettato testamentario, avrebbe salvato il testamento dalla nullità.

Era, invece, reputato invalido il testamento che recasse semplicemente la frase «escludo Tizio dalla mia successione». La mera diseredazione - si pensava - è incompatibile con l'art. 587, co. 1, c.c., in cui si richiede al *de cuius* di disporre tramite il testamento delle proprie «sostanze». Limitarsi a escludere un soggetto dalla propria successione, avrebbe costituito un utilizzo illegittimo del testamento, giacché questo sarebbe del tutto privo dell'atto dispositivo patrimoniale.

Ma la Cassazione ha fatto giustamente osservare che la mera diseredazione contiene comunque un atto dispositivo, sia pur in negativo, per il tempo in cui il testatore avrà cessato di vivere, in ossequio all'art. 587 c.c. Inoltre, secondo una parte della dottrina⁴⁴, deve ritenersi non fondata la tesi che reputa esistente il testamento soltanto se in esso vi sia un'istituzione di erede o un legato, cui le altre disposizioni atipiche sarebbero legate da un rapporto di stretta accessorietà.

Un attento studioso delle successioni⁴⁵ ha affermato che la disposizione di diseredazione che esaurisca il contenuto del testamento è espressione del principio di autonomia testamentaria ed è, di per sé sola, «capace di dare preciso e puntuale assetto agli interessi *post mortem* del testatore». Dunque la funzione istitutiva della disposizione testamentaria esiste anche se è espressa attraverso la scelta di escludere un successibile.

In questa complessa discussione entra il nuovo art. 448-*bis* c.c., il quale ha tipizzato, attraverso la previsione del diritto potestativo di diseredare, una disposizione testamentaria. La quale, allo stesso modo di quelle cui si riferisce l'art. 587, co. 2, c.c., è valida ed efficace a prescindere da un'istituzione espressa a titolo universale o particolare. Pertanto il figlio - ancor di più nell'attuale quadro normativo - potrà limitarsi a escludere per giusta causa dalla propria eredità il genitore, indirizzando la successione verso altri successibili.

Si aggiunga che la diseredazione non determina particolari problemi quanto alla delazione successiva⁴⁶.

⁴⁴ F. OLIVIERO, *Decadenza dalla responsabilità genitoriale e diritti successori: il nuovo art. 448 bis c.c.*, cit., 9-10 (versione *on line*), dimostra, richiamando autorevole dottrina anche tedesca, l'infondatezza della tesi che individua un contenuto minimo del testamento costituito da una istituzione di erede o da un legato. Rileva esattamente Oliviero come «l'ordinamento positivo offra[a] indici sufficienti a ritenere non fondata la tesi che individua «la soglia minima di rilevanza» della volontà testamentaria a contenuto patrimoniale nell'indefettibile presenza di una istituzione di erede ovvero di un legato, cui le ulteriori disposizioni sarebbero legate da un rapporto di accessorietà» (si pensi, tra l'altro, alla dispensa dalla collazione contenuta nel testamento e al *modus*).

⁴⁵ V. BARBA, *La disposizione testamentaria di diseredazione*, cit., 17 (versione *on line*).

⁴⁶ Il genitore diseredato non è incapace a succedere, ma vede precludersi la vo-

Rimane una delicatissima questione non affrontata dalla Cassazione: l'individuazione del tipo di vocazione che regolerebbe la successione apertasi in forza di un testamento contenente esclusivamente la diseredazione. Sul punto ci si limita a constatare come sia stata molto ben argomentata la tesi secondo cui, in questo caso, opera comunque la successione testamentaria e non già, come possa sembrare istintivamente, quella *ab intestato*⁴⁷.

5. RETROATTIVITÀ DELLE DISPOSIZIONI SUI DIRITTI SUCCESSORI E LIMITI.

La scelta del legislatore di far retroagire ai rapporti giuridici pregressi la legge che entrerà in vigore è sempre difficile da assumere⁴⁸. Lo è ancora di più nella materia successoria, la quale è influenzata significativamente dall'evoluzione della società, della famiglia e dal cambiamento dei costumi. Basterebbe forse questa considerazione

cazione legale. Di conseguenza non può operare la trasmissione del diritto di accettare l'eredità in favore dei suoi eredi, poiché l'istituto della trasmissione consiste in una vocazione indiretta. Quanto al diritto di rappresentazione, pur essendo tale istituto compatibile con le clausole di esclusione dalla successione - come lo è l'indegnità a succedere ex art. 468, co. 2, c.c. - esso non può comunque operare, perché il genitore diseredato non è né figlio né fratello del *de cuius*. Secondo V. BARBA, *La disposizione testamentaria di diseredazione*, cit., 20-21 (versione *on line*), invece, l'art. 468, co. 2, c.c. è da considerarsi eccezionale e la diseredazione è una fattispecie molto diversa dall'indegnità. Il diseredato, in ragione della sua condizione, non può essere considerato delato. Da qui, secondo l'autore, l'inapplicabilità dell'istituto della rappresentazione qualora il diseredato sia figlio o fratello del *de cuius*. Ad ogni modo, tornando all'art. 448-*bis* c.c., non sembrano esservi ostacoli all'accrescimento, purché alla diseredazione si accompagni l'istituzione espressa di altri soggetti nell'universalità dei beni in quote uguali o senza predeterminazione di quote e uno o più di essi non possa o non voglia accettare l'eredità.

⁴⁷ V. BARBA, *La disposizione testamentaria di diseredazione*, cit., 18 (versione *on line*), ritiene che la modifica dell'assetto della successione legittima, che avviene proprio per effetto della disposizione testamentaria di diseredazione, costringerebbe ad ammettere che la successione dei chiamati non diseredati avvenga in forza del testamento e non per legge.

⁴⁸ A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, cit., 29 ss., dedica pagine di grande interesse e spessore culturale al tema della «retroattività delle leggi civili». Egli osserva come la questione sia risalente e nel passato, a partire dalla costituzione di Teodosio I, si propendeva per la irretroattività. Si osservava che se la legge è comando ed essa non può che valere per il futuro. Caduta l'idea dell'impossibilità della retroattività (fine è il pensiero di Bacone riportato dall'autore), ci si è interrogati sulla questione dei limiti alla retroattività, limiti non dettati espressamente dalla Costituzione. Anche G. PASSAGNOLI, *Contratto usurario e sopravvenienza normativa*, Padova, 2005, 89 ss., dopo aver finemente riassunto il pensiero di illustri Maestri del diritto sul tema della retroattività, concentra il discorso sui limiti di quest'ultima. L'autore avverte l'esistenza di un limite alla retroattività connaturato all'attuarsi del diritto; così egli discorre, per blindare il passato, di «diritto acquisito» o del «fatto (costitutivo) compiuto». Ma Passagnoli avverte i limiti di questi ragionamenti, così egli sviluppa con notevole capacità di penetrazione del problema la tesi della rilevanza dell'ordine pubblico e del giudizio di valore per stabilire gli effetti dello *ius superveniens*.

per affermare che, tendenzialmente, il legislatore dovrebbe astenersi dall'intervenire con la retroattività nell'ambito delle successioni *mortis causa*.

Cambiare il passato che è stato governato da certi equilibri valoriali espressi dal diritto positivo, successivamente mutati, attraverso il *retrospicere* della legge, è un'operazione discutibile. Quando allora ed entro quali limiti il legislatore può incidere su ciò che giuridicamente è già avvenuto?

Sembra, a chi scrive, che la legittimità di una disposizione che preveda la retroattività debba essere valutata diacronicamente, considerando che la «funzione della norma [è di] fissare valori per guidare comportamenti»⁴⁹. È questa una dimensione imprescindibile quando il tema dell'efficacia della legge nel tempo incide, come spesso avviene, su beni giuridici di rilievo costituzionale. La retroazione deve avere perciò un saldo appiglio nei valori costituzionali.

Ma i valori si modificano nel tempo, perché muta l'ordinamento giuridico. Ecco che il discorso sulla retroattività si complica.

Il tema appena introdotto necessita certamente di un approfondimento, poiché, con il decreto legislativo n. 154/2013, il legislatore ha deciso di estendere le conseguenze dell'introduzione del principio dell'unicità dello stato di figlio alle successioni già chiuse. Non stupisce, già per quanto detto fin qui, che ciò abbia sollevato vivaci discussioni dottrinali e pesanti dubbi di costituzionalità.

Più specificamente l'art. 104 d.lgs. cit. contiene diversi commi che, complessivamente, prevedono quanto segue. L'applicabilità delle nuove disposizioni sulla parentela (artt. 74 e 258 c.c.) anche alle successioni ereditarie apertesi prima del 1° gennaio 2013, ossia nel tempo antecedente alla data di entrata in vigore della l. n. 219/2012. Di conseguenza il figlio che, per effetto dello *ius superveniens*, vede sorgere il vincolo di parentela, prima insussistente, con la famiglia del proprio genitore, entra a pieno titolo nella successione *mortis causa* del parente. Inoltre i diritti successori spettano non soltanto al figlio nato fuori

⁴⁹ A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, cit., 43, continua scrivendo: «solo se in questa funzione qualcosa osta alla normazione sul passato possiamo dire di constatare l'esistenza di un limite alla retroattività». Ragionare sulla funzione della norma, che è di qualificare fatti e circostanze al fine di orientare i comportamenti dei consociati, esige di collocare la stessa nel contesto dei valori e delle scelte di *policy* compiute al tempo. L'autore adotta una tesi radicale: il legislatore può rivalutare il passato, ma non può cambiarlo, guidando «comportamenti pregressi, scelte già fatte». Altrimenti la scelta del privato «sarà conculcata; [verranno] soppresse libertà e distrutte risorse». Secondo Gentili la retroattività è sempre inammissibile quando la norma del passato abbia svolto in concreto la sua funzione regolativa. Un esempio recato dall'autore chiarisce. È ammissibile una norma che dichiari illecita una clausola del contratto di durata ancora in corso, ma solo se l'illiceità operi per l'esecuzione futura (c.d. rapporti pendenti), non anche con riguardo alla sua pregressa attuazione.

del matrimonio, ma a tutti «coloro che (...) hanno titolo a chiedere il riconoscimento della qualità di erede»⁵⁰ (art. 104, co. 1).

È stata in sostanza attribuita efficacia retroattiva al principio dell'unicità dello stato di figlio e della parentela. Una retroattività piuttosto ampia, poiché essa interessa non solo i giudizi ereditari pendenti (art. 104 co. 6 d. lgs. n. 165/2013), ma anche le successioni apertesi prima del gennaio 2013 e già chiuse, essendo intervenuta la divisione del patrimonio ereditario (art. 104 co. 1 d. lgs. n. 154/2013). E i soggetti interessati sono, come si evince dall'art. 104, co. 1, il figlio rispetto ai nuovi parenti e anche questi ultimi rispetto al primo.

Non può sfuggire come la successione retroattiva all'eredità del figlio nato fuori dal matrimonio sia la disposizione che genera maggiori perplessità di compatibilità con la Costituzione, poiché non si vede quale possa essere il diritto fondamentale dei nuovi parenti acquisiti dal figlio che il legislatore avrebbe inteso tutelare con la retroattività. Sul punto si tornerà; adesso occorre proseguire nella descrizione della normativa.

L'art. 104, co. 1, d. lgs. n. 154/2013, fermi gli effetti di un eventuale giudicato formatosi prima del 1° gennaio 2013, legittima chi abbia acquisito il legame di parentela ad agire con l'azione di *petizione dell'eredità* (art. 533 c.c.) per chiedere il riconoscimento della qualità di erede contro chi possiede beni ereditari a titolo di erede o senza titolo (art. 533 c.c.). Il comma 2 del medesimo articolo, sempre fermo il giudicato anteriore al 1° gennaio 2013, consente, più in generale, di far «valere i diritti successori che discendono dall'art. 74 del codice civile come modificato [dalla legge n. 219/2012]».

Il termine di prescrizione dei diritti successori inizia a decorrere, secondo l'art. 104, co. 4, d. lgs. cit., dal 1° gennaio 2013. Da tale data esordisce, pertanto, il termine per accettare l'eredità, atto questo dell'accettazione, prodromico all'esercizio dell'azione di *petizione dell'eredità*, la quale è invece imprescrittibile, salvo gli effetti dell'usucapione riguardo a singoli beni (art. 533, co. 2, c.c.).

Ebbene, queste disposizioni hanno un impatto dirompente, perché taluni diritti di provenienza successoria possono essere messi in discussione da soggetti che, in forza della retroattività, vantano pretese sulla successione apertasi molti anni orsono. Si è determinata una forte tensione tra la regola della retroattività della legge nuova - sia pur con dei limiti - e i valori, da un lato, della certezza delle situazioni giuridiche acquisite, dall'altro, della circolazione dei beni. Anche il principio della tutela dell'affidamento è interessato e polverizzato dalla retroattività.

Giunti a questo punto, per rispondere all'interrogativo sulla legittimità costituzionale della retroattività disposta dall'art. 104 d. lgs. n. 154/2013⁵¹, occorre anzitutto indicare i limiti cui è assoggettata la

⁵⁰ M. SESTA, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, cit., 22-23.

⁵¹ Secondo M. SESTA, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, cit., 25, il dub-

stessa. Non solo: si dovrà accennare al problema della contrapposizione tra diritti di rango costituzionale, determinata, come si accennava innanzi, dalla decisione di far retroagire la normativa nuova.

Sulla retroattività - è noto - viene in rilievo l'art. 11 disp. prel. c.c., ai sensi del quale «la legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo». Questa disposizione pone il principio di irretroattività della legge, il quale è presidiato dalla garanzia costituzionale soltanto con riguardo alla materia penale (art. 25, co. 2, Cost.). Quindi, negli altri ambiti, come in quello privatistico, il legislatore può emanare una norma retroattiva in deroga alla prescrizione legislativa dell'irretroattività.

La deroga però - ed è questo l'aspetto di maggior rilievo - non può dipendere dal mero arbitrio del legislatore, perché l'irretroattività è un valore fondamentale di civiltà giuridica a presidio di aspetti cruciali dello Stato di diritto. Oltre a quelli già sopra menzionati, se ne possono aggiungere altri come la salvaguardia della riserva ai magistrati della funzione giurisdizionale (art. 102 Cost.), il diritto di difesa (art. 24 Cost.) e il principio del giusto processo (art. 117, co. 1, Cost. in relazione all'art. 6 Cedu)⁵².

Ecco perché la Corte Costituzionale, nel silenzio della legge, ha

bio di legittimità costituzionale dell'art. 104 d. lgs. n. 154/2013, che ha infranto il «dogma» dell'irretroattività delle norme successorie, investe sia la retroattività in sé disposta nel caso di specie, sia la sua congruità rispetto alla legge delega, così, sotto quest'ultimo profilo, adombrando un eccesso di delega. L'autore conclude, dopo un articolato e convincente ragionamento, per l'incostituzionalità dell'art. 104 d. lgs. cit. Egli argomenta a sostegno dell'incostituzionalità dell'art. 104 c.c. con riguardo alla retroattività sia della successione del figlio nato fuori del matrimonio rispetto ai nuovi parenti acquisiti, sia della successione di questi ultimi al figlio premorto. Anche V. BARBA, *Principi successori del figlio nato fuori del matrimonio e problemi di diritto transitorio*, in *Fam. e dir.*, 2014, 5, 497 ss. (cfr. p. 15 versione *on line*), ritiene esservi seri dubbi di legittimità costituzionale della disposizione di diritto transitorio, quanto meno nella parte inerente quella che l'autore denomina «successione contro il figlio», cioè dei nuovi parenti rispetto a quest'ultimo. Effettivamente quest'ambito della retroattività non trova ragioni di rango costituzionale da porre a giustificazione della retroattività. Barba è, invece, più possibilista in ordine alla legittimità costituzionale della retroattività della successione del figlio a ogni parente del genitore. Il principio di unicità dello stato di figlio, osserva l'autore, è stato fatto proprio dal diritto europeo, alla luce delle pronunce soprattutto della corte EDU. Si aggiunga, secondo l'autore, che l'art. 21 Carta dei diritti fondamentali UE vieta ogni discriminazione basata sulla nascita. Indubbiamente lo stato unico di figlio è un principio desumibile dalla Costituzione e dal diritto europeo, ma, come si cercherà di dimostrare nel prosieguo, anche a voler far valere tale circostanza, residuano ugualmente consistenti dubbi di costituzionalità della retroattività. Non fosse altro perché la legittimità della stessa va valutata diacronicamente, cioè considerando l'evoluzione nel tempo dell'interpretazione di talune disposizioni e del diverso contenuto e rilievo che va assumendo un principio rispetto ad un altro.

⁵² Corte cost., n. 156/2014 (rel.: M. R. Morelli), in *Foro it.*, 2014, 7-8, 1, 2005, afferma che anche una disposizione legislativa di interpretazione autentica, con la quale si chiarisca una situazione di oggettiva incertezza normativa - disposizione che ha effetti *lato sensu* retroattivi - può ledere i valori e i principi sopra riportati nel testo.

individuato taluni limiti, fragili secondo una pensosa dottrina⁵³, onde contenere il potere legislativo di emanare norme retroattive. Le quali devono trovare «adeguata giustificazione nell'esigenza di tutelare principi, diritti e beni di rilievo costituzionale, che costituiscono altrettanti motivi imperativi di interesse generale ai sensi della Cedu»⁵⁴.

Nelle parole della Consulta, la retroattività deve essere giustificata dall'attuazione della Costituzione. A ciò si aggiunga, sempre secondo la Corte costituzionale, che l'intervento legislativo a carattere retroattivo deve rispettare i seguenti caposaldi dell'ordinamento giuridico e democratico: il principio generale di ragionevolezza che implica il divieto di introdurre ingiustificate disparità di trattamento; «la tutela dell'affidamento sorto legittimamente nei soggetti che hanno acquistato diritti, quale principio connaturato allo Stato di diritto; la coerenza e la certezza dell'ordinamento giuridico; il rispetto delle funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario»⁵⁵.

Insomma la retroazione esige un complesso e attento vaglio di compatibilità con la Costituzione.

Ora l'art. 104 d. lgs. n. 154/2013, nell'attribuire carattere retroattivo all'art. 74 c.c., rende precari i diritti ereditari acquisiti dai parenti legittimi e dagli aventi causa dall'erede apparente in mancanza dei presupposti richiesti dall'art. 534, co. 3, c.c. per la salvezza dell'acquisto immobiliare o mobiliare registrato. Si tratta - è difficile negarlo - di diritti sulla cui intangibilità gli eredi hanno maturato un legittimo affidamento, essendo pressoché certi, anteriormente all'entrata in vigore del d. lgs n. 154/2013, dell'assenza di altri chiamati a succedere e, quindi, della stabilità del loro acquisto *mortis causa*.

La certezza soggettiva della definitività dell'acquisto deriva dalla costante giurisprudenza della Corte costituzionale, che ha rigettato l'istanza di incostituzionalità dell'irrelevanza normativa della parentela naturale, difendendo, più in generale, la scelta dei Padri costituenti di non equiparare la condizione giuridica dei figli naturali a quella

Vero è che l'art. 1 l. n. 219/2012 non può essere qualificato norma di interpretazione autentica degli artt. 74 c.c. e 258 c.c., poiché esso non si è limitato a esplicitare il significato di tali disposizioni, collegandosi a queste, ma ne ha novellato il testo.

⁵³ Secondo A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, cit., 33, è fragile il limite dei «valori di civiltà giuridica»; vago è quello del rispetto della funzione giurisdizionale (che pone un problema di *quantum* della retroattività e non di *an*). Generici sono, sempre per l'autore, il principio di ragionevolezza e l'affidamento del cittadino.

⁵⁴ Corte cost., n. 15/2012 (rel: A. Criscuolo), in *Foro it.*, 2012, 3, 1, 659; Corte cost., n. 78/2012 (rel. A. Criscuolo), in *Giur. it.*, 2012, 11, con nota di M. RIZZUTI, *Anatocismo bancario e limiti alla retroattività della legge*; Corte cost., n. 264/2012 (rel.: M. R. Morelli), in *Foro it.*, 2013, I, 30 ss., con nota di G. AMOROSO, *Sui controllimiti alle norme della Cedu come parametro interposto nel giudizio di costituzionalità (a prima lettura di Corte cost. n. 264 del 2012)*; Corte cost., n. 24/2009 (rel.: A. Finocchiaro), in *Foro it.*, 2010, 2, 1, 415; Corte cost., n. 397/1994 (rel.: F. Santosuosso), in *Foro it.*, 2010, 2, 1, 415.

⁵⁵ Così Corte cost., n. 397/1994, cit. e le successive pronunce conformi.

dei figli legittimi. Del resto l'art. 30, co. 3, Cost., nel porre il limite della compatibilità, ha lasciato intendere per un certo tempo - non tantissimo - che vi fosse una gerarchia tra la filiazione legittima e quella naturale. Si diceva: l'art. 30, co. 3, Cost. non entra in contraddizione con sé stesso, perché il dovere del legislatore di assicurare ai figli extramatrimoniali «ogni tutela giuridica e sociale» non si scontra con la garanzia di cui gode il matrimonio (art. 29, co. 1, Cost.) e con la conseguente minor tutela dei figli naturali rispetto a quelli legittimi.

Questa interpretazione della Costituzione non è più credibile. Lo è stata però. Ma l'ordinamento giuridico, da ritenersi unico sebbene connotato da una articolata dimensione sovranazionale (art. 117 Cost.), è lentamente cambiato, e con esso è mutata l'interpretazione della Carta fondamentale, in ragione di una fisiologica, inarrestabile «realizzazione progressiva dei valori giuridici»⁵⁶. I quali «vivono all'interno del sistema dei valori culturali»⁵⁷, e ciò li rende modellabili.

Non stupisce, quindi, che si sia ridimensionato il criterio della compatibilità di cui all'art. 30, co. 3, Cost. a fronte della maggiore forza performante riconosciuta al principio di uguaglianza, al diritto all'identità personale, al diritto di avere rapporti con i parenti del genitore in funzione di arricchimento della personalità del minore e dell'affermarsi di modelli familiari ulteriori rispetto alla famiglia matrimoniale.

Questo riassetto della Costituzione è stato graduale. Chi ritiene che la fattualità, nel senso di una «particolare e peculiare relazione tra 'fatti' e diritto»⁵⁸, abbia rilevanza giuridica, essendo il di-

⁵⁶ A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto del diritto*, cit., 449-450, svela il nesso che c'è tra la situazione reale, la quale esige una attività di ricerca e di identificazione, e i valori ordinamentali. Afferma l'illustre studioso che «il processo di progressiva determinazione influisce sulle necessità assiologiche nel senso che i valori umani da realizzare in un dato momento storico sono meglio determinabili ed esigono di essere meglio determinati quanto più si avvicina il momento ultimo della realizzazione». Quindi i valori si specificano quando entrano in contatto con la realtà fattuale, la quale, perde i suoi caratteri di indeterminatezza in un certo arco temporale, entrando in contatto con altre situazioni riconducibili allo stesso contesto di riferimento. Lasciamo ancora la parola all'autore: «i valori non sono predeterminati in ogni momento anteriore se non in un certo livello di astrattezza, il quale decresce a misura che avanza il processo di determinazione [del reale] e si avvicina il momento della realizzazione». C'è quindi un intreccio e un condizionamento reciproco tra i fatti della vita umana e i valori nella loro costante rideterminazione, che avviene quando l'interesse espresso dal fatto «attinge la soglia della realizzazione». Il fatto, quindi, facendo transitare il valore dall'astrattezza alla concretezza e specificità, è indiscutibilmente parte della dimensione giuridica.

⁵⁷ A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto del diritto*, cit., 425.

⁵⁸ Così P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., 33, il quale riprende e sviluppa ampiamente il pensiero di F. Génys e F. Saleilles. In una posizione non molto distante dall'illustre storico, si colloca A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto del*

ritto un fenomeno della cultura «vivente» e «pratica»⁵⁹, trova una convincente riprova della veridicità di tale assunto proprio nell'ambito della filiazione. L'interpretazione delle disposizioni normative, comprese quelle costituzionali, è influenzata dai fatti sociali, posto che il diritto, sebbene sia un sistema di norme, non può essere inteso come «un blocco monolitico, strutturalmente unitario, funzionalmente immutabile»⁶⁰ e insensibile, perciò, alla pressione dei fatti sociali e degli interessi a questi sottesi⁶¹. Si è parlato di «virulenza dei fatti,

diritto, cit., 398 ss. Il quale chiarisce che diritto e interesse (che promana dal fatto) non si identificano sempre e necessariamente. L'interesse, egli afferma, «per salire al livello del diritto non soltanto deve diventare interesse sociale ma deve anche ricevere una qualificazione ulteriore» da parte dell'«interesse fondamentale». Dunque «tutti gli interessi sociali dovranno essere commisurati all'interesse fondamentale», cioè all'intero sistema dei valori fondamentali, i quali, nelle società odierne sono espressi dalla Costituzione, che, non a caso, esordisce elencando proprio i «principi fondamentali». Ma la Costituzione rappresenta una lettura attenta di ciò che contrassegnava la società del tempo, apprestando un patto sociale destinato a durare nel futuro. Falzea sposa, come egli stesso scrive, una «configurazione normativistica della giuridicità, nella versione [però] di un normativismo sostanziale [che «guarda alla realtà delle esigenze di vita»] e non formale, reale e non ideale». Con altre parole ma di analogo significato, l'autore propugna una «normatività che coinvolge la situazione e nella quale il dover-essere dell'azione è funzione del dover-essere della situazione» (p. 454). Falzea, quando svolge il tema delle forme di evidenziazione del diritto, riconosce ampio rilievo alla prassi; ad esempio di quella integrativa del funzionamento delle istituzioni sociali, pubbliche e private e soprattutto della prassi giurisprudenziale quale «fattore di determinazione del diritto» (p. 462-463). La complessità del valore giuridico esige poi di ricorrere alle formule linguistiche della legge, quale «manifestazione comunicativa» (dalle codificazioni alle costituzioni neomoderne e al criterio della gerarchia delle fonti). Spetta poi all'ermeneutica, continua Falzea, «perfezionare il linguaggio legislativo per renderlo il più possibile aderente alla realtà effettiva dei valori giuridici» (p. 484). Anche Falzea, come Grossi, non esprime una concezione del diritto quale regola che origina dall'alto, come dimostra la definizione di diritto cui egli perviene: «il diritto è l'insieme degli interessi sociali *derivanti dalla vita comune* congiunto all'insieme dei *valori dell'azione umana* orientati alla loro realizzazione, *manifestati socialmente e evidenziati oggettivamente dall'esperienza comune e dalla comune cultura*» [corsivo mio (p. 500)]. La singola situazione di interesse che emerge nella società, tuttavia, non è rilevante di per sé sola, ma deve, secondo Falzea, «superare il confronto con la dimensione della complessità», in modo da diventare giuridicamente rilevante. Qui vengono in gioco quelle che l'autore chiama le «regole ordinarie», fonti della rilevanza giuridica. Regole, queste, riguardanti l'organizzazione dell'insieme socio-giuridico, la relazione tra l'insieme e i suoi componenti e la relazione tra i componenti all'interno dell'insieme. Sulla giuridicità al di là di quella statuale cfr. F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, 2010.

⁵⁹ A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto del diritto*, cit., 395-436, affronta magistralmente questo tema dell'inquadramento del diritto nella dimensione della cultura.

⁶⁰ A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto del diritto*, cit., 394.

⁶¹ A. FALZEA, voce *Fatto giuridico*, in *Enc. dir.*, 1967, 941 ss., ripubblicata in *Capacità, Efficacia giuridica, Fatto giuridico, Manifestazione*, Milano, 1999, 941 ss., lega fatto e interesse, affermando che «il fatto rilevante è quel fatto che introduce nel diritto una nuova esigenza, rispetto alla quale deve prendere posizione la comunità scientifica valutandola alla luce del sistema dei valori che le è proprio e definendo

che hanno la vigoria di condizionare il diritto e di plasmarlo»⁶². Ecco la giuridicità del fatto.

Questo è un punto importante che fa emergere come l'interpretazione della Costituzione (in part. degli artt. 29, 30, 2, 3, 117, co. 1 con riferimento all'art. 8 Cedu) sia cambiata nel tempo, perché sono mutati i modelli familiari e il "peso" dei valori. Le famiglie sorgono sempre di più fuori dal matrimonio e i figli, nati in questo contesto non istituzionalizzato, hanno instaurato rapporti significativi con i parenti dei genitori. Siffatte relazioni familiari non potevano più essere ritenute né rimanere meta-legali. È stato così introdotto il principio dell'unicità dello stato di figlio, al prezzo di una svalutazione o meglio di un riassetto ben percepibile del criterio della compatibilità di cui all'art. 30, co. 3, Cost.

Ma tutto questo si distende in una dimensione diacronica. E il legislatore dovrebbe tenerne conto quando si interroga sulla retroattività di una legge da emanare. L'interazione continua tra fatto e diritto e la conseguente modifica progressiva dell'ordinamento giuridico non può che influire sulla valutazione della legittimità costituzionale della retroattività.

Il tribunale di Genova è stato sensibile a ciò, calando il problema della retroattività nell'orizzonte temporale sopra descritto. Attraverso tale complessa operazione, il giudice ha colto che la codificazione del principio dell'unicità dello stato di figlio è scaturita dal lento incedere di una rinnovata attenzione ai diritti del figlio. Diritti che si collocano via via, con sempre maggiore evidenza, in una posizione sovraordinata rispetto al tipo di rapporto esistente tra i genitori, finanche, in certi casi, alle linee di fondo dell'ordine pubblico interno e al formalismo dello *status filiationis* (si pensi alla rilevanza della c.d. filiazione di fatto, sui cui si tornerà).

La giuridicità del fatto si salda inestricabilmente con la legge e con la sentenza del giudice e non si manifesta mai all'improvviso, dal nulla. È questo l'aspetto decisivo che ha indotto il tribunale di Genova a sollevare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 104, coo. 2 e 3, d. lgs. n. 154/2013 per contrasto con gli artt. 2, 3 e 77 Cost.⁶³ L'ordinanza di rimessione ha sottolineato l'irragionevolezza della retroatti-

il comportamento dei soggetti in funzione della valutazione adottata». Falzea supera abilmente antiche e limitate classificazioni, invitando a studiare i «valori giuridici ben oltre il piano della volontà».

⁶² P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., 34, insiste senza alcuna ambiguità - segno di un pensiero forte - sulla giuridicità dei fatti sociali ed economici. E soprattutto egli coglie l'essenza del fenomeno giuridico nell'osmosi tra fatto e diritto. Emblematico è il seguente passaggio: «Il sottostante ordine naturale sociale economico diviene *per sua intrinseca capacità ordine giuridico*, congiungendo e saldando la divisione per piani - il sociale, l'economico, il giuridico - in una struttura complessa ma assolutamente unitaria [corsivo mio]».

⁶³ Trib. Genova, ord. 15.5.2014, n. 225, in www.ilcaso.it. Il relativo giudizio, ini-

vità, la quale, da un lato, contrasterebbe con la tutela che la Costituzione riconosce ai membri della famiglia legittima (art. 30, co. 3, Cost.), così come si è tradotta nella normativa subordinata per molti anni, dall'altro, non sarebbe giustificata dalla tutela di principi, diritti e beni di rilievo costituzionale.

C'è un altro significativo profilo di critica alla retroattività sottolineato dal tribunale genoano. Secondo un orientamento della Consulta, un diritto costituzionale non può essere tutelato dalla legge sopprimendone un altro di pari rango. L'insegnamento è consolidato e in una più recente sentenza⁶⁴, equilibrata e fine nell'argomentazione, la Corte costituzionale è tornata sul tema del conflitto tra diritti costituzionali. Il ragionamento muove dalla constatazione che la Costituzione non contiene una rigida gerarchia dei diritti fondamentali. I quali si pongono piuttosto in rapporto di integrazione reciproca. Ne consegue che la tutela di uno di essi deve essere sistemica e non frazionata. Non vi può essere un'illimitata espansione di un diritto costituzionale, altrimenti questo diventerebbe «tiranno» nei confronti di un altro⁶⁵.

ziato prima dell'entrata in vigore del d. lgs. n. 154/2013, riguarda una domanda di petizione dell'eredità proposta da un parente "naturale" collaterale di quarto grado del *de cuius*.

⁶⁴ Cfr. Corte cost., n. 85/2013 (rel. G. Silvestri), in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 10, 10867, con nota di M. MAZZOTTA, *Il «caso Ilva» al vaglio della Corte costituzionale*, sulla vicenda, ancora aperta, che ha interessato l'impianto siderurgico Ilva S.p.A. di Taranto, in cui si è posto il problema della compatibilità della tutela dell'ambiente e della salute dei cittadini e dei lavoratori, da un lato, con la tutela del diritto al lavoro e con la conseguente necessità di mantenere inalterati i livelli di occupazione in un'impresa che ha più di 200 dipendenti. Sul concetto di tutela sistemica dei diritti costituzionali cfr. anche Corte cost., n. 264/2012, cit. in cui si afferma che la tutela sistemica è volta a evitare che l'ordinamento sia costellato da norme non coordinate e in potenziale conflitto tra loro. La visione sistemica della tutela dei diritti dell'ordinamento cosiddetto integrato «ha segnato un significativo avanzamento in sede nomofilattica dell'ottica multilivello». Così si è espresso E. LUPO, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2012*, in *www.cassazione.it.*, svoltasi a Roma il 25.1.2013, p. 18, il quale ha ulteriormente sottolineato che, per effetto soprattutto dell'incidenza delle pronunce della Corte di giustizia e della Corte EDU, si è passati dall'idea di un ordinamento sovranazionale affiancato a quello interno al preminente obiettivo «di una sistematica generale degli ordinamenti» (p. 18). Nella Relazione si scrive similmente di «ordine sistemico fondato sul diritto» attraverso un dialogo tra le Corti nazionali, europee ed internazionali (p. 18) e di, sia pur quale abbozzo, di «sistema giuridico globale» o di «costruzione di una visione realmente sistemica della tutela dei diritti interordinamentale» (p. 19) che è un qualcosa di ulteriore rispetto a quell'impostazione di «apertura controllata» all'ordinamento sovranazionale. Visione sistemica significa, nelle parole di Ernesto Lupo, «considerazione dell'ordinamento nel suo complesso, quale frutto della sinergia fra norme (interne e sovranazionali) e Corti (interne e sovranazionali). Tale nuova e più avanzata forma di dialogo rende sempre più valida l'idea di un gioco d'insieme non fondato sulla collaborazione *tout court*, ma sulla interazione tra Corti nazionali, Corte Edu e Corte di giustizia».

⁶⁵ La Corte cost., n. 85/2013, cit., dimostra, con dovizia di argomenti, che l'art. 1 d.l. n. 231/2012 non ha affatto annientato il diritto alla salute, bilanciando quest'ultimo col diritto al lavoro. Sul tema del bilanciamento tra i «principi sanciti nella forma dei

E la tirannia si sarebbe realizzata proprio con l'art. 104, coo. 1 e 2, d. lgs. n. 154/2013; articolo che, se analizzato tenendo conto del diritto vivente, comprime (o elimina) diritti acquisiti sia da coloro che, in qualità di unici chiamati, abbiano legittimamente accettato l'eredità, sia dai loro aventi causa⁶⁶.

Va anche ricordato che la retroattività in materia successoria è stata considerata eccezionale dagli studiosi. Non è un caso che il legislatore del codice civile del 1942, malgrado l'ampliamento, rispetto al codice unitario, dei diritti successori dei figli riconosciuti, non estese l'applicabilità delle innovazioni normative ai figli nati o concepiti prima del 21 aprile 1940. Allo stesso modo, la riforma del diritto di famiglia del 1975, nonostante abbia rivoluzionato lo statuto giuridico dei figli naturali, così come imponeva la Costituzione, non stabilì la retroattività delle nuove disposizioni attributive di diritti.

Si noti che, da un lato, la Costituzione, per la prima volta nella storia italiana, modificava radicalmente la condizione giuridica dei figli naturali, attraverso la garanzia di vedersi assicurata «ogni tutela giuridica e sociale». Il che creò, all'indomani della sua entrata in vigore, immediate tensioni con larga parte della normativa allora vigente. Dall'altro, è soltanto con la legge n. 151/1975 che l'ordinamento giuridico si è allineato, più organicamente, al dettato costituzionale, recependo l'immagine di una nuova società che consegnava definitivamente al passato l'idea di poter discriminare la filiazione extramatrimoniale. Eppure, nonostante lo scarto temporale tra i nuovi principi costituzionali, in vigore dal 1° gennaio 1948, e la legge del 1975, il legislatore della prima grande riforma del diritto di famiglia non scelse la retroattività.

Come giudicare allora la retroattività posta dall'art. 104 d. lgs. n.

diritti fondamentali» cfr. le mirabili pagine di L. MENGONI, *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, in *Metodo e teoria giuridica*, a cura di C. Castronovo, A. Albanese e A. Nicolussi, Milano, 2011, 248 ss. L'autore distingue tra principi costituzionali assoluti, cioè non soggetti a bilanciamento, e principi che inviolabili non sono. Quanto a questi ultimi, secondo Mengoni «i condizionamenti giuridici si manifestano quando un principio della classe in esame entra in collisione con altri principi o interessi costituzionalmente aperti. In questo caso il principio si manifesta come struttura normativa aperta, che deve essere completata dal giudice con un criterio di prevalenza o di subordinazione, date certe condizioni, rispetto al principio confliggente» (p. 250). Mengoni si pone a questo punto dell'analisi la questione fondamentale, che è tale ancora oggi, della necessaria esistenza di una «teoria che circoscriva rigorosamente la discrezionalità del giudice connessa a questo modo di applicazione del diritto». Altrimenti c'è il rischio che dilaghi la precomprensione soggettiva del giudice. Secondo l'autore «occorre anzitutto una analisi dogmatica dei rispettivi ambiti di tutela, senza la quale collisioni puramente apparenti tra principi possono essere scambiate per collisioni reali» (corsivo mio).

⁶⁶ Secondo il Trib. Genova, ord. 15.5.2014, n. 225, cit., la retroattività appare irragionevole (poiché non tutela un diritto costituzionale), sproporzionata (perché incide su situazioni giuridiche consolidate) e incoerente (giacché non c'è rispondenza logica tra il fine perseguito dalla legge n. 219/2012 - *id est*: l'unicità dello stato di figlio - e la retroattività degli artt. 74 e 258 c.c. a fini ereditari).

154/2013, se il principio dell'unicità dello stato figlio è frutto, come si sostiene in queste pagine, di una lenta evoluzione dell'ordinamento? La domanda, come si intuisce, è retorica, ma forse la risposta merita un ulteriore approfondimento, anche alla luce dell'intervento, piuttosto discutibile, della Corte costituzionale (cfr. *infra* § 6).

Non prima di aver chiarito che il piano della retroattività della legge non va confuso con quello della normale retroattività del riconoscimento o della dichiarazione giudiziale di paternità/maternità⁶⁷. L'art. 122, co. 3, disp. att. c.c. prevede ad esempio che le nuove disposizioni sul riconoscimento dei figli naturali si applichino ai figli nati o concepiti prima del 1° luglio 1939, anche con riguardo alle successioni apertesi prima di tale data. Ma questa è un'ipotesi particolare di successione, giustificata dalla retroattività non già della legge bensì dell'atto di riconoscimento e della dichiarazione giudiziale di genitorialità.

Una disposizione analoga basata sugli effetti del riconoscimento e non sulla retroattività della legge è contenuta nell'art. 230 l. n. 151/1975, il quale estende l'applicabilità degli articoli sul riconoscimento dei figli naturali, anche ai figli nati o concepiti prima dell'entrata in vigore della legge. Riconoscimento che doveva valere anche agli effetti delle successioni apertesi anteriormente alla legge sopravvenuta. Ne consegue che il figlio, dopo l'accertamento del suo stato, poteva proporre l'azione di petizione dell'eredità contro gli eredi del suo genitore morto prima dell'entrata in vigore della legge.

Ebbene, non aver disposto la retroattività in epoche storiche di grandi cambiamenti sociali e giuridici, già chiaramente anticipati dalla Costituzione, avrebbe dovuto indurre il legislatore del 2013 a una maggiore cautela.

La Corte costituzionale ha sorprendentemente rigettato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 104 d. lgs. n. 154/2013. Interessa prendere spunto da questo intervento giudiziario, per sviluppare ulteriormente il discorso, senza dimenticare - come insegna soprattutto il tema della retroattività - che il giurista non può mai rinchiudersi nei confini semantici di una disposizione di legge.

6. (SEGUE) INTERVENTO DELLA CORTE COSTITUZIONALE E INCOERENZA TRA IL DIVENIRE DEI VALORI E LA RETROATTIVITÀ DELLA LEGGE.

La Corte costituzionale non ha condiviso gli argomenti, ben individuati e sviluppati, del giudice rimettente; così è stata dichiarata non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 104, coo. 1 e

⁶⁷ L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Successione legittima*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1999, 138.

2, d. lgs. n. 153/2013⁶⁸. La motivazione, sintetica e non convincente, è piuttosto assertiva nel sostenere la piena conformità alla Costituzione della disposizione censurata.

Non si nega che la questione della legittimità della retroattività di una normativa sia, spesso, di difficile soluzione, sebbene l'incostituzionalità dell'art. 104, coo. 1 e 2, d. lgs. cit. avrebbe potuto basarsi su rilievi di sicuro spessore giuridico. Prima di farvi cenno, è utile riprendere l'*iter* motivazionale della Consulta.

In via preliminare è respinto l'addebito al Governo dell'eccesso di delega - sostenuto pure in dottrina (cfr. *supra* § 5) - rispetto ai criteri direttivi contenuti nell'art. 2, co. 1 let. 1), l. n. 219/2012. Osserva la Corte costituzionale quanto segue: se da un lato tale articolo non attribuisce espressamente al legislatore delegato la facoltà di prevedere, a fini successori, la retroattività degli artt. 74 e 258 c.c., è altrettanto vero che lo stesso legislatore non è costretto a rimanere nei binari di una «mera scansione linguistica delle previsioni stabilite [dalla legge di delega]»⁶⁹. Egli, per non essere censurato, deve compiere una scelta compatibile con la *ratio* della delega e consonante con i criteri direttivi della stessa. E ciò, secondo la Consulta, è avvenuto nel procedimento legislativo al suo vaglio.

Non vi sarebbe stata, perciò, alcuna violazione dell'art. 77 Cost., stante il margine attuativo di ogni delega entro cui il legislatore delegato opera. Naturalmente non è sempre agevole valutare la legittimità della norma delegata rispetto alla *ratio* e ai criteri della legge delega.

Non ha avuto dubbi un autore⁷⁰, il quale ha criticato la decisione della Corte costituzionale di escludere l'eccesso di delega. Egli è giun-

⁶⁸ Corte cost., n. 146/2015 (rel.: M. R. Morelli), in *Fam. e dir.*, 2016, 6, 537 ss., con nota di M. SESTA, *Azione di petizione del "nuovo" parente e sorte delle pregresse divisioni*.

⁶⁹ Aggiunge la Corte cost., n. 146/2015, cit., che il legislatore delegato può legittimamente emanare «norme che rappresentino un coerente sviluppo e completamento dei contenuti di indirizzo della delega, nel quadro della fisiologica attività di riempimento che lega i due livelli normativi».

⁷⁰ M. SESTA, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, cit., 30, rileva come il «dato qualificante dell'oscuro principio di delega [quello ex art. 2, co. 1, let. 1) l. n. 219/2012] sembra (...) rinvenirsi nel riferimento al figlio naturale premorto o deceduto «nelle more del riconoscimento (...) da intendersi come indicante un riconoscimento *post mortem* o l'accertamento giudiziale della genitorialità (...); come dire che un accertamento *post mortem* dello status di filiazione consenta ai discendenti che subentrano al chiamato ex art. 467 c.c. il ricorso alla petizione di eredità, questione che nulla ha a che vedere con la statuizione di cui ai commi 1°, 2°, 3° e 4° dell'art. 104 del decreto delegato [corsivo mio], che apre un varco in favore di soggetti il cui status già era stato accertato prima dell'entrata in vigore della legge delega - o di loro discendenti - ai quali viene dunque consentito di esercitare diritti su successioni già aperte, non in forza di un «tardivo» accertamento dello status, bensì quali «nuovi» parenti ex art. 74 c.c. e, quindi, indipendentemente da qualsivoglia aspetto concernente la decorrenza dell'accertamento dello stato di filiazione».

to alla soluzione opposta, proprio ragionando sul contenuto della delega e sulla sua finalità. Si fa rilevare che la delega di cui all'art. 2, co. 1. let. l) l. n. 219/2012 chiedeva al legislatore delegato di stabilire una fattispecie precisa e definita: che, in ragione della retroazione alla nascita del riconoscimento (o della dichiarazione giudiziale), gli aventi causa del figlio morto prima dell'accertamento del suo stato (accertamento poi avvenuto *post mortem*) potessero agire con l'azione di petizione dell'eredità con riguardo alle successioni apertesi prima dell'entrata in vigore della legge n. 219/2019 (cfr. art. 104, co. 5, d. lgs., n. 154/2013).

La delega, quindi, chiedeva soltanto di regolare la posizione giuridica degli aventi causa del figlio naturale, il cui *status filiationis* fosse formalizzato dopo la sua morte e successivamente al gennaio 2013. Un'ipotesi, questa, specifica e contrassegnata dalla retroattività (non della legge ma) del riconoscimento o della dichiarazione giudiziale della paternità/maternità. Niente di più di quanto è stato fatto, come si è già ricordato *supra* nel § 5, dal legislatore del 1975.

Ciò che, secondo la posizione dottrinale in esame, la delega non consentiva affatto (neppure inseguendo una non ben precisata *ratio* della stessa), era di stabilire la (vera) retroattività delle nuove disposizioni sulla parentela, con conseguente chiamata dei parenti "naturali" (figli, zii, cugini) alle successioni apertesi prima del gennaio 2013, i quali possono agire contro chiunque possieda, a titolo di erede o senza titolo, tutti o una parte dei beni ereditari.

Ad ogni modo se l'eccesso di delega può non essere così palese, il fianco della Corte costituzionale si espone maggiormente alle critiche, quando essa nega perentoriamente che la retroattività abbia disatteso gli artt. 2 e 3 Cost. Ciò stupisce soprattutto perché il giudice delle leggi non può che essere consapevole del proprio orientamento sui limiti alla retroattività della legge in materia civile. Tra l'altro la Corte ne ribadisce un profilo decisivo: la legge retroattiva è giustificata dalla tutela di un valore di rilievo costituzionale.

E la Consulta individua questo valore nella «completa parificazione dei figli naturali ai figli nati all'interno del matrimonio» e lo riconduce specificamente all'art. 30, co. 1, Cost. Ma v'è di più: si aggiunge che si tratterebbe di un valore coerente con il bene della «vita familiare» di cui all'art. 8 Cedu, «nel senso della sua tutelabilità anche con riguardo alla famiglia costruita fuori dal matrimonio».

In armonia con siffatte premesse in diritto, la Corte costituzionale conclude per il rispetto da parte del legislatore delegato del limite alla retroattività della legge, costituito, nel caso *de quo*, dalla tutela del predetto valore fondamentale.

Ma è proprio sull'esistenza di tale valore che si appuntano le obiezioni più pregnanti. La completa parificazione dei figli naturali a quelli nati all'interno del matrimonio non è un valore riconducibile all'art. 30, co. 1, Cost. Il quale attribuisce rilevanza giuridica al fatto della procreazione (a prescindere dal rapporto tra i genitori), ma nulla dice sulla

costituzione e sull'ampiezza del vincolo di parentela del nato fuori del matrimonio con i parenti del genitore. Non a caso, nel commentare l'art. 30 Cost. nel suo complesso, la dottrina ha sempre rilevato come esso preveda il principio della «tendenziale parità di trattamento»⁷¹ dei figli nati al di fuori del matrimonio rispetto a quelli matrimoniali, con il limite della compatibilità con i diritti dei membri della famiglia legittima».

Del resto, come si è già scritto nel cap. I-sez. I, § 1, la Consulta, da un lato, ha costantemente negato che la parentela naturale avesse un fondamento costituzionale, dall'altro, ha insistito nel legare la piena tutela «giuridica e sociale» dei figli nati fuori del matrimonio soltanto al rapporto con i genitori e non anche alla famiglia di questi ultimi. Con tale soluzione interpretativa di compromesso, che ha retto a lungo, la Corte ha coniugato l'ampiezza della formula «ogni tutela giuridica e sociale» con il rilievo assiologico che vede(va) la filiazione legittima in una posizione sovraordinata (art. 30, co. 3 Cost.).

È vero che i valori costituzionali si evolvono col mutare della sensibilità sociale e con i progressi culturali (quindi giuridici), mutando di conseguenza nel tempo anche il modo di bilanciarli. Tant'è che proprio il limite della compatibilità con i membri della famiglia legittima si è affievolito, indietreggiando rispetto al principio di uguaglianza di tutti i figli; uguaglianza che solo di recente è stata apprezzata dal legislatore anche sotto il profilo della parentela.

Infatti è altrettanto vero che vi è stato un periodo storico in cui il matrimonio era considerato l'istituzione primaria tra le formazioni sociali, l'unica dotata di garanzia costituzionale e la sola in grado di consentire la piena realizzazione della persona, compresi i figli. Solo il nascere in costanza di matrimonio giustificava un'ampia parentela. Il matrimonio era l'unico modello legale di famiglia, non solo perché dotato di garanzia costituzionale, ma anche in ragione del maggiore apprezzamento di cui godeva da parte dei consociati⁷². C'era evidentemente un nesso tra questa idea e il differenziato regime giuridico della filiazione.

Dominava nella società civile la certezza basata sia sulla Costituzione - anzi, più esattamente, sull'interpretazione che se ne dava - sia sulla legge ordinaria⁷³ e sulla giurisprudenza di non dover concorrere

⁷¹ M. SESTA, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, cit., 29.

⁷² Quando la convivenza di fatto si è diffusa sensibilmente nel tessuto sociale, l'ordinamento giuridico non poteva rimanere insensibile. Così le si è trovato un aggancio costituzionale nell'art. 2 Cost., il quale dà rilievo alle formazioni sociali in cui la persona svolge la sua personalità.

⁷³ D. CARUSI, *La legge e il tempo: eccezionalità e transitorietà*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, 333 ss., rileva come la legge non sia statica, ma vivendo nel tempo, essa è suscettibile di diverse interpretazioni che possono anche allontanarsi dall'intenzione del legislatore. Però c'è un punto importante: l'interpretazione di una disposizione di legge, pacifica per un certo tempo, crea affidamenti in ordine ai diritti acquisiti, affida-

nella successione con il parente naturale. Il figlio legittimo era sicuro che non vi fosse delazione del figlio naturale, così come il parente ubicato lungo una linea legittima di parentela sapeva di non vantare alcun diritto sul patrimonio di un figlio nato fuori del matrimonio. Questo regime giuridico, autentica espressione di un'epoca trascorsa, era espresso e voluto dalla società e dai giuristi agganciato alla Costituzione.

Il quadro storico-giuridico - è bene ribadirlo - è cambiato lentamente. Il nuovo ordine pubblico si è affermato progressivamente, lasciando alle spalle il passato⁷⁴. Pertanto la retroattività disposta dal d. lgs n. 154/2013 si mostra sproporzionata, comprimendo i diritti acquistati con pieno affidamento da chi, chiamato a succedere, abbia accettato l'eredità prima del gennaio 2013. E la sproporzione è indice di irragionevolezza della norma; la rende non necessaria, abnorme e nella specie lesiva di situazioni consolidate, di principi e valori - affidamento, certezza giuridica, sicurezza della circolazione - di rilievo costituzionale.

Il legislatore del 2013, prevedendo la retroattività del principio dell'unicità dello stato di figlio, ha concesso di stravolgere rapporti giuridici del passato, dimenticando l'essenziale storicità del diritto. Se, come si è sostenuto in queste pagine, l'evoluzione dei fatti e dei valori di riferimento è stata progressiva, sarebbe stato più coerente limitare l'ambito applicativo del principio dell'unicità dello stato di figlio soltanto all'avvenire e non anche al pregresso contesto storico-giuridico⁷⁵. Aver voluto (ri)governare il passato con la retroattività ha

menti che non possono essere infranti soltanto perché cambia il contesto giuridico e l'esito delle interpretazioni. Il dinamismo del diritto, tendenzialmente, non deve portare all'introduzione di regole retroattive che pretendano di rigovernare il passato. Ciò contrasterebbe con il carattere della storicità del diritto.

⁷⁴ G. PASSAGNOLI, *Contratto usurario e sopravvenienza normativa*, cit., 120, afferma, ponendo al centro della questione della retroattività il giudizio di valore, che «ove l'esigenza di protezione sia attuale, cioè ove gli interessi regolati siano destinati a trovare la propria composizione nel vigore della legge nuova, l'applicazione di questa ai rapporti in corso sarà immediata, senza che in ciò possa scorgersi alcuna retroattività».

⁷⁵ P. GROSSI, *Enrico Finzi: un innovatore solitario*, in «*L'officina delle cose*». *Scritti minori*, per la storia del pensiero giuridico moderno, a cura di P. Grossi, Milano, 2013, 98, XXXVII, in molti suoi scritti ha sottolineato la necessità che il giurista presti estrema attenzione al fatto, al fine di emanare leggi o proporre soluzioni ermeneutiche coerenti con il sostrato materiale dello *ius*. Il diritto non può vivere in una dimensione distonica dai movimenti sociali, altrimenti è violento o cieco. Si coglie nettamente che Grossi, nel descrivere la personalità e l'opera di Finzi, è ammirato dalla sua inquieta preoccupazione di attuare una «maggiore coerenza tra il divenire dei fatti e le forme giuridiche». Ora, se questa coerenza è un valore irrinunciabile, se essa è addirittura condizione di esistenza di un diritto che sia ben compenetrato nelle dinamiche sociali, anche l'articolo di legge sulla retroattività dovrebbe rispettare l'equilibrio storico tra fatto e diritto. Salvo il caso in cui sia ravvisabile un diritto costituzionale, ignorato dalla legge vigente e già emerso nell'interpretazione della Carta costituzionale, che impone al legislatore di estendere le regole della nuova legge ai rapporti antecedenti alla sua entrata in vigore. Solo se il legislatore del tempo passato è stato colpevolmente inerte

rappresentato una forzatura del rapporto mutevole tra fatto e diritto nel tempo.

Non c'è un valore costituzionale cui ancorare la retroattività della nuova formulazione degli artt. 74 c.c. e 258, co. 1, c.c., poiché - lo si ribadisce - la pregressa giurisprudenza costituzionale aveva ritenuto compatibile con la Carta fondamentale la condizione deteriore in cui si trovavano, sotto il profilo ereditario, i figli nati fuori del matrimonio. E ciò senza che vi fosse un'altra giurisprudenza che, invece, invocava l'applicazione di un diverso principio costituzionale.

C'è un altro aspetto che, secondo uno studioso⁷⁶, deve essere rimarcato e che rende la retroattività ancora più abnorme: di essa, come si diceva, «beneficeranno non solo i figli con riguardo alle successioni dei nuovi parenti, ma anche costoro rispetto a quelle di un figlio (loro parente) premorto, soggetti rispetto ai quali è davvero arduo configurare la titolarità di un diritto fondamentale». Un altro autore ha rilevato che sifatto ambito della retroattività rischia oltretutto «di compromettere, *ex post*, l'autonomia testamentaria del figlio nato fuori del matrimonio»⁷⁷.

La Corte costituzionale da parte sua ha confermato la scelta legislativa di mettere in discussione, attraverso l'applicazione retroattiva, l'ordinamento giuridico successorio del passato. Ma la soluzione avrebbe dovuto essere diversa nel rispetto dell'incedere progressivo dei mutamenti giuridici. Certamente società e diritto, anche sovranazionale, premevano per l'introduzione del principio dell'unicità dello stato di figlio e della parentela, ma il risultato raggiunto nel 2012 è giunto al culmine di un processo di cambiamento, che imponeva di non stravolgere l'assetto normativo del passato.

A questo punto, non resta che esaminare le difese, non particolarmente efficaci, spettanti al convenuto con l'azione di petizione dell'eredità.

7 (SEGUE). IPOTESI DI CHIAMATE SOPRAVVENUTE ALL'EREDITÀ E USUCAPIONE.

Le disposizioni transitorie contenute nell'art. 104 d. lgs. n. 154/2013 disciplinano la sopravvenienza di chiamate a eredità apertesi prima del 1° gennaio 2013 (data di entrata in vigore della l. n. 219/2012).

rispetto al quadro normativo, all'epoca vigente, sovraordinato alla legge ordinaria, il legislatore del presente può intervenire modificando i rapporti giuridici pregressi attraverso la retroattività.

⁷⁶ M. SESTA, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, cit., 30.

⁷⁷ V. BARBA, *Principi successori del figlio nato fuori del matrimonio e problemi di diritto transitorio*, cit., 16 (versione *on line*), rileva l'inefficacia sopravvenuta del testamento redatto dal figlio «nella legittima convinzione di non avere altri legittimari oltre al coniuge, al genitore e ai figli». Il nuovo chiamato *ex post* alla successione del figlio (ad es.: il nonno) potrebbe agire con l'azione di riduzione, rendendo in parte inefficaci nei suoi confronti le disposizioni testamentarie lesive.

Come si diceva, occorre distinguere due ipotesi di delazione sopravvenuta. La prima ha già trovato spazio nel codice civile del 1942 e nella l. n. 151/1975 e riguarda i discendenti o gli eredi del figlio riconosciuto o dichiarato giudizialmente dopo l'entrata in vigore del d. lgs. n. 154/2013 (*id est*: il 7.2.2014). Tali soggetti, stabilisce l'art. 104, co. 5, d. lgs. cit., possono far valere i diritti successori del *de cuius* con riferimento a eredità apertesi prima del gennaio 2013. Non si tratta, però, di una vera e propria retroattività dello *ius superveniens*.

La vera retroazione interessa piuttosto il figlio nato fuori del matrimonio già riconosciuto o dichiarato giudizialmente alla data di entrata in vigore della l. n. 219/2012 e i suoi discendenti. Questi soggetti potranno far valere le proprie pretese ereditarie contro gli eredi di un parente premorto. Si pensi al legame di parentela che sopravviene per effetto della retroattività degli artt. 74 e 258 c.c. tra lo zio (fratello del genitore) e il nipote "naturale".

Acquistano la capacità a succedere, come già rilevato, anche i nuovi parenti (nati fuori del matrimonio) del figlio nato nel matrimonio. Si consideri il seguente caso. Tizio, figlio legittimo, muore prima dell'entrata in vigore della l. n. 219/2012. L'eredità si devolve integralmente a suo fratello legittimo Caio ai sensi dell'art. 570 c.c. Ma con l'entrata in vigore della novella, il fratello "naturale" di Tizio, Sempronio, che non è stato chiamato alla successione del primo, potrà agire con l'azione di petizione dell'eredità, previa accettazione dell'eredità entro dieci anni dal 1 gennaio 2013, contro i precedenti chiamati⁷⁸.

Non è il caso di sviluppare altri esempi, solo è bene ribadire che il figlio, in assenza di altri parenti più prossimi del *de cuius*, può succedere a ciascuno dei collaterali dal terzo al sesto grado. Anche l'ascendente naturale potrà far valere i propri diritti di legittimario (art. 536 c.c.) e di erede legittimo (artt. 569 e 582 c.c.).

L'art. 104 d. lgs. n. 154/2013 attribuisce l'azione di petizione dell'eredità non solo al figlio nato fuori del matrimonio divenuto parente del *de cuius* e ai suoi discendenti o parenti, ma anche, qualora egli sia morto, ai suoi nuovi parenti chiamati all'eredità con riguardo a successioni apertesi prima del 1° gennaio 2013 (si è parlato in dottrina di *successione contro il figlio* per alludere alla tutela, contro quest'ultimo, di un interesse altrui)⁷⁹.

⁷⁸ Quanto alla successione del fratello naturale rispetto al fratello legittimo, la riforma 2012/2013 ha mutato l'ordine dei successibili, dettando un ordine unico. In precedenza, com'è noto, il figlio succedeva al fratello "naturale" solo in assenza di altri successibili, prevalendo soltanto sullo Stato. Oggi, invece, egli succede prevalendo su ogni altro successibile di grado posteriore.

⁷⁹ L'espressione è di V. BARBA, *Principi successori del figlio nato fuori del matrimonio e problemi di diritto transitorio*, cit., 14 (versione *on line*), il quale rileva come i nonni e i bisnonni del figlio possano agire per i successivi 10 anni a decorrere da 1° gennaio 2013 con l'azione di riduzione. L'autore sostiene, a ragione, che il giudicato

In tutti i predetti casi, l'incidenza della retroattività sulle successioni apertesi prima dell'entrata in vigore della legge 2012 si avrà fino al 31 dicembre 2022, poiché il termine di prescrizione dei diritti spettanti ai nuovi successibili esordisce dal 1° gennaio 2013.

Ebbene, il sopravvenire di nuove chiamate ad eredità apertesi prima del gennaio 2013 ha fatto sorgere il problema della salvaguardia delle posizioni giuridiche già acquisite dall'erede e dai suoi aventi causa. Un problema, questo, che il legislatore del d. lgs. n. 154/2013 si è posto e che ha affrontato prevedendo, nelle diverse fattispecie disciplinate, la salvezza degli «effetti del giudicato formatosi prima dell'entrata in vigore della legge 10 dicembre 2012, n. 219». Ma è stato esattamente osservato⁸⁰ che, con riguardo ai diritti successori acquisiti dai parenti del figlio nato fuori del matrimonio, «è difficile ipotizzare l'esistenza di un giudicato», che, anche se esistente rispetto ad altri eredi o legittimari, non potrebbe comunque essere loro opposto in ragione dei limiti soggettivi connessi al concetto di giudicato.

Ci si deve pertanto interrogare su quali siano le difese che possa contrapporre l'erede convenuto in giudizio con l'azione di petizione dell'eredità proposta dal nuovo erede (sopravvenuto), in un contesto in cui non vi sia alcun precedente giudicato. Un'azione questa che, com'è noto, ha lo scopo di far riconoscere la qualità di erede per recuperare cespiti ereditari. Essa, rispetto alla rivendica, alleggerisce la posizione processuale dell'attore, il quale deve soltanto provare di essere erede e non anche l'appartenenza dei cespiti al *de cuius* e ai suoi danti causa (c.d. *probatio diabolica*).

Non è necessario, inoltre, che l'attore abbia preventivamente accettato l'eredità, comportando l'esercizio dell'azione *de qua* accettazione tacita dell'eredità. Naturalmente, poiché il riconoscimento della qualità di erede è funzionale a ottenere la restituzione di un bene ereditario, l'attore deve provare l'appartenenza del bene stesso all'asse ereditario⁸¹.

formatosi anteriormente a tale data con riguardo ad un legittimario non precluda al legittimario sopravvenuto di promuovere una successiva azione di riduzione, stante l'autonomia del diritto di ciascun legittimario rispetto a quello di un altro.

⁸⁰ V. BARBA, *Principi successori del figlio nato fuori del matrimonio e problemi di diritto transitorio*, cit., 12 (versione *on line*), conclude, con chiarezza, che il figlio nato fuori del matrimonio «avrebbe ..., a muovere dal 1° gennaio 2013, dieci anni di tempo per far valere, accettando l'eredità, nei limiti indicati, i propri diritti rispetto alle successioni dei di lui collaterali dal secondo al sesto grado, rendendo, così, caduche e precarie molte delle situazioni successorie, che sembravano già cristallizzate. Inversamente, se il figlio mancasse ai vivi senza lasciare dietro di sé, né coniuge, né genitore, né fratelli e sorelle, e se fosse subentrato lo Stato, a muovere dal 1° gennaio 2013, tutti i parenti in linea retta dal secondo al sesto grado e tutti i parenti in linea collaterale dal terzo al sesto potrebbero, per i successivi dieci anni, avanzare pretese successorie e domandare l'accertamento della loro qualità di erede; ovviamente, con pregiudizio dell'assetto successorio già formatosi».

⁸¹ Su questi aspetti cfr. G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 368 e 372; C. COP-

Questa è, in sintesi, la disciplina dell'azione, ma c'è un aspetto tecnico, di grande rilevanza pratica, su si riflettere. L'art. 533, co. 2, c.c. prevede, quale contemperamento all'imprescrittibilità dell'azione di petizione dell'eredità⁸², la salvezza degli effetti dell'usucapione rispetto a singoli beni. Il punto fondamentale è chiarire quando colui il quale sia in possesso di beni ereditari possa opporre all'erede sopravvenuto l'usucapione dei medesimi. Il tema non è nuovo, essendo stato già affrontato dalla giurisprudenza di legittimità con riguardo all'art. 230 l. n. 151/1975. È necessario riprendere la soluzione e le motivazioni delle pronunce giudiziali più significative al riguardo.

Secondo l'orientamento consolidato della Cassazione⁸³, l'usucapione non può essere invocata salvo che il tempo stabilito dalla legge per acquistare il diritto a titolo originario sia decorso dal giorno dell'accettazione dell'eredità da parte del chiamato sopravvenuto. Ciò implica che l'erede nel possesso di un bene immobile ereditario non ne diventa proprietario a titolo originario semplicemente perché, prima dell'entrata in vigore della legge retroattiva, siano trascorsi venti anni (art. 1158 c.c.). A sostegno, nelle sentenze del giudice di legittimità, si ritrovano i seguenti argomenti:

a) affinché si possa usucapire - qui i giudici si rifanno ad una parte della dottrina - contro il proprio dante causa (nel nostro caso nei confronti del *de cuius*) è necessario che il titolo d'acquisto (*id est*: la disposizione a titolo universale) venga meno con effetto *ex tunc*, giacché «l'acquirente [l'erede] va considerato come se non fosse stato mai titolare del diritto»;

b) invece, l'erede convenuto in giudizio con l'azione di riduzione o con l'azione di petizione dell'eredità «non vede venir meno il suo titolo di acquisto, ma subisce una riduzione quantitativa di tale acquisto»;

POLA, *La petizione di eredità*, in *Tratt. di dir. delle succ. e delle donaz.*, diretto da G. Bonilini, *La successione necessaria*, Milano, 2009, 1438-1439, in particolare sul rapporto con le azioni possessorie. Coppola ritiene che si debba agire con l'azione di rivendicazione quando il possessore dei beni ereditari «si attribuisca un titolo giustificativo diverso da quello ereditario quale, ad esempio, l'aver acquistato la cosa dal *de cuius* per atto tra vivi». La domanda di *petitio hereditatis*, eventualmente proposta, si trasformerà in rivendica, a seguito dell'eccezione del convenuto» (p. 1450). Per un approfondimento - davvero degno di ammirazione - dell'azione di petizione dell'eredità cfr. la bellissima monografia P. SCHLESINGER, *La petizione di eredità*, Torino, 1956.

⁸² L'imprescrittibilità dell'azione di petizione dell'eredità, fondata sull'antico brocardo *semel heres semper heres*, non incide sull'intervenuta la prescrizione del diritto di accettare l'eredità; prescrizione, quest'ultima, che può essere eccepita dal convento nel giudizio di petizione dell'eredità.

⁸³ Cass., n. 11024/1991, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1992, I, 429 ss., con nota di F. REGINE, *Esercizio dei diritti successori ex art. 230 l. n. 151/1975 e inopponibilità dell'usucapione dei beni ereditari*; Cass., n. 2424/2011, in *Foro it.*, 2011, 11, 1, 3109; Cass., n. 14917/2012, in *Giur. it.*, 2013, 4, 1 ss. (versione *on line*), con nota di M. RIZZUTI, *La possibilità d'interruzione nel possesso ad usucapionem*; in *Fam. e dir.*, 2013, 7, 682, con nota di M. DE PAMPILIS, *Diritti del figlio dichiarato dopo la morte del genitore e usucapibilità dei beni ereditari*.

c) di conseguenza il possesso che si è avuto nel tempo precedente all'esperienza dell'azione da parte dell'erede sopravvenuto non è utile a usucapire, perché non si può acquistare col decorso del tempo ciò di cui si è già proprietari;

d) ora poiché l'usucapione si fonda sull'inerzia del titolare vero (si parla anche di prescrizione acquisitiva), occorre che quest'ultimo abbia avuto la possibilità di compiere atti interruttivi. Ed è evidente che chi diventa erede per effetto di un legge retroattiva non poteva, prima dell'entrata in vigore della stessa, compiere atti interruttivi.

Per queste ragioni, l'erede non può far valere in giudizio un possesso utile all'usucapione che si collochi nel tempo antecedente allo *ius superveniens* retroattivo attributivo della capacità di succedere a un nuovo chiamato *ex lege*.

Questo orientamento, seppur criticato in dottrina⁸⁴, sembra confermato, secondo un autore⁸⁵, dall'art. 104, co. 5, d lgs. n. 154/2013, il quale stabilisce che «nei casi in cui i riconoscimenti o le dichiarazioni giudiziali di genitorialità intervengano dopo il termine di entrata in vigore della presente legge, i diritti successori che non sarebbero spettati a persona deceduta prima di tale termine possono essere fatti valere dai suoi discendenti in rappresentazione e dai suoi eredi. Essi si prescrivono a far data dall'annotazione del riconoscimento nell'atto di nascita o dal passaggio in giudicato della sentenza dichiarativa della paternità o maternità». Dunque il periodo precedente all'esperienza dell'azione giudiziale di genitorialità è irrilevante ai fini dell'usucapione.

Ma c'è un altro profilo di cui dare conto, che coinvolge gli aventi causa dall'erede, ai quali possono essere stati alienati beni ereditari. In tal caso l'erede (sopravvenuto per effetto dell'art. 104 d. lgs. n. 154/2013) che agisca con l'azione di petizione dell'eredità direttamente nei confronti degli aventi causa (legittimati passivi ai sensi dell'art. 534, co. 1, c.c.) rischia di perdere in tutto o in parte cespiti di provenienza successoria. L'art. 534 c.c., infatti, fa salvi i diritti acquistati dai terzi dall'erede apparente a certe condizioni, distinguendo a seconda che si tratti di beni mobili, ovvero di immobili o mobili registrati.

Sarebbe un fuor d'opera soffermarsi sul principio dell'*apparentia iuris*⁸⁶; soltanto preme rilevare che, quand'anche il terzo faccia salvo il suo acquisto, l'erede attore in petizione ereditaria non è sfornito di tutela. L'art. 535, co. 2, c.c. disciplina l'ipotesi in cui l'erede (o il possessore) abbia alienato il bene in buona fede (*id est* ignorando la presenza di un altro successibile). In tal caso la legge lo obbliga a restituire al-

⁸⁴ P. SCHLESINGER, *La petizione di eredità*, Torino, 1956, 186 ss.

⁸⁵ M. SESTA, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, cit., 33-34.

⁸⁶ Si rinvia alla dottrina che ha approfondito il tema: F. D. BUSNELLI, *Eredità apparente* (voce), in *Enc. dir.*, Milano, 1966, 198 ss.; F. D. BUSNELLI-E. BARGELLI, *Erede apparente*, in *Enc. dir. agg.*, Milano, 2001, 401; G. GALLI, *Il problema dell'erede apparente*, Milano, 1971, 185 ss.

l'erede il prezzo o il corrispettivo ricevuto. Continua il comma 2 stabilendo che «se il prezzo o il corrispettivo è ancora dovuto, l'erede subentra nel diritto di conseguirlo».

Nulla stabilisce, invece, l'art. 535 c.c. nell'ipotesi in cui l'erede abbia alienato in mala fede, ossia nella consapevolezza dell'esistenza di un altro successibile⁸⁷. Secondo la giurisprudenza di merito, il possessore alienante dovrà corrispondere all'erede non solo il prezzo, ma il valore del bene alienato⁸⁸, salvo il risarcimento del danno (arg. ex artt. 948 e 1038 c.c.).

Un ultimo aspetto interessa far emergere, tralasciando la disciplina dei diritti del possessore di cespiti ereditari⁸⁹. La retroattività degli artt. 74 e 258 c.c. fa sì che per i nuovi successibili il termine decennale per accettare l'eredità abbia un *dies a quo* diverso a seconda della situazione. Per il figlio già riconosciuto, il termine decorre dalla data di entrata in vigore del d. lgs. n. 154/2013, ossia dal 7 febbraio 2014. Se, invece, il figlio non è stato riconosciuto a questa data, il termine per accettare l'eredità decorre dal passaggio in giudicato della sentenza di accertamento dello *status* di figlio nato fuori del matrimonio. Prima di tale momento, il figlio si trova nell'impossibilità giuridica e non di mero fatto di accettare l'eredità⁹⁰.

⁸⁷ Afferma Cass., n. 14917/2012, cit., che se l'erede aliena un bene dell'eredità dopo il passaggio in giudicato della sentenza dichiarativa dell'esistenza dello stato di figlio naturale, l'alienante deve essere considerato in mala fede.

⁸⁸ C. COPPOLA, *La petizione di eredità*, cit., 1468, sulla scia di un'autorevole studioso delle successioni (Azzariti), ritiene che il diritto di ricevere il valore del bene alienato in mala fede debba essere riconosciuto anche se l'alienazione sia avvenuta senza corrispettivo. Ciò, tuttavia, non è pacifico, come non lo è la soluzione al quesito se la *petitio hereditatis* possa essere esercitata contro l'alienante in buona fede che abbia già trasferito il possesso (*contra* P. SCHLESINGER, *La petizione di eredità*, cit., 118 ss., il quale esclude che il corrispettivo dell'alienazione possa essere qualificato «bene ereditario»). Se vi è stato perimento o deterioramento dei beni posseduti da chi non è l'erede vero, ipotesi, questa, non espressamente prevista dalla legge, si ritiene applicabile - lo ricorda Cristina Coppola a pag. 1470 - l'art. 2037 coo. 2 e 3 c.c.

⁸⁹ Quanto alla disciplina riguardante i frutti, le spese, i miglioramenti e le addizioni che interessa il possessore dei beni ereditari tenuto alla loro restituzione, si rinvia all'efficace sintesi di C. COPPOLA, *La petizione di eredità*, cit., 1464-1466, la quale ricorda che la Cassazione, con la sent. n. 837/1986, ha negato l'applicabilità dell'art. 1152 c.c. (sul diritto di ritenzione) al possessore in buona fede di cespiti ereditari.

⁹⁰ Cass., n. 2326/1990, in *Giust. civ.*, 1990, I, 1750 ss., con nota di G. AZZARITI, *In tema di sentenza interpretativa della Corte costituzionale su decorrenza dei termini per l'accettazione ereditaria*, in *Foro it.*, 1990, I, 2182 ss., con nota di F. CASO, *Limiti incostituzionali alla dichiarazione giudiziale di paternità e decorrenza del termine di prescrizione dell'eredità*, in *Giur. it.*, I, 1, 1991, 82 ss., con nota di P. RAPONE, *Dichiarazione giudiziale di paternità e prescrizione del diritto di accettare l'eredità (le riforme e il diritto transitorio)*; Cass., n. 10333/1993, in *Fam. e dir.*, 1994, 160 ss., con nota di F. PADOVINI, *Ancora sui diritti successori dei figli adulterini*.

Sezione III

Transessualismo, omosessualità e tutela del rapporto di filiazione.

SOMMARIO: - 1. Il transessualismo e la legge italiana. - 2. La Corte EDU e la giurisprudenza di legittimità: evoluzione scientifica e diritto. - 3. Effetti della rettificazione dell'attribuzione di sesso: filiazione e matrimonio. - 4. Sociale contro naturale: filiazione di fatto e adozione in casi particolari da parte dell'omosessuale. - 5. Il riconoscimento di un provvedimento di adozione piena emesso in un altro paese e l'adozione internazionale omosessuale. - 6. La filiazione di fatto nella crisi della famiglia e assegnazione della casa familiare. Centralità dell'interprete e convergenza degli ordinamenti europei. - 7. Tutela risarcitoria e diritto di famiglia: il danno da omesso mantenimento e riconoscimento del figlio - 8. Danno da perdita della filiazione di fatto e responsabilità per danni endo-familiari. - 9. (*Segue*) Natura della responsabilità nella relazione coniugale e di filiazione. - 10. Tutela della bigenitorialità e art. 709-ter c.p.c. - 11. (*Segue*) I provvedimenti giudiziali ex art. 709-ter c.p.c.: in particolare sulla funzione sanzionatoria del risarcimento del danno.

1. IL TRANSESSUALISMO E LA LEGGE ITALIANA.

Se si traccia il filo principale del discorso fin qui svolto al fine di introdurre l'ultimo tratto da compiere, si può ricapitolare quanto segue.

L'evoluzione sociale e giuridica della filiazione ha condotto alla codificazione del principio di unicità dello stato di figlio. Ciò ha determinato la perdita della centralità del matrimonio quale unico istituto all'interno del quale i figli instaurano vincoli di parentela ampi. Oggi lo statuto giuridico del figlio non cambia più a seconda del tipo di legame esistente tra i genitori: matrimoniale o convivenza di fatto.

Ma c'è un altro approdo importante da segnalare e su cui si intende riflettere ulteriormente: il fondamento della filiazione è andato oltre l'esistenza del legame biologico con il genitore. Evitando di ripetere i riferimenti normativi a sostegno di quest'affermazione (cfr *supra* cap. I §§ 11-12), va piuttosto rilevato che sempre di più la giurisprudenza, argomentando dai diritti fondamentali del minore e dal principio del preminente interesse del medesimo, ha riconosciuto rilievo giuridico al rapporto di fatto tra chi si è comportato come fosse genitore e il figlio del partner.

Questa "giuridicizzazione" del legame di fatto è avvenuta, come si vedrà nel prosieguo, attraverso l'applicazione dell'istituto dell'adozio-

ne in casi particolari, dell'art. 333 c.c. o, secondo una discutibile impostazione, dell'art. 337-ter, co. 1, c.c. qualora subentri la crisi della convivenza *more uxorio*. Ancora: un ulteriore indice è ravvisabile in quella giurisprudenza che ha ammesso la risarcibilità del danno a favore del genitore di fatto, in caso di uccisione del figlio della propria compagna di vita (cfr. *infra* § 7).

Il rapporto di filiazione, andando al tema specifico delle prossime pagine, di fatto può sorgere anche tra il minore e il partner omosessuale del genitore o il soggetto in unione civile che si comporta come fosse l'altro genitore. Problemi particolari inerenti la filiazione si pongono, inoltre, nel transessualismo ed è su questi che si intende porre l'attenzione, non prima di aver tratteggiato il tema del regime giuridico del cambiamento di sesso.

Secondo la dottrina medico-legale riportata in una sentenza della Corte costituzionale¹, transessuale è il soggetto che, pur presentando i caratteri genotipici e fenotipici di un determinato sesso (o genere), sente ineluttabilmente di appartenere all'altro sesso. Vi è una «disforia di genere» - così viene definita - che spinge a contrastare il proprio sesso per realizzare quella coincidenza, che manca, tra il soma - il corpo - e la psiche. In senso etimologico disforia significa, infatti, «difficile a sopportare».

Non c'è libertà né arbitrio, bensì desiderio irrefrenabile di mutare il proprio sesso, al fine di raggiungere un equilibrio sostenibile tra soma e psiche. Per trovarsi in tale benefica condizione, è necessario sottoporsi a interventi medico-chirurgici volti a modificare il proprio corpo, ma anche a percorsi di sostegno psicologico finalizzati a raggiungere un benessere psico-fisico basato sull'accettazione della propria fisionomia.

Il corpo umano va incontro a talune modificazioni. In biologia si distinguono due tipi di caratteri sessuali. Quelli primari riguardano gli organi genitali e riproduttivi, quindi l'aspetto strettamente anatomico. Quelli secondari si riferiscono, invece, alle altre caratteristiche fisiche e psichiche della persona: la conformazione del corpo nelle sue variegate parti, il timbro della voce, gli atteggiamenti e ogni comportamento esteriore percepibile dai terzi.

Il processo di cambiamento dei caratteri sessuali è solitamente lungo, piuttosto sofferto e diverso da caso a caso.

Occorre subito sgombrare il campo da un approccio al tema del transessualismo semplicistico, incentrato esclusivamente sul disposto dell'art. 5 c.c., interpretato isolatamente dal sistema giuridico, senza tener conto della gerarchia delle fonti e dell'evoluzione del concetto di salute. È oramai un'acquisizione consolidata che la salute, oltre a ri-

¹ Corte cost., n. 161/1985 (rel.: A. Malagugini), in *Giur. it.*, 1987, I, 236 ss., con nota di M. DOGLIOTTI, *La Corte costituzionale riconosce il diritto all'identità sessuale*.

guardare l'integrità fisica, coinvolga anche la sfera interiore della persona, in cui la dimensione psichica si lega a quella sociale². La persona ha, in altri termini, il diritto di sentirsi in armonia con sé stessa e con gli altri.

In questo scenario, decisamente più ampio di quello configurato dall'art. 5 c.c., può ben giustificarsi un intervento demolitivo sul corpo umano, quando sia finalizzato a raggiungere quell'equilibrio interno dell'individuo, con riflessi positivi all'esterno, che la Costituzione favorisce, avendo posto al vertice della scala dei valori la promozione della persona (art. 2 Cost.). Questa finalità rende lecito l'atto che cagiona sì una diminuzione permanente dell'integrità fisica, senza però creare un pregiudizio alla persona (ciò che l'art. 5 c.c. intende evitare), ma anzi apportandole un beneficio essenziale per la propria esistenza³.

Lo Stato, quindi, non può opporre un divieto assoluto di cambiamento di sesso. Il quale sarebbe palesemente incostituzionale per violazione del diritto all'integrità psico-fisica collegato, in questo caso, col diritto all'identità personale e di autodeterminarsi su un aspetto intimo attinente alla salute (artt. 2, 13 e 32 Cost.). Lo Stato semmai dovrebbe intervenire in materia con una normativa leggera, come ha insegnato un grande studioso⁴ che si è occupato, più in generale, del tema dei limiti che incontra la potestà legislativa di fronte alla volontà politica di regolamentare scelte esistenziali che coinvolgono i predetti diritti fondamentali.

Svolta questa premessa sulla cornice giuridica di riferimento, sovraordinata alla legge ordinaria, va rilevato come sia del tutto legittima la pretesa di chi, una volta cambiato sesso, pretenda il riconoscimento giuridico da parte dello Stato della nuova identità della persona. Identità e identificazione del soggetto devono tornare a coincidere giuridicamente, qualora sia terminato il conflitto tra di loro insorto.

² A. CORDIANO, *Identità della persona e disposizioni del corpo. La tutela della salute nelle nuove scienze*, Roma, 2011, 77-78, rileva, in piena coerenza con il concetto di salute e con i valori costituzionali, come «talvolta la promozione della salute del soggetto richiede ed esiga menomazioni rilevanti dell'integrità: da una semplice operazione chirurgica, alla donazione d'organo sino al muramento di sesso».

³ A. CORDIANO, *Identità della persona e disposizioni del corpo*, cit., 83 ss., si difonde sulla sopravvenuta inadeguatezza dell'art. 5 c.c., da un lato, rispetto al sistema delle fonti; manca infatti, osserva l'autrice, un riferimento alla meritevolezza dell'atto rispetto allo scopo promozionale dell'individuo. Dall'altro l'inadeguatezza emerge rispetto all'evoluzione del concetto di salute, legato al benessere interiore e quindi, inevitabilmente, alla libertà e alla capacità di autodeterminarsi. La Cordiano, dopo aver affrontato il piano teorico dell'analisi, esamina le fattispecie più significative degli atti positivi del proprio corpo (rifiuto delle cure, eutanasia, accanimento terapeutico, testamento biologico) giungendo a soluzioni equilibrate, applicando, quale vaglio di legittimità, i criteri della meritevolezza dell'atto e della promozione del valore dell'individuo.

⁴ P. ZATTI, *Verso un diritto per la bioetica: risorse e limiti del discorso giuridico*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, 43 ss.

Il problema che si pone è quello di stabilire quali siano le condizioni per accogliere la richiesta di modifica del proprio sesso. Quando può dirsi che un soggetto abbia definitivamente cambiato sesso?

Molti paesi fin dagli anni ottanta del secolo scorso hanno affrontato il fenomeno del transessualismo legiferando. La materia, com'è ovvio, è estremamente delicata perché esige un bilanciamento tra una posizione soggettiva privata, che ha il rango di diritto inviolabile e l'interesse pubblico alla certezza delle relazioni giuridiche.

La conservazione dell'ordine sociale richiede che la legge prescriva talune condizioni (non troppo stringenti) per il mutamento del sesso, individui il soggetto che le accerta, chiarisca gli effetti sia sul matrimonio in essere con chi abbia assunto un nuovo genere sia, per quanto ci interessa maggiormente, sul rapporto di filiazione presente e futuro (cfr. *infra* § 3).

La scelta condivisa dai legislatori di diversi paesi è stata di prevedere l'intervento del giudice. Il quale, da una parte, autorizza il cambiamento del sesso a fronte della documentazione sanitaria che ne certifichi la necessità, dall'altra, verifica se effettivamente l'intervento sia stato praticato. Solo ove siano state rispettate tali condizioni, il giudice ordinerà la rettificazione del sesso.

Il Parlamento italiano, com'è noto, ha emanato una legge - la n. 164/1982 «*Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso*» - piuttosto snella che, diversamente dalle leggi di altri Paesi, non ha imposto precondizioni, quali la sterilità o la castrazione per l'uomo, per conseguire la rettificazione dell'attribuzione del sesso. In tal modo il legislatore si è dimostrato aperto all'evoluzione della scienza medica sul transessualismo, come ha sottolineato la Corte costituzionale⁵.

Il tenore letterale dell'art. 1 l. n. 164/1982 è, infatti, piuttosto generico nello stabilire che «La rettificazione si fa in forza di sentenza del tribunale passata in giudicato che attribuisca ad una persona sesso diverso da quello enunciato nell'atto di nascita a seguito di *intervenute modificazioni dei suoi caratteri sessuali*». Si pretende una modifica dei caratteri sessuali, senza specificare però di quali caratteri si tratti: se quelli primari o solo quelli secondari o se entrambi.

⁵ Si afferma in un passaggio della motivazione della sentenza della Corte cost., n. 161/1985, cit., «che la legge n. 164 del 1982 si colloca nell'alveo di una civiltà giuridica in evoluzione, sempre più attenta ai valori, di libertà e dignità, della persona umana, che ricerca e tutela anche nelle situazioni minoritarie e anomale». Tra gli autori che hanno esaminato la legge 164/1982 cfr. almeno: S. PATTI-M.R. WILL, *La rettificazione dell'attribuzione di sesso: prime considerazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, II, 752 ss.; E. QUADRI, *Rettificazione di attribuzione di sesso*, in *Digesto disc. priv.*, 1990, 531 ss.; G. SCIANCALEPORE-P. STANZIONE, *Transessualismo e tutela della persona*, Milano, 2002; M. DOGLIOTTI, *Il mutamento di sesso: problemi vecchi e nuovi. Un primo esame della nuova normativa*, in *Giust. civ.*, 1982, II, 467 ss.; A. FIGONE, *Il diritto all'identità sessuale e la libera esplicitazione della propria individualità*, in *Dir. fam. pers.*, 1983, 2, 338 ss.

Ne è scaturita una relevantissima questione interpretativa, affrontata di recente dalla giurisprudenza interna e sovranazionale, riguardante l'oggetto delle modificazioni sessuali richieste dalla legge. Per affrontare al meglio questo punto, è bene illustrare la legge *de qua* e le sue successive modificazioni.

L'art. 34, co. 4, d. lgs. n. 150/2011, che ha sostituito con un testo di analogo significato l'art. 3, co. 1, l. 164/1982, lascia intendere che l'intervento chirurgico riguardante i caratteri sessuali primari non è condizione indispensabile della rettificazione dell'attribuzione di sesso, ma è una mera eventualità. Esso così recita: «Quando risulta *necessario* un adeguamento dei caratteri sessuali da realizzare mediante trattamento medico-chirurgico, il tribunale lo autorizza con sentenza passata in giudicato».

I caratteri sessuali primari non devono pertanto essere sempre cambiati; dipende da caso a caso o, come si è espresso il legislatore, dalla necessità o meno. Se occorre modificare il sesso, è la previsione legislativa dell'autorizzazione giudiziale a consentire di superare il divieto normativo di effettuare atti dispositivi del proprio corpo che comportino una lesione permanente (art. 5 c.c.). Naturalmente l'autorizzazione non potrà essere negata se, dall'istruttoria procedimentale, emerge l'esigenza irrinunciabile di mutare il proprio sesso⁶.

Dovrebbe concludersi, confrontando l'art. 1 l. n. 164/1982 con l'art. 34, co. 4, d. lgs. n. 150/2011, che la rettificazione del sesso è con-

⁶ Vi è un'ampia dottrina e una consolidata giurisprudenza che ritengono leciti gli interventi demolitori in funzione terapeutica di tutela della salute (cfr. P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, 314 ss.). La tematica degli atti dispositivi del proprio corpo è ricca di fattispecie concrete, le quali hanno stimolato un rafforzamento della lettura costituzionalmente orientata dell'art. 5 c.c. e un'ampia riflessione sulla salute come dimensione dell'identità personale (sul punto illuminante è lo scritto di P. ZATTI, *Rapporto medico-paziente e «integrità» della persona*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 403 ss.). Per una trattazione delle questioni attinenti al concetto di salute, al consenso/dissenso informato, al rifiuto delle cure, all'eutanasia, alla sterilizzazione volontaria, al prelievo degli organi da vivente e ai trapianti si confronti almeno: P. PERLINGIERI, *Il diritto alla salute quale diritto della personalità*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, 1020 ss.; P. ZATTI, *Il corpo e la nebulosa dell'appartenenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, II, 1 ss.; S. RODOTÀ, *Le ipotesi sul corpo "giuridificato"*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1994, 467 ss.; F. MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Padova, 1974; A. SANTOSUOSSO-A.FIECCONI, *Il rifiuto di trasfusioni tra libertà e necessità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, 485 ss.; Id., *La volontà oltre la coscienza: la Cassazione e lo stato vegetativo*, in *Nuova giur. comm.*, 2008, II, 1 s.; G. CRICENTI, *Il cosiddetto dissenso informato*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, 170 ss.; T. PASQUINO, *Autodeterminazione e dignità della morte. Saggi di diritto civile*, Padova, 2009; V. DURANTE, *La salute come diritto della persona*, Milano, 2011; S. RODOTÀ, *Il nuovo Habeas corpus: la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, in *Tratt. di biodiritto* diretto da S. Rodotà e P. Zatti, *Ambito e fonti del biodiritto*, a cura di S. Rodotà e M. Tallacchini, Milano, 2010, 169 ss. e ivi G. PINO, *L'identità personale*, 297 ss.; G. MARINI, *Il consenso*, 361 ss. Cfr. inoltre M. GRAZIADEI, *Il consenso informato e i suoi limiti*, in *tratt. di bio-*

seguibile anche a seguito della modifica dei soli caratteri sessuali secondari e di appropriate cure ormonali e psicologiche. Supporta questa interpretazione anche il nuovo approdo della scienza medica, la quale ha oramai chiarito che una persona possa sentirsi donna e raggiungere un proprio equilibrio psicofisico, pur conservando gli organi genitali maschili. Come pure, al contrario, chi è nato donna può arrivare a sentirsi pienamente uomo, mantenendo intatta la capacità di procreare.

In passato lo stato delle conoscenze al riguardo era diverso, così come erano diverse le leggi e le loro interpretazioni. Negli anni ottanta del secolo scorso, secondo la scienza del tempo, la «sindrome transessuale» - si noti che con questo sintagma il transessualismo era classificato come malattia - non era curabile né con terapie ormonali, né con la psicoterapia, ma soltanto con l'operazione chirurgica demolitiva e ricostruttiva.

A fronte di questo dato scientifico, retroterra storico della legge n. 164/1982, i giudici di merito hanno interpretato restrittivamente l'espressione «caratteri sessuali» contenuta nell'art. 1. Perciò vi è stato un tempo in cui veniva negata la rettificazione del sesso anagrafico a chi avesse assunto i tratti somatici dell'altro sesso, praticato terapie ormonali, ma conservato i caratteri sessuali primari propri della nascita.

Questa giurisprudenza poneva il transessuale di fronte a un'alternativa secca: a) sottoporsi all'intervento chirurgico, sebbene non necessario secondo la valutazione medica, assumendosi così un rischio importante per la propria salute; b) astenersi dall'intervento chirurgico, evitando un pericolo per la salute ma a danno della propria identità di genere, stante l'impossibilità di ottenere la rettificazione anagrafica del sesso.

L'orientamento giurisprudenziale più recente è di segno diverso e di esso occorre dare conto, premesso un cenno al procedimento di rettificazione del sesso.

Secondo l'art. 31, co. 1, d. lgs. n. 150/2011, a decidere delle controversie aventi a oggetto la rettificazione di attribuzione di sesso, ai sensi dell'art. 1 l. n. 164/1982, è competente il tribunale ordinario in composizione collegiale del luogo di residenza dell'attore. Si applica il rito ordinario di cognizione ove non diversamente disposto dall'art. 31 appena citato, con partecipazione al giudizio del pubblico ministero.

L'atto di citazione deve essere notificato al coniuge e ai figli dell'attore (litisconsorti necessari), stante la rilevanza nei loro confronti della sentenza (cfr. *infra* § 3). La quale, se di accoglimento della domanda, contiene l'ordine all'ufficiale dello stato civile del Comune dove è stato compilato l'atto di nascita di effettuare la rettificazione dell'attribuzione del sesso nel relativo registro.

diritto, I diritti in medicina, a cura di L. Lenti-E. Palermo Fabris-P. Zatti, 191 ss.; P. G. MONATERI, *Illiceità e giustificazione dell'atto medico nel diritto civile*, in *tratt. di bio-diritto, La responsabilità in medicina*, a cura di A. Belvedere-S. Riondato, 3 ss.

2. LA CORTE EUROPEA E LA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ: EVOLUZIONE SCIENTIFICA E DIRITTO.

Negli ultimi venti anni la scienza medica, la psicologia e la psichiatria sono giunti alla conclusione che l'identità sessuale non è contrassegnata esclusivamente dagli organi genitali, ma da un insieme di fattori in equilibrio tra loro, dove dominante può essere, volta a volta, l'uno o l'altro di essi. Si è passati da un concetto di sessualità meramente organicistico e biologico ad un altro più complesso, intriso di elementi anche psicologici e sociali⁷. Di conseguenza, il percorso medico che deve affrontare il transessuale è sfaccettato e non può essere cristallizzato in un protocollo medico applicabile indistintamente.

Gli organismi europei, preso atto di questa evoluzione, hanno invitato gli Stati membri a legiferare o a modificare la normativa esistente, escludendo ogni precondizione generale della rettificazione dell'attribuzione del sesso. Ancora una volta l'Unione europea ha dimostrato di essere un valore aggiunto per il progresso giuridico.

I documenti sul transessualismo da richiamare sono piuttosto netti nel senso di non imporre alcun fatto specifico, quale presupposto imprescindibile per la modificazione del sesso.

Il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha emanato il 31 marzo 2010 la Raccomandazione (2010)5 nella quale si afferma che gli Stati membri dovranno sopprimere «*les conditions préalables [disproportionnées] telles que la stérilisation irréversible, le traitement hormonal, des traitements chirurgicaux préliminaires et parfois le fait de devoir démontrer son aptitude à vivre pendant une long période comme une personne du genre souhaité*».

Ancor più esplicita è stata l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa nella Risoluzione n. 1728 del 29 aprile 2010 sulla discriminazione in base all'orientamento sessuale e sull'identità di genere. In essa si può leggere che gli Stati membri devono garantire i diritti dei transessuali «*sans obligation préalable de subir une stérilisation ou d'autres procédures médicales comme une opération de conversion sexuelle ou une thérapie hormonale*». In senso analogo si sono espressi un documento tematico del Commissario dei diritti dell'uomo del Consiglio d'Europa del 29 luglio 2009 e un rapporto del 2011 pubblicato sotto l'egida sempre del Commissario dei diritti dell'uomo.

Si aggiunga - ne dà atto la Corte EDU⁸ - che gli Stati dotati di una legislazione più recente (Svizzera, Svezia, Paesi Bassi) non hanno ri-

⁷ S. PATTI, *Il divorzio della persona transessuale in Europa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, 2, 163 ss., G. PALMIERI-M.C. VENUTI, *Il transessualismo tra autonomia privata e indisponibilità del corpo*, in *Dir. fam.*, 1999, 1331 ss.

⁸ Corte EDU, 10.3.2015, *Affaire YY c. Turquie*, ric. n. 14793/08, in www.echr-coe.int.

chiesto, quale condizione preliminare necessaria, alcun intervento chirurgico.

In coerenza con tutto ciò e con l'interpretazione dell'art. 8 della Cedu, che riconosce il diritto alla vita privata, la Corte EDU ha condannato la Turchia. La quale aveva negato la rettificazione del sesso perché il soggetto, nato donna ma percepitosi uomo, aveva conservato la capacità di procreare, non essendosi sottoposto alla sterilizzazione, condizione indispensabile, secondo la legge turca, per ottenere la rettificazione del sesso.

La Corte EDU svolge una motivazione articolata, attenta all'evoluzione storico-giuridica della materia. Essa fa applicazione di diritti, principi e criteri giuridici (la proporzionalità), tutti convergenti a sostegno del *decisum*. Questi i passaggi più significativi:

1) il diritto all'identità sessuale è un aspetto fondamentale del diritto al rispetto della vita privata (art. 8 Cedu). Pertanto uno Stato che limiti l'esercizio del primo (ingerendosi in questo) è tenuto a perseguire taluno degli obiettivi stabiliti dall'art. 8, co. 2, Cedu, pena l'illegittimità dell'ingerenza. La normativa dello Stato, per essere davvero necessaria al perseguimento degli scopi di cui all'art. 8, co. 2, Cedu deve essere proporzionata rispetto ad essi⁹. Nel caso di specie, imporre la sterilizzazione non è affatto indispensabile per difendere l'ordine in una società democratica (in primo piano c'è l'esigenza pubblica della identificazione delle persone);

2) vi sono documenti degli organi comunitari (come quelli sopra ricordati) che invitano ad abbandonare l'idea di un passaggio obbligato nel percorso verso la coincidenza tra il soma e la psiche;

3) le modifiche più recenti della normativa di diversi Paesi sono nel segno dell'abolizione dell'obbligo di essere sterili o infertili nel passaggio da un sesso all'altro;

4) la tutela dell'integrità fisica esclude che uno Stato, sia pur indirettamente, possa spingere un soggetto a sottoporsi a un trattamento chirurgico indesiderato¹⁰.

Sono soprattutto due i passaggi più significativi di questa sentenza che meritano una sottolineatura. Il primo: i diritti fondamentali generano altri diritti di pari rango, che diventano condizione di esistenza dello stesso diritto generante. La Corte EDU, sebbene la Convenzione dei

⁹ Corte EDU, 10.3.2015, *Affaire YY c. Turquie*, cit., ricorda che «*Selon la jurisprudence de la Cour une ingérence est considérée comme «nécessaire dans une société démocratique» pour atteindre un but légitime si elle répond à un «besoin social impérieux» et si elle est proportionnée au but légitime poursuivi*».

¹⁰ La Corte EDU, 10.3.2015, *Affaire YY c. Turquie*, cit., rispetto ai 10.000 euro chiesti dal ricorrente, condanna lo Stato turco a risarcire al medesimo, a titolo di *dommage moral*, 7.500 euro, tenuto conto che, nel frattempo, una pronuncia giudiziaria della magistratura turca aveva autorizzato l'interessato a sottoporsi all'intervento chirurgico di cambiamento del sesso, sebbene non fosse sterile.

diritti dell'uomo non lo preveda espressamente, desume il diritto all'identità sessuale dal diritto al rispetto della vita privata sancito dall'art. 8, co. 1, Cedu. Il quale, venendo in rilievo, ha un effetto riduttivo del potere legislativo, essendo questo vincolato alla non ingerenza nell'esercizio del diritto, se non per la necessità di perseguire le finalità di interesse generale di cui all'art. 8, co. 2, Cedu. Necessità significa indispensabilità della misura legislativa e assenza di qualsivoglia alternativa meno invasiva del diritto fondamentale. Ma qui la Corte EDU ha gioco facile nell'escludere che l'imposizione normativa della sterilizzazione sia indispensabile.

Il secondo punto della motivazione cui si accennava attiene alla forza argomentativa della convergenza naturale degli ordinamenti giuridici, originata, nel caso di specie, dalle nuove acquisizioni della scienza medica. Se le legislazioni più recenti non hanno imposto trattamenti chirurgici, significa, da un lato, condivisione e attuazione degli sviluppi scientifici, dall'altro, insussistenza di alcuna delle necessità (ai fini della sicura identificazione del soggetto) di cui all'art. 8, co. 2, Cedu. Diventa difficile, pertanto, sostenere la legittimità di una *regula iuris* impositiva di un trattamento chirurgico per ottenere la rettificazione dell'attribuzione del sesso.

La pronuncia *de qua* è stata richiamata da una sentenza della Cassazione¹¹, la quale, con una motivazione rigorosa, ha chiarito come debbano essere interpretati gli artt. 1 e 3 (quest'ultimo confluito nell'art. 31 d. lgs. n. 150/2011) della legge n. 164/1982. L'art. 1 non impone quale presupposto della rettificazione dell'attribuzione di sesso la modificazione, tramite intervento chirurgico demolitivo/ricostruttivo, dei caratteri sessuali primari. Tale modifica è una mera eventualità che diviene atto terapeutico necessario solo se vi è una espressa indicazione medica. In tal caso l'operazione chirurgica dovrà essere autorizzata dal giudice.

Diversamente dal passato, quindi, in cui dominava un'interpretazione diversa, si consente la rettificazione dell'attribuzione del sesso

¹¹ Cass., n. 15138/2015, in *Foro it.*, 2015, I, 3137 ss., con nota di G. CASABURI, *La Cassazione sella rettificazione di sesso senza l'intervento chirurgico «radicale»*. *Rivive il mito dell'ermafroditismo?* in *Corr. giur.*, 2015, 11, 1349 ss., con nota di F. BARTOLINI, *Rettificazione del sesso e intervento chirurgico: la soluzione in un'interpretazione «costituzionalmente orientata»*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 11, 11068 ss. con nota di D. AMRAM, *Cade l'obbligo di intervento chirurgico per la rettificazione anagrafica del sesso*, in *Notariato*, 2016, 2, 129 ss., con nota di E. MARMOCCHI, *Identità di genere, identità personale e identificabilità*. Il caso concreto riguarda un uomo che aveva ottenuto l'autorizzazione giudiziale al trattamento medico-chirurgico per la modificazione definitiva dei propri caratteri sessuali primari da maschili a femminili. Trascorsi dieci anni, egli chiede al tribunale la rettificazione dei propri dati anagrafici, sentendosi oramai donna, senza tuttavia essersi sottoposto al trattamento medico suddetto. Ma sia il tribunale che la Corte d'appello respingono la domanda, ritenendo indispensabile l'intervento di castrazione.

a un soggetto che si sia sottoposto soltanto a terapie ormonali e a trattamenti estetici additivi e ricostruttivi. Precisa la Cassazione che dalla documentazione medica dovrà risultare la «definitività della scelta», a garanzia dell'interesse pubblico alla certezza dei rapporti giuridici, minati altrimenti da gravissime incertezze sulla identificazione della persona.

I passaggi più significativi della motivazione sono i seguenti:

1) si dà atto di una serie di fatti: a) nuovo approdo della scienza medica, secondo cui la strada verso il cambiamento del sesso è personale, non generalizzabile, sempre diversa da persona a persona; b) la normativa tedesca e quella austriaca non richiedono più precondizioni per ottenere la rettificazione anagrafica del sesso; c) i documenti sovranazionali attribuiscono sempre maggiore rilevanza alla salute nel bilanciamento col contrapposto interesse pubblico alla certezza del genere e dei diritti a questo ascritti;

2) il diritto di autodeterminarsi con riguardo all'identità di genere è un diritto inviolabile (artt. 2, 3 e 32 Cost.), rappresentando «il nucleo costitutivo dello sviluppo della personalità individuale e sociale». Esso è suscettibile di essere limitato al fine di perseguire l'interesse pubblico alla certezza delle relazioni giuridiche;

3) il bilanciamento deve avvenire, come ha insegnato la Corte EDU, attraverso il principio di proporzionalità. Il quale può dirsi rispettato solo se la misura legislativa appaia necessaria per la tutela di un determinato interesse. Ed è proprio sulla base della proporzionalità che emerge come, al fine di tutelare l'interesse pubblico alla certezza dei generi, «anche considerando le implicazioni che ne possono conseguire in ordine alle relazioni familiari e filiali», non sia necessario richiedere «il sacrificio del diritto alla conservazione della propria integrità psico-fisica attraverso l'imposizione dell'intervento chirurgico»;

4) è possibile interpretare in modo costituzionalmente e convenzionalmente orientato gli artt. 1 e 3 della legge n. 164/1982. Posto che per ottenere la rettificazione del sesso, la legge italiana, come si è già rilevato, non stabilisce espressamente quali caratteri sessuali debbano mutare, si deve escludere, in conformità ai punti precedenti, la necessità della modifica dei caratteri sessuali primari, qualora si dimostrino sufficienti gli interventi medici da effettuarsi su quelli secondari¹²;

5) rimane ineludibile, a garanzia della certezza dei generi, «un rigoroso accertamento della definitività della scelta sulla base dei criteri desumibili dagli approdi attuali e condivisi della scienza medica e psi-

¹² La Cassazione (n. 15138/2015, cit.) ritiene inaccettabile l'interpretazione «storico-originalista» della Corte d'appello, essendo a suo giudizio più solida l'interpretazione che bilancia correttamente gli interessi contrapposti.

cologica». Quindi l'intervento chirurgico di mutamento del sesso è legittimo solo se fondato su un'attenta valutazione delle condizioni della persona, tale da far emergere un'obiettivo e indiscutibile giustificazione.

Questa linea argomentativa è stata sostanzialmente condivisa da una recente sentenza con cui la Corte costituzionale ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, co. 1, l. n. 164/1982¹³.

La vicenda del transessualismo insegna come il diritto debba sostenere la persona, iniziando dalla protezione dell'integrità psico-fisica, senza forzature che prescindano dall'individualità e dal volere profondamente radicato nel singolo. Salute, autodeterminazione, libertà e identità personale sono quattro diritti intrecciati, posti all'apice della costruzione di una qualsiasi società o istituzione come l'Unione europea fondata sul principio personalistico. Pensare che la salute possa esistere a prescindere da un ampio rilievo dell'autodeterminazione o che l'identità personale sia scindibile dall'identità di genere significa annientare la persona, utilizzando indebitamente la legge quale strumento di dominio.

Le predette pronunce segnalano, indubbiamente, un maggior livello di civiltà del nostro ordinamento, attraverso un'interpretazione che, indotta dagli sviluppi scientifici, non può che cogliere l'eterogeneità del transessualismo. Non solo: esse dimostrano, una volta di più¹⁴, come

¹³ Corte cost., n. 221/2015 (rel.: G. Amato), in *Fam. e dir.*, 2016, 7, 637 ss., con nota di A. SPANGARO, *Anche la Consulta ammette il mutamento di sesso senza il previo trattamento chirurgico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 4, 589 ss., con nota di C. CARICATO, *Rettificazione di attribuzione di sesso e modificazione dei caratteri sessuali all'esame della Corte costituzionale*. In sintesi la Consulta svolge la seguente argomentazione: a) l'art. 1 l. n. 164/1982, nel riferirsi alle «interventive modificazioni dei (...) caratteri sessuali», rimane generico, senza predeterminarne l'oggetto; b) ove si interpreti tale disposizione «alla luce dei diritti della persona» (*id est.*: del diritto all'identità di genere, del diritto alla salute e del diritto di autodeterminarsi in ordine ai trattamenti medici) deve escludersi che la legge imponga l'intervento chirurgico per comporre la divergenza tra il sesso anatomico e la psicosessualità. Piuttosto spetta al singolo, in concerto con gli specialisti, individuare le modalità più appropriate e sufficienti per ricomporre la propria identità; c) è compito del giudice accertare con rigore se il cambiamento dell'identità sessuale sia avvenuto e se esso sia definitivo; d) che l'autorizzazione giudiziale al trattamento chirurgico sia solo un'eventualità ai fini del mutamento del sesso è dimostrato anche dal nuovo art. 31 d. lgs n. 150/2011 che, a distanza di quasi trent'anni dalla legge n. 164/1982, «lascia all'apprezzamento del giudice, nell'ambito del procedimento di autorizzazione all'intervento chirurgico, l'effettiva necessità dello stesso, in relazione alle specificità del caso concreto».

¹⁴ Sul rapporto tra salute (nella sua accezione soggettiva) e autodeterminazione cfr.: Cass., n. 2847/2010, in *Corr. giur.*, 2010, 9, 1201 ss., con nota di A. DI MAJO, *La responsabilità da violazione del consenso informato*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 1, 790 ss., con nota di S. CACACE, *I danni da mancato consenso informato*, in *Danno e resp.*, 2010, 7, 685 ss., con nota di S. ROBERTO, *Consenso informato e onere della prova*, in *Giur. it.*, 2011, 4 (versione in *Leggi d'Italia on line*), con nota di G.

si diceva, che la dimensione dell'effettività del diritto all'identità personale sia legata ad altri diritti quali l'autodeterminazione, la salute e l'integrità psicofisica. Ed è da tutti questi diritti legati tra loro che promana, più esattamente, il diritto all'identità sessuale, ossia ad essere riconosciuto dalla società e dallo Stato così come l'individuo si percepisce ed è.

Si deve aver presente, tuttavia, che lo spettro delle situazioni della cui giuridicità si discute va oltre la figura del transessuale. Si allude soprattutto al fenomeno denominato «*Queer*», termine, questo, usato per indicare chi rifiuta identità e categorie predeterminate per definire il proprio orientamento sessuale. Con riguardo a tali persone, «*genderfluids*», si pongono diverse questioni giuridiche, anzitutto il problema di come identificarle. In Svezia, ad esempio, è stato introdotto un pronome neutro.

Il panorama è complesso - noto è l'acronimo è LGBTQ (*lesbian, gay, bisex, transgender, queer*) - e le sfide del diritto sono ancora molte e di difficile soluzione. Nell'affrontarle, non si può adottare quale unico criterio quello dell'ordine naturale¹⁵, che finirebbe col discriminare in ragione delle condizioni personali (art. 3, co. 1, Cost.), escludendo dalla copertura costituzionale determinate categorie di persone (art. 2 Cost.), espressione della multiformità e variabilità della natura umana. Neppure è accettabile l'idea - l'antropologia più recente l'ha rifiutata - che vi sia un nucleo universale della famiglia¹⁶.

CHIARINI, *Il medico irresponsabile e il paziente disinformato. Note in tema di danno risarcibile per intervento terapeutico eseguito in difetto di consenso*, riguardante una fattispecie di responsabilità medica per omessa informazione delle complicità dell'intervento chirurgico e Cass., n. 21748/2007 (caso Englaro) sul diritto di rifiutare i trattamenti salvavita.

¹⁵ F. REMOTTI, *Contro natura*, Roma Bari, 2008, 71-82, noto antropologo nella Facoltà di Lettere e Filosofia dell'Università di Torino, esclude che nei testi evangelici sia presente l'idea secondo cui la famiglia debba essere intesa come una realtà naturale. Scrive l'autore che «il ricorso alla natura (...) ha il significato di privilegiare un tipo di famiglia a scapito di tutti gli altri: e questo avviene o ignorando l'esistenza di altri tipi, o degradandoli a forme spurie, inautentiche, innaturali». Emblematico, a tal proposito, è il lungo dibattito che nel nostro paese ha anticipato la legge n. 76/2016 sulle unioni civili. Forti sono state le voci di chi riteneva che fosse famiglia soltanto quella fondata sul matrimonio.

¹⁶ F. REMOTTI, *Contro natura*, cit., 102 ss., negando che possa esservi una definizione della famiglia che muova da un nucleo universale di essa, sviluppa la tesi delle 'somialtanze di famiglie'. Vi sono forme molteplici di famiglie che si assomigliano, perciò «il concetto di famiglia subisce dilatazioni più o meno importanti e significative» (p. 105). L'autore adopera l'immagine della rete, in cui più fibre (le diverse famiglie appunto) si intrecciano. Da cosa dipende, egli si domanda, l'accettazione della fibra? L'autore risponde richiamando l'insegnamento di Wittgenstein: «dipende da noi. Siamo noi che possiamo decidere che 'questa' è la famiglia (e per giunta la famiglia naturale) [come hanno fatto i nostri costituenti con l'art. 29, co. 1, Cost.] e che tutte le altre forme non sono famiglie, oppure sono famiglie di altro ordine, 'imperfette' [questo spirito aleggia nella recente legge sulle unioni civili] o 'snaturate'. Siamo noi che decidiamo se trattare la famiglia (il gioco, il numero) come un concetto aperto, a cui si possono aggiungere ulteriori esemplificazioni, o come un concetto chiuso, tale da comprendere alcuni casi 'leciti' (se non addirittura uno soltanto), abbandonando fuori dal recinto un numero indeterminato di 'errori', 'eccezioni', 'deviazioni'». Witt-

Condizionante l'attività del giurista non è l'ordine naturale o sedimentato da millenni, ma è l'evoluzione dei diritti fondamentali della persona e la dimensione inclusiva della Costituzione (art. 3, co. 1, Cost.). Come ha ben sottolineato Stefano Rodotà, l'identità sessuale «si colloca tra il diritto alla libertà sessuale, che appartiene piuttosto alla libertà delle scelte, all'autodeterminazione, e il riconoscimento dell'orientamento sessuale, come «ricerca di identità ed espressione di sé», come «manifestazione dell'identità personale e modalità di esplicazione di fondamentali interessi e bisogni della persona»¹⁷.

Se così è, ne consegue che la persona, da un lato, non può essere ostacolata nella ricerca della propria identità sessuale, dall'altro, raggiunto l'equilibrio psicofisico, non deve essere discriminata o pregiudicata nell'esercizio o nella conservazione dei diritti (cfr. *amplius infra* § 3).

3. EFFETTI DELLA RETTIFICAZIONE DELL'ATTRIBUZIONE DI SESSO: FILIAZIONE E MATRIMONIO.

Un'autorevole dottrina¹⁸, già negli anni Settanta del secolo scorso, colse «la notevole rilevanza che il sesso ha nella disciplina dei rapporti giuridici» e sulle situazioni acquisite, comprese le questioni di stato. Essa, persuasa già all'epoca, che «l'aspetto soggettivo-psicologico... e quello biologico non si traducono in entità fisse ed immutabili ma costituiscono entità variabili per evoluzione naturale ed ambientale»¹⁹, si è concentrata sulle conseguenze del mutamento del sesso sui rapporti pregressi e futuri²⁰.

Sul punto, la dottrina in parola si è avveduta, tra le altre cose, della necessità di bilanciare posizioni giuridiche diverse; in particolare essa

genstein considera impossibile delimitare confini alla famiglia, perché «non ce ne sono di già tracciati». L'antropologo, insomma, ritiene pericolosa l'idea di perimetrare rigidamente il concetto di famiglia, perché, di conseguenza «le 'altre' famiglie cadono in un vuoto concettuale, in un ambito oscuro, fatto di errori e di superstizioni o - per essere un po' più tolleranti - di stranezze e di bizzarrie senza troppo senso». Bene ha fatto allora il nostro legislatore a non codificare una definizione di famiglia e ad assumere, quanto meno di recente, un atteggiamento più aperto e protettivo nei confronti di realtà familiari diverse da quelle matrimoniali. Con la legge n. 76/2006 sulle unioni civili e le convivenze di fatto vi è stata, per un verso, un'apertura più decisa nei confronti di nuove strutture familiari, per l'altro, una difesa del concetto di famiglia basato sul matrimonio eterosessuale. È emblematico l'art. 1, co. 11, l. n. 76/2016 sui doveri derivanti dall'unione civile non del tutto coincidenti con quelli scaturenti dal matrimonio (art. 143 c.c.).

¹⁷ S. RODOTÀ, *Diritto d'amore*, cit., 128.

¹⁸ P. PERLINGIERI, *Note introduttive ai problemi giuridici del mutamento di sesso*, in *Dir. giur.*, 1070, 513 ss., ora anche in *La persona e i suoi diritti* (di P. Perlingieri), Napoli, 2005, 151 ss.

¹⁹ P. PERLINGIERI, *Note introduttive ai problemi giuridici del mutamento di sesso*, cit., 152.

²⁰ P. PERLINGIERI, *Note introduttive ai problemi giuridici del mutamento di sesso*,

ha individuato situazioni che, nell'interesse dei terzi, non possono essere incise. Tra queste vi sono la filiazione e il matrimonio già in essere al momento della formalizzazione del mutamento di sesso.

C'è sicuramente la necessità di salvaguardare il passato, schermandolo dal cambio di identità sessuale. E il legislatore, intervenuto negli anni Ottanta del secolo scorso, si è rappresentato questa problematica. L'art. 4 l. n. 164/1982 stabilisce che «La sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso non ha effetto retroattivo». Questa regola ha una precisa conseguenza con riguardo al rapporto di filiazione. Si faccia l'esempio di chi, nato uomo, dopo aver avuto un figlio, ottiene la rettifica del sesso da maschile a femminile. Il figlio, giuridicamente, non avrà due madri, ma risulterà avere un padre e una madre e conserverà il proprio diritto di essere mantenuto, istruito ed educato da entrambi i genitori.

Se, invece, viene in rilievo la posizione dello stesso soggetto che ha mutato sesso, l'art. 5 l. n. 164/1982 chiarisce che «Le attestazioni di stato civile riferite a persona della quale sia stata giudizialmente rettificata l'attribuzione di sesso sono rilasciate con la sola indicazione del nuovo sesso e nome».

Il legislatore, negando la retroattività della sentenza, ha inteso salvaguardare, a tutela dell'ordine giuridico, tutti i pregressi rapporti basati sul genere originario. Perciò il figlio continuerà ad avere un padre e una madre, sebbene uno dei due genitori abbia mutato il proprio sesso.

Rimanendo sempre sulla filiazione, può verificarsi il seguente caso: Tizio che ha già un figlio, ottenuta la rettificazione dell'attribuzione di sesso, si risposa e adotta un bambino. Ebbene, in conseguenza della irretroattività della sentenza di rettificazione, Tizio, transitato da uomo a donna, rimarrà padre con riguardo al figlio avuto nella prima famiglia, mentre nella seconda assumerà lo *status* di madre. Questa eventualità è stata già prospettata dalla Corte costituzionale²¹ nei termini di un «accavallarsi di funzioni genitoriali di segno diverso».

Chi ha mutato sesso può essere, dunque, allo stesso tempo, con riguardo a due filiazioni diverse, padre e madre. La soluzione legislativa non è incongrua, perché cerca di contemperare situazioni distinte, maturate in tempi diversi.

È bene precisare che l'adozione, piena o internazionale, non può essere negata in ragione soltanto dell'avvenuto cambiamento di sesso. Della coppia sposata (composta da un soggetto con un nuovo sesso), che aspira ad adottare (artt. 6 e 29-*bis*, co. 1, l. n. 184/1983), interessa valutare la capacità educativa di un minore e una serie di altri elementi

cit., 156, indica, quali fattispecie coinvolte dal mutamento del sesso, la separazione dei coniugi, l'istituto dell'affidamento della prole, l'idoneità all'esercizio di alcuni lavori e la capacità di agire.

²¹ Corte cost., n. 161/1985, cit.

[artt. 22, co. 4 e 29-bis, let. c) l. adoz.] e non già le vicende legate all'identità sessuale che pure emergeranno nell'indagine svolta dai servizi socio-assistenziali. Neppure, in astratto, è preclusa l'adozione in casi particolari, qualora sia riscontrabile un rapporto stabile e duraturo tra la persona che ha cambiato sesso e il minore, figlio anche adottivo dell'altro coniuge [art. 44 let. a) l. adoz.].

Deve ritenersi ammissibile anche il ricorso alla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo. Chiunque, dopo aver cambiato sesso, potrà contrarre matrimonio o convivere *more uxorio* e, condividendo un progetto di genitorialità, beneficiare della donazione del liquido seminale (artt. 4, co. 1 e 5 l. n. 40/2004, cfr. *supra* cap. III-sez. II, §4).

Quanto al matrimonio, l'art. 4, secondo periodo, l. n. 164/1982 statuisce che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso provoca *ope legis* lo scioglimento del matrimonio o la cessazione dei suoi effetti civili (c.d. divorzio imposto).

Questa disposizione, pur coerente con il modello italiano di matrimonio, il cui requisito di efficacia è l'eterosessualità, trascura il fatto, raro ma rilevante, in cui i coniugi, nonostante il mutamento del sesso di uno di essi, desiderino conservare lo stato di soggetti sposati. È pertanto condivisibile la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 4 l. n. 164/1982 nella parte in cui non consente ai coniugi, divenuti coppia dello stesso sesso, d'accordo tra loro, di mantenere in vita il rapporto, da regolarsi giuridicamente secondo un'altra forma di convivenza registrata²².

In sostanza la Corte costituzionale ha spronato il legislatore a legiferare sui diritti delle coppie *same sex* e non già a consentire a tali coppie di contrarre matrimonio²³. La Costituzione imporrebbe, secon-

²² Corte cost., n. 170/2014 (rel.: M. R. Morelli), in *Foro it.*, 2014, I, 2680 ss., con note di R. ROMBOLI, *La legittimità costituzionale del «divorzio imposto»: quando la Corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice*, e di S. PATTI, *Il divorzio della persona transessuale: una sentenza di accoglimento che non risolve il problema*, in *Fam. e dir.*, 2014, 10, 861 ss., con nota di V. BARBA, *Artificialità del matrimonio e vincoli costituzionali: il caso del matrimonio omosessuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 12, 11139, con nota di A. LORENZETTI-A. SCHUSTER, *Corte costituzionale e Corte europea dei diritti umani: l'astratta paradigma eterosessuale del matrimonio può essere valere sulla tutela concreta del matrimonio della persona trans*.

²³ Corte cost., n. 138/2010 (rel: A. Criscuolo), cit., sottolinea come la Costituzione, la Cedu e la Carta dei diritti fondamentali non vincolino il legislatore dei diversi Stati a introdurre il matrimonio tra gli omosessuali. In senso analogo cfr. Cass., n. 4184/2012, in *Foro it.*, 2012, I, 2727 ss., con nota di R. ROMBOLI, *Il matrimonio fra persone dello stesso sesso: gli effetti nel nostro ordinamento dei «dicta» della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo, nell'interpretazione della Corte di cassazione*, in *Fam. e dir.*, 2012, 7, 665 ss., con nota di M. GATTUSO, *«Matrimonio», «famiglia», e orientamento sessuale: la Cassazione recepisce la «doppia svolta della Corte europea dei diritti dell'uomo»*, in *Notariato*, 2012, 5, 504 ss., con nota di E. CALÒ, *Sul matrimonio omosessuale un grand arret della Cassazione: come dovrà*

do la Consulta, non il matrimonio tra persone dello stesso sesso, ma la tutela delle posizioni giuridiche soggettive che sorgono per effetto della convivenza omosessuale di tipo familiare.

Da un lato, quindi, viene valutata pienamente conforme alla Costituzione la scelta della politica di conservare la regola che riserva il matrimonio agli eterosessuali; dall'altro vi è l'interesse della coppia sposata, non più eterosessuale a causa del cambiamento di sesso di uno dei suoi componenti, a non essere «eccessivamente penalizzat[a] con il sacrificio integrale della dimensione giuridica del preesistente rapporto, che essa vorrebbe, viceversa, mantenere in essere». La legge n. 164/1982, di contro, non dà alcun rilievo al rapporto matrimoniale che c'è stato fino al suo automatico scioglimento. Ne è conseguita l'incostituzionalità della regola che non consentiva ai coniugi «di evitare il passaggio da uno stato di massima protezione giuridica [che si ha nel matrimonio] ad una condizione (...) di massima indeterminatezza» [sui diritti delle coppie dello stesso sesso]²⁴.

C'è un profilo di questa sentenza criticato in dottrina. È la difesa del divorzio imposto, poiché il presupposto di quest'ultimo - *id est* il canone di eterosessualità del matrimonio - non ha un solido fondamento nel sistema costituzionale come integrato dalle fonti sovranazionali. Va riconosciuto - secondo un'attenta studiosa²⁵ - che il carattere di eterosessualità non assurge a dato giuridico di ordine pubblico interno né internazionale.

Il compromesso della Corte costituzionale ha determinato un'incertezza sugli effetti della sua sentenza.

Il dubbio è stato comunque sciolto: secondo la Cassazione²⁶, si

ora comportarsi il notaio?, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 7-8, 20461 ss., con nota di E. BERGAMINI, *Riconoscimento ed effetti in Italia di un matrimonio tra persone dello stesso sesso contratto all'estero: la recente evoluzione della giurisprudenza italiana*, in *Fam. pers. succ.*, 2012, 12 (versione in *Leggi d'Italia on line*), con nota di F.R. FANTETTI, *Il diritto degli omosessuali di vivere liberamente una condizione di coppia*.

²⁴ Secondo la Corte cost., n. 170/2014, cit., l'art. 4 e l'art. 2 ult. co. l. n. 164/1982 violano non già gli artt. 29, 3 e 24 Cost., bensì l'art. 2 Cost. Infatti, afferma la Consulta, nella «formazione sociale è da annoverare anche l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone - nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge - il riconoscimento con i connessi diritti e doveri».

²⁵ A. CORDIANO, *Transizione sessuale a rapporti familiari*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, 3, 781-782, parla di «definitiva capitolazione» del principio della eterosessualità quale presupposto costitutivo del vincolo familiare e coniugale. L'autrice propone «una più adeguata ripartizione di competenze sostanziali incardinate sul giudice della famiglia e su quello investito della richiesta di transizione sessuale».

²⁶ Cass., n. 8097/2015, in *Corr. giur.*, 2015, 8-9, 1048, con nota di S. PATTI, *Divorzio della persona transessuale e protezione dell'unione «ancorché non più matrimoniale»*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 9, 10777, con nota di M. AZZALINI, *Dal «divorzio imposto» al matrimonio «risolutivamente condizionato»: le bizzarrie e le inique sorti del matrimonio del matrimonio della persona transessuale*, in *Giur. it.*, 2015, 8-9, 1812, con nota di B. AGOSTINELLI, *Divorzio imposto, sopravvenuta identità di sesso e sopravvivenza del matrimonio* (sub condicione).

tratta di una pronuncia additiva di principio. Tale tipologia di provvedimento non immette direttamente nell'ordinamento (come, invece, le sentenze manipolative in senso stretto) una nuova regola positiva. Tuttavia, precisa la Cassazione, l'affermazione della Consulta secondo cui non vi deve essere soluzione di continuità tra il matrimonio e un'altra convivenza registrata, qualora questo sia l'intendimento dei coniugi, «ha natura imperativa e de[ve] essere applicat[a] con l'efficacia stabilita dall'art. 136 Cost.». Ne consegue che «il giudice *a quo* è tenuto a individuare sul piano ermeneutico la regola per il caso concreto che inverte il principio imperativo stabilito con la sentenza di accoglimento». Siffatta regola - secondo la Suprema Corte - consiste nella rimozione degli effetti della caducazione automatica del matrimonio, il quale, pertanto, deve permanere efficace fino a che il legislatore non sia intervenuto, regolando il rapporto di coppia tra persone dello stesso sesso.

In tal modo il matrimonio risulta sottoposto alla condizione temporale risolutiva, costituita dall'entrata in vigore della regolamentazione di un'altra forma di convivenza registrata²⁷. Il matrimonio rimane eccezionalmente valido fino alla promulgazione di una legge che disciplinerà il legame affettivo tra le persone dello stesso sesso.

Il legislatore, com'è noto, è intervenuto con la legge n. 76/2016 («Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze»), la quale, in ossequio a quanto affermato dalla Corte costituzionale, non ha esteso il matrimonio civile alle unioni omosessuali, ma ha previsto per queste un apposito istituto denominato «unione civile». Il quale è regolato giuridicamente in modo quasi identico al matrimonio.

I soggetti in unione civile acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri (art. 1, co. 1, l. n. 76/2016), beneficiano della disciplina del regime patrimoniale dettata per i coniugi (art. 1, co. 13 l. cit.), godono dei diritti successori (art. 1, co. 21 l. cit.) e sono destinatari delle stesse regole previste dalla legge n. 898/1970 in tema di scioglimento dell'unione civile quanto ai rapporti patrimoniali.

Venendo al punto: all'art. 1, co. 27, l. n. 76/2016, il legislatore ha posto rimedio all'incostituzionalità dell'art. 4 l. n. 164/1982 di cui si diceva innanzi, attraverso una disposizione che costituisce causa di avveramento della condizione risolutiva del matrimonio, rimasto provvisoriamente efficace a garanzia del complesso dei diritti che connotano il rapporto di coniugio. Secondo tale disposizione: «Alla rettificazione anagrafica di sesso, ove i coniugi abbiano manifestato la volontà di non sciogliere il matrimonio o di non cessarne gli effetti civili, consegue l'automatica instaurazione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso».

²⁷ In senso analogo a Cass., n. 8097/2015, cit. si è espresso Trib. Milano, 22.4.2015, in www.ilcaso.it.

La coppia di coniugi, quindi, vede trasformato il proprio matrimonio in unione civile. Quest'operazione non è immune da criticità dovute alla diversa assunzione dei diritti da parte dei soggetti in unione civile rispetto al regime matrimoniale. Essi, infatti, secondo la disciplina del primo istituto, non sono tenuti alla fedeltà, né all'obbligo di collaborare nell'interesse della famiglia. Quindi la trasformazione altera e per certi versi stravolge, proprio sotto il profilo giuridico, l'impegno che i soggetti, inizialmente sposati, avevano assunto. Questo disallineamento non ha ragioni giustificatrici credibili e finisce col determinare un trattamento diverso di situazioni sostanzialmente uguali²⁸.

La violazione del principio di uguaglianza emerge, ancor di più, nel caso più estremo qui considerato del passaggio obbligato dal matrimonio all'unione civile. Se chi ha mutato sesso in costanza di matrimonio decide insieme all'altro coniuge di mantenere fermo il progetto di vita in comune, dando continuità alla famiglia, magari con prole, perché mai vi deve essere il passaggio ad un altro istituto strutturato diversamente rispetto al matrimonio? Le motivazioni della scelta di questi soggetti non sono cambiate; ciò che è mutato è soltanto il sesso. Si realizza - è difficile non dubitarne - una discriminazione basata sul sesso, dipesa dall'intento anacronistico di difendere il matrimonio quale istituto accessibile solo da persone di sesso diverso. Costruzione, questa, incisa dall'evoluzione sociale e giuridica proprio del matrimonio, quale forma espressiva della nascita di una famiglia.

La Corte costituzionale o il legislatore nella legge n. 76/2016 avrebbero dovuto stabilire che, in caso di rettificazione dell'attribuzione del sesso, nella fattispecie fin qui esaminata, il matrimonio sarebbe rimasto valido ed efficace²⁹.

Veniamo ora all'ipotesi opposta, più frequente, in cui il rapporto coniugale entri in crisi per il rivolgimento sessuale del consorte. Può accadere che la transizione sessuale *in itinere* o già conclusa sia utilizzata dall'altro membro della coppia per ottenere l'affidamento esclusivo della prole. Si addurrà, verosimilmente, che la peculiare situazione psico-fisica in cui versa chi vive un tale sconvolgimento di sé incida negativamente sulla serenità e sull'equilibrato sviluppo del minore, co-

²⁸ La Corte costituzionale (n. 138/2010, cit.) non è dello stesso avviso, poiché ha sempre affermato che la mancata estensione del matrimonio alle persone omosessuali non viola il principio di uguaglianza. Si vedrà nell'ultimo paragrafo come la Corte Suprema degli Stati Uniti abbia incentrato la declaratoria di incostituzionalità proprio sulla violazione di tale principio. In effetti sostenere che la scelta effettuata con la l. n. 76/2016 di riservare un istituto *ad hoc* agli omosessuali che intendano sposarsi non violi i principi di uguaglianza e di divieto di discriminazione sulla base della nascita e dell'orientamento sessuale è una linea argomentativa che, nel tempo presente, appare fragile.

²⁹ Non va escluso che la Corte costituzionale possa accogliere la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, co. 27, l. n. 76/2016 nella parte in cui non prevede la prosecuzione del matrimonio, bensì «l'automatica instaurazione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso».

si da risultare, l'affidamento condiviso, contrario all'interesse del minore (art. 337-*quater*, co. 1, c.c.).

Tale equazione, transessualismo = incapacità genitoriale, è contraria alle regole e ai principi che informano la filiazione. Nella fattispecie in parola, il fatto alla base della crisi coniugale - il transessualismo - non può essere ritenuto di per sé ostativo all'affidamento condiviso, salvo introdurre nel procedimento giudiziario ragioni particolari, da provare, quali abitudini e frequentazioni negative, aspetti caratteriali pericolosi e fuorvianti, squilibrio mentale, difficoltà comportamentale e scarsa affidabilità genitoriale dovuta all'esigenza di ritrovare un nuovo equilibrio interiore.

In assenza di queste o di altre circostanze che possano riflettersi negativamente sul rapporto di filiazione, il giudice dovrà attuare il diritto fondamentale del minore «di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori» e il diritto, strettamente connesso a quest'ultimo, di «ricevere cura, educazione, istruzione e assistenza morale da entrambi». Si aggiunga che il principio dell'esclusivo interesse morale e materiale della prole (art. 337-*ter*, co. 2, c.c.) esige una valutazione da parte del giudice incentrata su quel minore e giammai aprioristica. Il che significa dover considerare adeguatamente le sue peculiarità e il suo vissuto, diverso da quello di chiunque altro e soprattutto, per quanto rileva maggiormente, il suo legame attuale col genitore che sta mutando o che abbia cambiato sesso.

Se il transessualismo non determina di per sé incapacità genitoriale, esso non può neppure fondare da solo una richiesta da parte dell'altro genitore di decadenza dalla responsabilità genitoriale (art. 330 c.c.) o di limitazione nell'esercizio di quest'ultima (art. 333 c.c.)³⁰.

Un'ultima sottolineatura: nel caso del transessualismo, il divorzio può essere chiesto direttamente senza dover passare prima dalla separazione personale. Occorre però che sia passata in giudicato la sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso (art. 3, n. 2 let. g, l. n. 898/1970)³¹. Naturalmente il coniuge, divenuto consapevole della condi-

³⁰ Afferma esattamente A. CORDIANO, *Transizione sessuale a rapporti familiari*, cit., 783, che la pronuncia ex artt. 330 e 333 c.c. non deve essere sorretta da una «incompatibilità presunta della condizione transessuale con l'esercizio della responsabilità genitoriale», ma, diversamente, occorre che sia stata «convenientemente svolta un'indagine e una valutazione, che hanno reso persuaso il giudice dell'opportunità di sospendere o limitare la relazione genitoriale, avendo accertato la presenza di un pregiudizio acclarato o potenziale nei riguardi del singolo minore».

³¹ Sul rapporto tra la regola del divorzio imposto e l'art. 3 n. 2 let. g) l. n. 898/1970 (che prevede quale causa di divorzio il passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso) cfr. A. CORDIANO, *Transizione sessuale e rapporti familiari*, cit., 667-774. A fronte del divorzio imposto dalla legge, il procedimento di cui all'art. 3, n. 2, let. g) cit. è volto soltanto a regolamentare gli effetti dello scioglimento del matrimonio.

zione di transessualità del consorte, ha diritto di chiedere la separazione giudiziale per intollerabilità della prosecuzione della convivenza.

Più difficile, almeno tendenzialmente, è ottenere l'annullamento del matrimonio ai sensi dell'art. 122 c.c. per errore essenziale sulle qualità personali dell'altro coniuge. Com'è noto, le fattispecie legali di errore sono tipiche e, nel caso che ci riguarda, verrebbe in rilievo il numero 1 dell'articolo citato.

Ora, come si è accennato innanzi, la necessità fisico-psichica di cambiare il proprio sesso non è più reputata una «malattia fisica o psichica», né può essere ricondotta a una «anomalia o deviazione sessuale», come si esprime l'art. 122 n. 1 c.c. Il transessuale non è un malato o un deviato sessualmente, ma è una persona che deve compiere quel cammino, scritto nei suoi geni, volto all'emersione del proprio vero sesso.

4. SOCIALE CONTRO NATURALE: FILIAZIONE DI FATTO E ADOZIONE IN CASI PARTICOLARI DA PARTE DELL'OMOSESSUALE.

Le tematiche connesse al transessualismo, alle coppie omosessuali, alla procreazione medicalmente assistita, ai rapporti di convivenza e di filiazione di fatto inducono a una considerazione difficilmente controvertibile. Famiglia, matrimonio e filiazione non hanno tratti universali e immutabili - così si è espressa una sociologa³² - ma è la norma (sociale, religiosa, giuridica) che ne delinea le caratteristiche fondamentali, mutevoli nel tempo. La norma giuridica - quella che ci interessa - deve dare rilievo ai fatti sociali, sia pur selezionandoli, e alla sensibilità diffusa dei consociati nei confronti delle realtà emergenti e delle istanze sempre diverse che animano la *societas*. Altrimenti si verifica quel distacco tra *ius* e *factum* che distoglie il primo dalla sua funzione ordinante.

Un distacco inevitabile conseguenza di quell'idea, oramai riposta nell'archivio della storia, secondo cui tutto il fenomeno giuridico è racchiuso nella volontà imposta dal legislatore statale, con conseguente riduzione del ruolo del giurista a soggetto deputato a interpretare soltanto «in modo avalutativo» e ad applicare meccanicamente la legge al caso concreto³³.

³² C. SARACENO, *Coppie a famiglie. Non è questione di natura*, Milano, 2010, 17 ss., in particolare cfr. il paragrafo intitolato «Sono le norme a costituire la famiglia».

³³ M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, 2007, *passim*, ripercorre con acume il passaggio dalla modernità giuridica alla pos-modernità e termina il volume monografico con un capitolo intitolato, significativamente, «Dalla centralità della legge alla centralità dell'uomo di legge». Ciò che quest'ultimo deve possedere nel tempo presente - scrive l'autore - è «un determinato *abito etico* senza il quale - a lungo andare - la rete del diritto si strapperebbe». Questa condizione - pre-

Invece, com'è noto, il rilievo dell'interprete è cresciuto nella post-modernità, connotata dallo sbiadirsi e dall'intrecciarsi delle linee di demarcazione degli spazi di competenza del legislatore, del giudice e dell'esecutivo³⁴. È nella consapevolezza comune che l'esigenza della tempestività di una risposta a problemi dirimpenti e pressanti del presente fa sì che sia la giurisprudenza più che la legislazione ad essere sollecitata per prima, soprattutto nell'applicazione della Costituzione.

La complessità del vivere e dell'ordinamento, aperto alla dimensione giuridica sovranazionale e globale e al ragionare per principi, esige l'utilizzo di tecniche ermeneutiche moderne; alcune imposte dalla legge come quelle del diritto comunitario, ben più articolate della mera sussunzione e dell'analogia³⁵.

cisa Vogliotti - non implica affatto che la legge, stretta dai «rapporti di forza tra i diversi attori giuridici», sia in balia dell'interprete (p. 308). È evidente che in un sistema delle fonti complesso e reticolare, l'interprete possiede «dei margini di libertà ermeneutica ineliminabile», ma «l'adattamento della legge alle esigenze del contesto applicativo non è un venire a patti con la giustizia per far fronte alle peculiarità del caso concreto, ma rappresenta la via per una più compiuta realizzazione del giusto». Sì, il giurista non «viene a patti» per decidere la fattispecie al suo esame, ma cuce con moderazione quella «parte della rete giuridica che gli compete», senza toccare le estremità di quegli spazi di libertà ermeneutica che il diritto gli attribuisce. Strappi alla rete giuridica ve ne sono stati sia da parte del legislatore che del giudice e l'autore li indica (pp. 310-311). Tra questi preme richiamarne uno: «quando il giudice pretende di dedurre direttamente dai principi costituzionali (o dalle Carte sovranazionali e internazionali) la regola, come se quei principi «costituissero un sistema chiuso, senza spazi per il legislatore». Certo, è facile che la deduzione di cui parla l'autore non crei larghi consensi sulla soluzione giudiziale accolta. Anche se - ad avviso di scrive - non può escludersi in assoluto la legittimità di questa operazione ermeneutica. Ad ogni modo, come si vedrà nel prosieguo del paragrafo, i giudici, nel dare soluzione a questioni non espressamente normate, utilizzano sì i principi, ma senza trarre esclusivamente da essi il dispositivo della pronuncia. Ricavare la regola dal solo principio dovrebbe essere la *extrema ratio* ermeneutica, perché prima di questa via c'è la fatica di costruire la regola giuridica nel quadro articolato delle relazioni tra le fonti del diritto. Il giurista - sottolinea bene Vogliotti - deve avere il «senso del limite», perché «il destino del diritto "oltre la modernità" [è] intimamente collegato alle qualità (professionali ed etico-deontologiche) dei suoi uomini». Perciò gli uomini devono possedere sia la *dike* che l'*aidós* (al cui significato, piuttosto articolato, sono dedicate le pagine 313-315). Anche G. VETTORI, *Il contratto europeo fra regole e principi*, cit., 168, sottolinea il nuovo compito del giurista (rispetto a quello che aveva al tempo del positivismo giuridico), il quale argomenta anche attraverso i criteri di correttezza, ragionevolezza e proporzionalità. Egli riconosce il «ruolo dell'interprete come protagonista della ricerca del nocciolo duro del diritto che ogni giorno siamo chiamati ad applicare. Un diritto in cui la regola deve essere la risposta oggettiva alle attese di giustizia che non è calata dall'alto, ma è «un'invenzione della ragione e dell'astuzia sapiente del miglior argomento» costruito nella densità della motivazione. Insomma se la ricerca attenta delle fonti su cui decidere soddisfa l'esigenza di oggettività, la soggettività dell'interprete (stretto nel suo esserci qui e adesso) richiede prudenza e sapienza e cioè sapere e saggezza. Solo in tal modo sarà credibile il suo scritto e tramandabile il precedente».

³⁴ M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, cit., 309.

³⁵ G. VETTORI, *Il contratto europeo fra regole e principi*, cit., 171-172, muovendo dalla centralità del caso, «su cui solo è possibile trarre elementi di risposta e di indi-

Il contesto plurale, gerarchico e reticolare delle fonti del diritto e la presenza di norme senza fattispecie, contenute nelle fonti sovraordinate alla legge ordinaria, investono il giurista di un compito difficile e affascinante, dove il rigore della soluzione non deve cedere il passo a semplicistiche deduzioni dai principi, in spregio al disposto letterale della norma³⁶, che finirebbe con l'essere abrogata.

Nella ricerca talvolta ardua della regola da applicare al caso concreto, un posto di spicco occupano certamente i principi, i valori e i diritti fondamentali, tutti elementi, questi, il cui significato si arricchisce inevitabilmente per effetto del progresso della scienza, della tecnica e dell'evolversi delle linee culturali di fondo della società. Al tal proposito, nelle pagine precedenti è emerso un dato significativo: il carattere sociale di ciò che l'umanità concepiva come naturale, cioè fondato sull'ordine delle cose³⁷. Il giurista, come suggerisce l'antropolo-

rizzo generale», si sofferma sulla disapplicazione della norma interna incompatibile, sul rinvio pregiudiziale, sull'interpretazione conforme e sul controllo della Corte EDU «sui diritti sociali e sui limiti di bilancio [che] assume un significato di grande rilievo orientativo».

³⁶ N. IRTI, *I 'Cancelli delle parole'*, cit., 60, scrive parole preziose per l'interprete: «Il testo linguistico dà misura alla discrezionalità giudiziaria, la quale deve certo volgere dall'estrema letteralità agli interni significati, dal di fuori al di dentro, ma non andare oltre, degradando il testo a pre-testo di entità immaginarie».

³⁷ C. LÉVI-STRAUSS, *L'Anthropologie face aux problèmes du monde moderne*, traduzione di S. Facini, nell'edizione Milano, 2017, 102 ss., il più importante antropologo ed etnologo del secolo scorso, intitola un paragrafo del suo volume «il carattere ambiguo della "natura"», a volere sottolineare come l'argomento della natura delle cose possa, talvolta, frenare l'evoluzione sociale e culturale di un paese. L'illustre studioso mostra come in diverse società, lontane dalla nostra cultura (Africa, Tibet), studiate dagli antropologi con riguardo alla parentela, la famiglia si strutturi apertamente a prescindere dalla derivazione genetica. E - continua Levi-Strauss - «contrariamente a quanto crediamo, nel bambino la trasparenza non suscita il conflitto scaturito dal fatto che il padre biologico e quello sociale sono individui diversi» (p. 88). D. OUTRAM, *L'illuminismo*, Bologna, 2011, 108 e 126 ss., storica dell'Università di Rochester, spiega come una delle contraddizioni più evidenti e autodistruttive delle posizioni teoriche dell'illuminismo, i cui concetti chiave sono «natura», «ragione» e «virtù», abbia riguardato la donna e il suo ruolo nella società. La donna è stata, infatti, considerata, sulla base di una certa lettura degli studi anatomici del cervello femminile, intellettualmente inferiore all'uomo. È noto, e lo sottolinea l'autrice, che è la scienza - nel Settecento non ancora ripartita in sotto discipline (l'etichetta collettiva era, infatti, «filosofia naturale») - «la categoria culturale dell'illuminismo». Interessava scalzare i pregiudizi, rifiutando «affermazioni non verificabili quali quelle della rivelazione religiosa» (p. 126). Ma l'illuminismo, da un lato, rivendica il primato della ragione e l'importanza di diritti teoricamente universali, dall'altro, rafforza, tramite le (ritenute) «evidenze mediche», l'idea della naturale (perciò giusta e inevitabile) inclinazione della donna ai lavori domestici. Dalla lettura del testo della Outram si desume, tra le altre cose, la pericolosità e la strumentalità dell'argomento secondo natura, che, talvolta, a fini conservativi di certi assetti sociali, discrimina volutamente e semplifica la complessità della vita umana. A questo proposito, di grande interesse è lo studio di F. REMOTTI, *Contro natura*, cit., il quale dimostra, attraverso una lucida analisi antropologica delle tipologie familiari esistenti ed esistenti, che l'argomento del modello naturale della famiglia è servito soprattutto ad avversare e a eliminare altre concezioni e tipi di fami-

gia, non deve farsi ingabbiare dalla “natura”, la quale talvolta produce costrizione del pensiero e «abitudini mentali» che precludono la costruzione di un ordine nuovo³⁸. Egli deve piuttosto verificare, alla luce dell’evoluzione delle fonti, se il fatto sociale abbia veste giuridica.

Ciò non può che incidere sull’applicazione in particolare del principio del preminente interesse del minore e sul contenuto del diritto al rispetto della vita familiare, entrambi sempre più ricchi di sfaccettature e protagonisti nella soluzione dei problemi concreti. Essi, con riguardo alla procreazione eterologa e alla surroga di maternità, hanno indotto gli ordinamenti a sganciare la genitorialità dal legame genetico, legandola con maggiore evidenza all’assunzione di responsabilità.

In questo solco, chi scrive ritiene che debba essere valorizzata la figura di chi si è comportato come fosse genitore pur non essendolo; persino quando il rapporto di fatto con il figlio sia sorto in violazione di un divieto posto da una norma imperativa, come quello della surroga di maternità (cfr. *supra* cap. II-sez. II, § 10).

L’aspetto della rilevanza giuridica della filiazione di fatto deve essere ora ripreso e rafforzato con ulteriori argomenti. L’occasione è rappresentata da un tema controverso, soprattutto in dottrina³⁹, come quello dell’adozione da parte dell’omosessuale.

Non c’è dubbio che il nostro ordinamento vieti a persone dello stesso sesso di ricorrere a quella che un tempo era denominata adozione legittimante e che oggi, in forza della l. n. 219/2012, è identificabile con il sintagma adozione piena (art. 6 l. n. 184/1983). Si discute, invece, se il partner omosessuale possa adottare in casi particolari (artt. 44 ss. l. n. 184/1983) il figlio del compagno o della compagna.

È bene chiarire subito che questo problema non è stato affatto risolto dalla legge n. 76/2016 (*unioni civili e convivenze*), la quale, da un lato, stabilisce che l’aggiunta alle parole «coniuge» «coniugi», ovunque ricorrano nelle leggi, negli atti aventi forza di legge e in altre fonti, della locuzione «parti dell’unione civile tra persone dello stesso sesso» non debba essere effettuata con riguardo alla legge n. 184/1983; dal-

glia, per imporre un modello predominante. Uscire dalla logica del naturale non significa delegittimare le famiglie fondate sul matrimonio, né farsi soggiogare dal relativismo estremo, ma piuttosto aprirsi a una prospettiva maggiormente inclusiva del pluralismo familiare, accettando il più possibile la complessità della natura umana. Com’è del resto nello spirito della nostra Costituzione, a vocazione pluralista e inclusiva delle diversità.

³⁸ C. LÉVI-STRAUSS, *L’Anthropologie face aux problèmes du monde moderne*, cit., 90.

³⁹ Contrari all’adozione in casi particolari da parte del convivente omosessuale: P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Le adozioni in casi particolari ed il caso della stepchild adoption*; E. GIACOBBE, *Adozione e affidamento familiare: ius conditum, vivens, condendum*. Favorevole G. FERRANDO, *Il problema dell’adozione del figlio del partner. Commento a prima lettura della sentenza della Corte di Cassazione n. 12962/2016*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 9, 1213 ss.

l'altro, però, statuisce che «resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti».

Occorre perciò chiarire se l'istituto dell'adozione in casi particolari possa essere applicato - in quanto «consentito» - anche all'omosessuale che chieda di adottare il figlio del partner, al quale sia legato da una relazione stabile e duratura. La giurisprudenza ha fornito una risposta positiva, ma la questione merita di essere ripresa, poiché alcuni autori si sono pronunciati negativamente.

È stato soprattutto il tribunale per i minorenni di Roma⁴⁰ a utilizzare l'art. 44, co. 1 let. d), l. n. 184/1983, ritendendo di poter riconoscere rilevanza giuridica alla relazione affettiva che, in diversi casi concreti sottoposti al suo esame, si era instaurata tra il fanciullo e chi, compagno del genitore, aveva assunto di fatto il ruolo dell'altro genitore⁴¹. Si usa adoperare il sintagma «genitore sociale» per denominare siffatta figura e distinguerla dal genitore giuridico.

I giudici del merito hanno compreso che veniva in rilievo un interesse del minore giuridicamente rilevante, qual è quello a non disperdere anzi a rafforzare, attraverso il crisma dello *status filiationis*, il legame affettivo e la consuetudine di vita instaurati con il convivente di fatto del genitore. La Corte di Cassazione ha confermato questa giuri-

⁴⁰ Trib. per i minorenni di Roma, n. 299/2014; Trib. per i minorenni di Roma, n. 4580/2015; Trib. per i minorenni di Roma, 30.12.2015, e più di recente Trib. per i minorenni di Roma, 2016 (giorno e mese non sono leggibili), tutte in *www.cassazione.net*. Con la pronuncia n. 4580/2015 (depositata il 22.10.2015), il tribunale romano dispone l'adozione in casi particolari ai sensi dell'art. 44, co. 1 let. d), l. n. 184/1983 a favore della convivente *more uxorio* omosessuale del genitore di una bimba nata in Belgio con la procreazione medicalmente assistita. La decisione si basa, tra l'altro, sulla profonda relazione affettiva che, nel tempo, si era instaurata tra la madre sociale e la bambina. Relazione che, in forza della valutazione del preminente interesse del minore, richiesta dall'art. 57, co. 1, n. 2 l. n. 184/1983, deve essere salvaguardata attribuendole una veste giuridica.

⁴¹ Il tribunale per i minorenni di Roma, n. 4580/2015, cit., insiste su una circostanza: la bimba domandata in adozione ex art. 44, co. 1 let. d), cit. «è nata e cresciuta con la ricorrente e la sua compagna, madre biologica, instaurando con loro un legame inscindibile che, a prescindere da qualsiasi "classificazione giuridica", nulla ha di diverso rispetto a un vero e proprio vincolo genitoriale». In altri termini genitore è non solo chi abbia generato, ma anche chi si sia comportato come tale, assumendosi la responsabilità della crescita di un minore col quale si convive. Significative sono le seguenti parole della pronuncia: «i giudici onorari, che hanno partecipato alla decisione del Collegio, affermano che il benessere psicosociale dei membri dei gruppi familiari non sia tanto legato alla forma che il gruppo assume, quanto alla qualità dei processi e delle dinamiche relazionali che si attualizzano al suo interno. In altri termini, non sono né il numero, né il genere dei genitori a garantire di per sé le condizioni di sviluppo migliori per i bambini, bensì la loro capacità di assumere questi ruoli e le responsabilità educative che ne derivano. In particolare, hanno messo in evidenza come ciò che è importante per il benessere dei bambini è la qualità dell'ambiente genitoriale che i genitori forniscono loro, indipendentemente dal fatto che essi siano dello stesso sesso o che abbiano lo stesso orientamento».

sprudenza⁴², effettuando più compiutamente un'interpretazione storico-sistemica e assiologica dell'art. 44, co. 1, l. d) l. n. 184/1983⁴³. Un'interpretazione che tiene, pur a fronte di obiezioni di una certa consistenza rivolte sia da parte della dottrina⁴⁴ che della giurisprudenza di merito⁴⁵.

È con la pronuncia della Suprema Corte che si intende dialogare in questo paragrafo, per rafforzare l'idea di fondo di questo lavoro monografico, secondo la quale la filiazione di fatto viene attratta, in diverse fattispecie, nell'orbita della giuridicità, con conseguente ampliamento

⁴² Cass., n. 12962/2016, in *Corr. giur.*, 2016, 10, 1203 ss., con note di P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Le adozioni in casi particolari ed il caso della stepchild adoption*, e di L. ATTADAMO, *La «stepchild adoption» omoparentale nel dettato dell'art. 44 comma 1, lett. d), l. n. 184/1983 e nella l. n. 218/1995*, in *Fam. e dir.*, 2016, 11, 1025 ss., con nota di S. VERONESI, *La Corte di Cassazione si pronuncia sulla stepchild adoption*, in *Foro it.*, 2016, I, 2342 ss., con nota di G. CASABURI, *L'adozione omogenitoriale e la Cassazione: il convitato di pietra*.

⁴³ Trib. per i minorenni di Roma, n. 4580/2015, cit., utilizza diversi argomenti, ripresi e ampliati dalla Corte di Cassazione nella sent. n. 12962/2016, che possono essere così sintetizzati: a) l'art. 44, co. 1 let. d), l. n.184/1983 deve essere interpretato in modo ampio, riferendo l'impossibilità dell'affidamento preadottivo sia a quella di fatto che di diritto (nel caso di specie, l'essere la bimba già accudita dalla propria madre biologica impedisce in diritto l'affidamento preadottivo, ma ciò nonostante, secondo l'interpretazione estensiva, il trib. può disporre l'adozione in casi particolari); b) altri tribunali hanno disposto l'adozione ex art. 44 let. d) l. adoz., sebbene il minore non si trovasse in stato di abbandono. Del resto tale articolo non richiede, quale presupposto dell'adozione in casi particolari, lo stato di abbandono, ma solo l'impossibilità dell'affidamento preadottivo; c) già la Corte costituzionale nella sentenza n. 198/1986 (rel.: U. Spagnoli) ha sostenuto la necessità che il giudice tuteli i rapporti di fatto sulla base della «consistenza dei legami affettivi che si sono creati col tempo tra il minore e la famiglia comunque affidataria»; d) non osta all'adozione ex art. 44 let. d) la circostanza che il richiedente conviva con una persona dello stesso sesso che, nella specie, è il genitore dell'adottando. Ciò in quanto la dannosità di un contesto familiare omosessuale per un minore non può presumersi. Così si è espressa la Cassazione con la sentenza n. 601/2013, cit. richiamata dal trib. per i minorenni di Roma, il quale ricorda anche Corte cost., n. 138/2010, cit. (sulla rilevanza della convivenza omosex), oltre a fare applicazione del principio di uguaglianza rispetto alla coppia eterosessuale e del diritto degli omosessuali di vivere liberamente la propria condizione di coppia (art. 2 Cost. e artt. 14 e 8 Cedu).

⁴⁴ Soprattutto da parte di P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Le adozioni in casi particolari ed il caso della stepchild adoption*, cit., *passim*, il quale svolge una lucida critica alla sentenza della Corte di Cassazione n. 12962/2016, che si ritiene, però, come si vedrà in seguito, di non accogliere.

⁴⁵ Trib. per i minorenni di Milano, sent. 13.9/17.10. 2016, n. 261, in *Guida al dir.*, 2017, 5, 28 ss., con una motivazione lunga e articolata in cui vengono esaminate diverse pronunce della Corte EDU, nega che il partner omosessuale possa adottare in casi particolari il figlio della compagna. L'argomentazione, pur estremamente chiara e completa, finisce col piegarsi alla lettera della legge, senza attribuire un adeguato spazio all'evoluzione dell'ordinamento e alla capacità di conformazione del dettato normativo che posseggono i diritti fondamentali.

del fondamento della filiazione. Prima però sia consentita una premessa metodologica, incentrata sul modo di utilizzo dei principi.

L'itinerario argomentativo non deve muovere dal principio del preminente interesse del minore per dedurvi, *sic et simpliciter*, che la migliore soluzione, quella più giusta, esige di ammettere l'adozione in casi particolari. Più giusta perché, altrimenti, si danneggerebbe l'esistenza del minore, il quale, da un lato, vedrebbe negarsi la possibilità di formalizzare la relazione che, nella sostanza, è genitoriale, dall'altro, subirebbe il rischio di trovarsi, in futuro, senza genitore, ove dovesse morire la persona che lo ha generato (il genitore giuridico).

Questo sarebbe un utilizzo arbitrario del principio, del tutto avulso dal sistema giuridico⁴⁶ e fortemente appiattito sulla coscienza dell'interprete.

Tra sistema giuridico e principi, com'è stato autorevolmente insegnato⁴⁷, «esiste un nesso relazionale biunivoco»; ciò significa che non si può dedurre dal principio una soluzione che non si inserisca armonicamente nel sistema ordinamentale, anzi contraddicendolo. Se l'interpretazione non è sistematica e assiologica, ricostruttiva del sistema, essa crea disordine, antinomie e incertezza del diritto⁴⁸. Così l'interprete non svolge correttamente il proprio ruolo, debordando nel campo del legislatore⁴⁹.

Per argomentare la soluzione affermativa al problema dell'adotta-

⁴⁶ Cass., n. 12962/2016, cit., è consapevole che la nuova ermeneutica, pur non potendo rinunciare all'uso dei principi, non può abusare di essi. Così la Suprema Corte dopo aver affermato che è decisivo, per la soluzione del caso concreto, chiarire quale sia il fondamento dell'adozione in casi particolari, esplicita il metodo dell'indagine con le seguenti parole: «l'esame critico del suo fondamento va svolto (...) muovendo dal quadro normativo costituito dalla legge n. 184 del 1983 e dagli altri rilevanti interventi innovativi in tema di filiazione, diano delineati. L'analisi deve essere completata con la verifica dell'incidenza del quadro costituzionale e convenzionale, ed in particolare dei principi affermati dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo in tema di "best interest" del minore».

⁴⁷ A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche*, cit., 424.

⁴⁸ Non si vuol dire che il sistema giuridico (o la categoria) sia un qualcosa che necessariamente sovrasta l'interprete, soggiogandolo alle sue logiche; come fosse una Norma fondamentale da cui tutto discende e tutto orienta. N. LIPARI nel suo volume già ricordato intitolato *«Le categorie del diritto civile»* (p. 11 ss.) ha spiegato, lucidamente, come la coerenza sistematica e l'ossequio alle categorie debba essere non già un presupposto ma un punto di arrivo del ragionamento giuridico. Ma siffatta coerenza va salvaguardata e comunque non può essere incrinata con disinvoltura. Il giurista non dovrebbe cedere a immotivate soluzioni distoniche con il sistema ordinamentale, perché se il diritto perde la sua unità di senso, frazionandosi in logiche del tutto autonome, ne risente la certezza e la capacità ordinante. La fattispecie particolare che irrompe nelle dinamiche sociali deve semmai servire per ricostruire il sistema giuridico, ricercando una nuova unità alla luce del tessuto gerarchico e reticolare delle fonti, per garantire una rinnovata stabilità all'impianto normativo.

⁴⁹ Se la soluzione è asistematica, dirompente, in contraddizione con la lettera della legge, con i principi generali della materia, con l'evoluzione giurisprudenziale del-

bilità da parte dell'omosessuale, occorre esaminare due profili: il primo riguarda l'esistenza di indici normativi della rilevanza non solo del rapporto di filiazione di fatto, ma anche dello stato di figlio non veridico; il secondo attiene alla *ratio* e all'ambito applicativo dell'istituto dell'adozione in casi particolari, entrambi come evolutisi nel tempo.

Sul primo profilo, si deve ammettere che la filiazione non si fonda più soltanto sulla derivazione genetica con la sola eccezione dell'adozione, ma anche, in certi casi, sulla stabilità e serietà del legame affettivo tra il minore e chi si è comportato come fosse genitore. Vi sono diversi articoli da cui ciò è desumibile:

a) gli artt. 244, co. 4 e 263, co. 3, c.c. sui nuovi termini di decadenza rispettivamente dall'azione di disconoscimento della maternità/paternità e dall'impugnazione per difetto di veridicità. L'impossibilità dopo 5 anni di mettere in discussione lo stato di figlio postula il rilievo della relazione genitore-figlio a prescindere dall'esistenza del legame genetico. Queste disposizioni garantiscono la permanenza dello stato di figlio e sono significative per il problema che si sta affrontando, rivelando l'importanza del legame affettivo al di là della verità genetica;

b) gli articoli contenuti nella legge sull'adozione come introdotti e modificati dalla legge n. 173/2015, intitolata «*sul diritto alla continuità affettiva dei bambini e della bambine in affido familiare*», i quali consentono al giudice di valorizzare la significatività, la stabilità e la durata del legame affettivo ai fini non soltanto della domanda di adozione da parte dei soggetti affidatari - consentita ora dalla legge - ma anche della conservazione del rapporto affettivo ove il minore faccia ritorno nella famiglia di origine (essendo stato ripristinato un corretto rapporto con quest'ultima) o sia dato in affidamento a un'altra famiglia o adottato da persone diverse dagli affidatari. Questa legge è emblematica della rilevanza del legame affettivo sorto tra il minore e l'adulto che si sia preso cura di lui in un certo modo e per un dato tempo;

c) l'art. 9, co. 1, l. n. 40/2004 («*procreazione assistita*») vieta di eliminare lo stato di figlio costituito a seguito della nascita tramite la procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, cui si sia fatto ricorso volontariamente. Prima dell'entrata in vigore di questa legge, la Corte costituzionale (con la sent. n. 347/1998) e la Cassazione (con la sent. n. 2315/1999) avevano già desunto dal sistema siffatta regola, espressiva del più generale principio di *non venire contra factum proprium*. In particolare, secondo entrambe le Corti, il «bene-verità» ha una priorità non già assoluta ma relativa, non potendo ledere il diritto fondamentale del nato a non essere privato «di una delle due figure genitoriali, e del connesso apporto affettivo ed assistenziale» (artt. 2, 30 e 31 Cost). In definitiva i giudici, già in quegli anni, hanno inciso

l'istituto che si intende applicare e di quelli affini, è difficile che essa possa trovare altrove una giustificazione credibile, suscettibile di incontrare larghi consensi da parte della dottrina e della più ampia giurisprudenza.

sul fondamento della filiazione, ampliando (oltre l'adozione) le ipotesi in cui essa scaturisce dall'assunzione della responsabilità⁵⁰.

⁵⁰ L. BALESTRA, *Inseminazione eterologa e status del nato*, cit. 4 ss. (versione in *Leggi d'Italia on line*), concorda con la pronuncia della Corte costituzionale n. 347/1998 nell'aver dato rilievo al consenso del marito, espresso in modo valido ed informato, quale fatto impeditivo dell'eliminazione dello stato di figlio attraverso l'azione di disconoscimento della paternità. L'interesse preminente del minore, desunto dall'art. 2 Cost., fa sì che il minore acquisisca i diritti di cui all'art. 30 Cost. «nei confronti di chi si sia liberamente impegnato ad accoglierlo assumendone le relative responsabilità». In sintonia con questo pensiero è G. FERRANDO, *Regole e principi nel disconoscimento del figlio nato da inseminazione eterologa*, cit., 16 (versione *on line*), la quale ritiene plausibile la sentenza della Cassazione n. 2315/1999 perché, già allora, si poteva rilevare che il principio di verità, pure rafforzato dalla riforma del 1975, non avesse un «valore assoluto»; «non è incondizionatamente tutelato dall'ordinamento come espressione di un interesse superiore». A sostegno di ciò - lo ricorda la Ferrando - P. Schlesinger faceva riferimento alla mancata impugnativa nei termini di decadenza, cui si può aggiungere la disciplina del secondo riconoscimento della filiazione nata fuori del matrimonio (art. 250 coo. 3 e 4, c.c.) e la regola giurisprudenziale secondo cui il potere giudiziale di nomina del curatore speciale affinché quest'ultimo promuova l'azione di disconoscimento della paternità (art. 244 ult. co. c.c.) è influenzato dall'esigenza di tener conto dell'interesse del minore alla stabilità dello stato e dei rapporti familiari esistenti, anche quando, con tutta probabilità, non vi è legame genetico con il presunto padre [la Corte cost., n. 429/1991 (rel. L. Mengoni) § 3 in *Giur. it.*, 1992, 3, 1 ss. versione in *Leggi d'Italia on line*, con nota di M. D'AMICO, *La Corte riconosce l'interesse della parte privata (estranea al processo a quo) ad intervenire nel giudizio costituzionale*, considera beni giuridici gli «equilibri affettivi e l'educazione»]. Nel dare rilievo all'accordo di far nascere con il seme altrui, non si verifica una disposizione dello stato di figlio in violazione dell'indisponibilità di quest'ultimo. Il consenso del marito, scrive ancora la Ferrando, «rileva come circostanza di fatto determinante la nascita del figlio e come assunzione di responsabilità nei suoi confronti». L'autrice, attraverso studi approfonditi, perviene alla conclusione secondo cui l'accertamento giuridico della procreazione, posto che la verità non è un bene assoluto, è governato dal principio di responsabilità per la procreazione. Non sembra, quindi, che le pronunce della Consulta e della Cassazione siano incentrate esclusivamente sull'applicazione del principio del divieto di *venire contra factum proprium*; c'è di più, come si è cercato di far emergere, dal lato del diritto sostanziale, anche se, al tempo, vi erano maggiori ostacoli interpretativi. I quali sono stati rilevati soprattutto da L. BALESTRA, *Fecundazione artificiale eterologa e azione di disconoscimento della paternità: è possibile prospettare una soluzione sul piano processuale?* cit., 19, (versione in *Leggi d'Italia on line*) e da M. SESTA, *Venire contra factum proprium, finzione di paternità e consenso alla fecondazione assistita eterologa*, cit., 10 ss. (versione in *Leggi d'Italia on line*). Il primo autore concorda con la soluzione della giurisprudenza costituzionale e di legittimità e svolge un ragionamento processuale ma anche (inevitabilmente) sostanziale, che indaga l'interesse protetto dall'art. 235 c.c. (non più vigente). Sesta, invece, esprime talune critiche alla tesi secondo cui il consenso delle parti possa creare la paternità del marito donatario del liquido seminale. L'autore scriveva nel 2000; oggi c'è l'art. 9, co. 1 l. n. 40/2005 che dà rilievo al consenso quale fondamento della filiazione. Inoltre oggi l'esistenza di un rapporto stabile tra chi si è comportato come fosse genitore e il minore può giustificare, da un lato, la costituzione dello stato figlio, dall'altro, il mantenimento del medesimo stato non fondato sulla derivazione genetica con il presunto genitore. Ad ogni modo, il dibattito tra questi autorevoli studiosi del diritto di famiglia fa comprendere come già in quegli anni la dottrina e una parte della giurispru-

C'è dunque una linea di continuità che unisce queste pronunce agli artt. 244, co. 3, c.c. e 263, co. 3, c.c., alla legge n. 173/2015 e all'interpretazione estensiva dell'art. 44, co. 1 let. d) l. n. 184/1983 di cui si dirà tra breve;

d) l'art. 8 Cedu come interpretato dalla Corte EDU, la quale ha chiarito che la vita familiare non si fonda soltanto sul coniugio o sulla parentela, ma anche sull'esistenza di un legame affettivo di fatto con il minore di età (o tra due adulti conviventi);

e) art. 8 Convenzione Onu (1989) sui diritti dell'infanzia ratificata con l. n. 176/1991, che prevede espressamente il diritto del fanciullo a preservare la propria identità (art. 2 Cost.). La giurisprudenza sia pratica che teorica ha esattamente rilevato come tale diritto a sviluppare se stesso esiga, in certi casi, per non essere vanificato, non solo la conservazione del rapporto di filiazione di fatto (cfr. *infra amplius* § 6), ma anche, per quanto ci interessa adesso, la costituzione dello stato di figlio mediante il provvedimento giudiziale che disponga l'adozione in casi particolari a favore del partner del genitore.

Non è questo un argomento di poco conto, perché l'effettività di un diritto fondamentale è un valore da perseguire e concorre alla rilettura di un istituto. L'identità personale pervade il diritto di famiglia, contribuendo a giustificare soluzioni legislative e giurisprudenziali a tutela del minore. Che sia così è dimostrato dal legame, rilevato dalla Cassazione, tra la decadenza dalle azioni di stato (artt. 244, co. 4 e 263, coo. 3 e 4 c.c.) - novità, lo si ribadisce, significativa in chiave ricostruttiva del sistema della filiazione - e la tutela del diritto all'identità personale⁵¹.

Hanno dunque rilievo le relazioni instaurate e consolidate nel tempo tra genitore (giuridico o sociale) e minore di età, sia quando il legame è formalizzato nello stato di figlio, pur mancando il presupposto della derivazione genetica, sia quando il legame è di mero fatto ed intervenga la crisi della convivenza *more uxorio*⁵² (cfr. *amplius* § 5).

Le considerazioni fin qui svolte costituiscono solo il primo pezzo dell'argomentazione. Esse sono ancora insufficienti a giustificare l'adozione in casi particolari del figlio da parte del convivente dello stesso sesso del genitore. A tal fine occorre analizzare l'istituto dell'ado-

denza, sollecitate dalla casistica originata dalle nuove tecnologie della riproduzione, erano ben consapevoli di due aspetti particolarmente significativi del nostro ordinamento: 1) la "verità biologica" incontra dei limiti (previsti in Costituzione agli artt. 30, co. 2 e co. 4, come sottolineava Luigi Mengoni); 2) l'interesse del minore quale valore autonomo e primario emerge dalla legislazione familiare coordinata con l'art. 2 Cost.

⁵¹ Cass., n. 12962/2016, cit.

⁵² E. AL MUREDEN, *Lo scioglimento dell'unione civile tra rapporto di coppia e ruolo del «genitore sociale»*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 12, 1701-1702, si sofferma anch'egli su taluni indici normativi da cui si trae inequivocabilmente la meritevolezza di tutela di quei «significativi legami affettivi», instaurati tra il minore e il partner del genitore giuridico.

zione in casi particolari, il suo rapporto con l'adozione piena, per verificarne l'ambito applicativo.

Si apre così un secondo versante dell'*iter* argomentativo di cui si diceva poco sopra, dove sono decisive due questioni. La prima: se l'adozione in casi particolari sia applicabile anche qualora il minore non si trovi in condizione di abbandono materiale e morale. La seconda: se possa presentare domanda di adozione un soggetto omosessuale, convivente di fatto o in unione civile con il genitore del minore che si intenda adottare.

Procedendo con ordine (dalla prima questione), può affermarsi, come ha ritenuto la Cassazione⁵³, che lo stato di abbandono non è affatto il presupposto oggettivo (di tutti di casi) dell'adozione in casi particolari [non lo è di certo quanto alla let. b) dell'art. 44 l. n. 184/1983]. Lo dimostra l'evoluzione normativa dell'art. 44, la *ratio* dell'istituto, il confronto con l'adozione piena, il tenore letterale e la coerenza con il principio del preminente interesse del minore espressamente richiamato dall'art. 57, n. 2, l. n. 184/1983.

Dalle modifiche legislative che hanno interessato nel tempo l'art. 44 cit., si desume l'intento del *conditor iuris* di valorizzare, sempre di più, la stabilità e la durata del rapporto di fatto tra l'adulto e il minore. Da ultimo, la legge n. 173/2015, più volte ricordata, ha integrato il testo dell'art. 44 let. a), consentendo agli affidatari di cui all'art. 2 l. n. 184/1983 - cioè a coloro che hanno avuto cura del minore al fine di consentire il recupero della famiglia di origine - di adottare ai sensi della lett. a) dell'art. 44⁵⁴.

Anche la giurisprudenza ha colto l'esigenza, in talune ipotesi, di formalizzare il legame di filiazione di fatto tra il minore e il convivente *more uxorio* eterosessuale del genitore. È stato infatti sostenuto che la fattispecie legale di cui alla let. b) dell'art. 44 l. n. 184/1983 debba essere estesa anche al convivente di fatto, sebbene la lettera *legis* attribuisca soltanto al coniuge la facoltà di adottare il «figlio anche adottivo dell'altro coniuge»⁵⁵.

⁵³ Cass., n. 12962/2016, cit.

⁵⁴ Il testo originario dell'art. 44 l. n. 184/1983 è stato sostituito dall'art. 25 l. n. 149/2001 («*Modifiche alla legge 4 maggio 1983 n. 184, recante «Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori», nonché al titolo VIII del libro primo del codice civile*») che ha inserito una nuova ipotesi di adozione in casi particolari contrassegnata dalla let c) relativa al disabile. Successivamente vi è stata una modifica da parte del d. lgs. n. 154/2013 («*Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219*») che ha soppresso l'attributo «legittimi» dal comma 2 dell'art. 44. Infine la l. n. 173/2015 («*Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184, sul diritto alla continuità affettiva dei bambini e delle bambine in affido familiare*») ha aggiunto all'art. 44 let. a), dopo le parole «stabile e duraturo», le parole «anche maturato nell'ambito di un prolungato periodo di affidamento».

⁵⁵ Afferma Corte d'App. Firenze, n. 1274/2012, in *Leggi d'Italia on line*, che l'adozione ai sensi dell'art. 44, co. 1 let. b), l. n. 184/1983, secondo cui solo il coniuge è

La *ratio* dell'adozione in casi particolari è, pertanto, di salvaguardare i legami affettivi e relazionali preesistenti⁵⁶ e in ciò si distingue dall'adozione piena (artt. 6-28 l. n. 184/1983), la quale è volta ad attribuire al minore un'altra famiglia per porre fine, quale misura estrema, allo stato di abbandono in cui egli si trova. Qui la priorità non è valorizzare un legame affettivo esistente, ma eliminare un'intollerabile condizione deteriore in cui versa il minore.

Il confronto con l'adozione piena è essenziale per interpretare la let. d) dell'art. 44 l. n. 184/1983, che prevede, quale fattispecie di adozione in casi particolari, «la constatata impossibilità di affidamento preadottivo». Secondo la tesi più risalente nel tempo, l'impossibilità menzionata nella let. b) cit. doveva essere intesa esclusivamente come impossibilità di mero fatto. Cioè occorre che, a fronte dello stato di abbandono, non fosse reperibile una coppia di coniugi disposta ad accogliere il minore, perché quest'ultimo, ad esempio, era già adolescente o disabile⁵⁷.

Questa impostazione, già avversata dalla dottrina⁵⁸ e dalla giurisprudenza di merito più recente, viene confutata dalla Cassazione⁵⁹,

legittimato a chiedere l'adozione del figlio anche adottivo dell'altro coniuge, «non può finire col pregiudicare lo status del minore della famiglia di fatto, equiparato dalla legge [n. 219/2012] a quello dei figli legittimi». Opinando diversamente, si avrebbe una discriminazione basata esclusivamente sulla nascita (nel o fuori del matrimonio), in aperto contrasto con l'art. 3 co. 1 Cost., che vieta ogni disparità di trattamento incentrata su «condizioni personali e sociali». Cfr. anche Corte cost., 18.7.1986, n. 198 (rel. U. Spagnoli), in *Leggi d'Italia on line*, che già in tempi risalenti ha riconosciuto rilevanza giuridica al rapporto di filiazione di fatto, con riguardo al caso di avvenuto scioglimento del matrimonio tra gli adottanti alla data di presentazione della domanda di estensione degli effetti dell'adozione ai sensi dell'art. 79 l. n. 184/1983.

⁵⁶ A. GIUSTI, *L'adozione dei minori di età in casi particolari*, in *Trattato di diritto di famiglia*, vol. IV, cit., 3946, individua più finalità dell'adozione in casi particolari: «conservare nella famiglia parentale il fanciullo che abbia perduto i genitori o privilegiare un solido rapporto di affetto maturato al di fuori del nucleo biologico, (...) favorire la formalizzazione di stabili rapporti di convivenza e di assistenza con il coniuge del proprio genitore, o ancora (...) fornire una risposta là dove vi sia l'impossibilità di ricorrere all'affidamento preadottivo». L'istituto in parola copre altre situazioni in cui i minori potrebbero vedere inattuato il diritto di sviluppare la propria personalità in un nucleo familiare (cfr. L. RUGGERI, *Sub. art. 25*, in *Leggi civ. comm.*, 2002, 1036 ss., *Adozione nazionale. Commentario alla l. 28 marzo 2001, n. 149*, a cura di C. M. Bianca-L. Rossi Carleo). Per una disamina completa dell'adozione in casi particolari, oltre allo scritto qui citato di Giusti cfr. G. COLLURA, *L'adozione in casi particolari*, in *Tratt. Zatti*, Milano, 2012, II ed., 951 ss.

⁵⁷ La giurisprudenza più risalente riteneva che il minore poteva anche non essere stato dichiarato in stato di adottabilità, ma doveva comunque sussistere la circostanza di fatto dello stato di abbandono.

⁵⁸ A. GIUSTI, *L'adozione dei minori di età in casi particolari*, in *Trattato di diritto di famiglia*, vol. IV, cit., argomentando dall'art. 44, co. 1, l. n. 184/1983, esclude che presupposto dell'adozione in casi particolari sia la dichiarazione di adottabilità o lo stato di abbandono.

⁵⁹ La Cass., n. 12962/2016, § 4.2.2, cit., ricorda le ragioni dell'interpretazione restrittiva. Se ne riporta una soltanto. Si voleva «scongiurare l'affidamento a terzi di mi-

la quale, in coerenza con la *ratio* dell'istituto di cui si diceva innanzi, accoglie l'interpretazione estensiva della let. d) cit. L'impossibilità, pertanto, è da intendersi anche di diritto. Cioè il minore può non trovarsi in stato di abbandono, il che preclude l'affidamento preadottivo. Egli, pur essendo accudito dal proprio genitore genetico, potrebbe comunque essere adottato dal partner di quest'ultimo ai sensi dell'art. 44 let. d).

Vero è che l'interpretazione estensiva è più congruente con la *ratio* dell'adozione in casi particolari che, come si è rilevato sopra, è diversa da quella dell'adozione piena. I due modelli di adozione devono essere mantenuti distinti, come dimostra sia l'art. 44, co. 1, l. n. 184/1983 secondo cui i «minori possono essere adottati [in casi particolari] quando non ricorrono le condizioni di cui al comma 1 dell'art. 7», cioè lo stato di abbandono presupposto della dichiarazione di adottabilità⁶⁰, sia

nori da parte dei genitori mediante l'aggiramento del rigoroso regime dell'adozione legittimante». L'istituto veniva applicato «a minori in condizioni di prolungata istituzionalizzazione, alla quale non sia seguito, e verosimilmente non possa seguire, l'affidamento preadottivo».

⁶⁰ Avversa questo argomento P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Le adozioni in casi particolari ed il caso della stepchild adoption*, cit., 5 (versione in *Leggi d'Italia on line*), il quale, nel criticare il richiamo da parte della Cassazione degli artt. 44, co. 1 e 11, co. 1 l. n. 184/1983, sottolinea come non debbano essere sovrapposti i concetti della mancanza della dichiarazione di adottabilità e dell'inesistenza dello stato di abbandono. Il minore, continua l'autore, potrebbe essere in stato di abbandono (perché privo di genitori e di parenti entro il quarto grado che con il medesimo abbiano rapporti significativi) e non essere dichiarato in stato di adottabilità, esistendo una famiglia idonea cui darlo in affidamento preadottivo. Secondo questa impostazione, l'art. 44 esigerebbe la condizione di abbandono e non già la dichiarazione di adottabilità. Andrebbe contestato anche il riferimento della Cassazione alla sent. n. 383/1989 della Corte costituzionale, la quale, sottolinea l'autore, ragiona su una fattispecie concreta incentrata sulla inidoneità dei genitori biologici (circostanza assente nella stepchild adoption). La pronuncia della Cassazione, conclude Morozzo della Rocca, avrebbe determinato l'abrogazione dell'art. 44, let. b), che consente al coniuge di adottare il figlio dell'altro coniuge e dell'art. 44, co. 3, il quale solo nei casi di cui alle lett. a), c) e d) «consente l'adozione oltre che ai coniugi, anche a chi - singolo - non è coniugato» (qui viene ripreso il pensiero di Giacobbe). Segue questa impostazione il Trib. per i minorenni di Milano, sent. 13.9/17.10. 2016, n. 261, cit., secondo cui l'adozione da parte del convivente omosessuale rientrerebbe nella let. b) dell'art. 44; pertanto essa è inammissibile, mancando la qualità di coniuge nel soggetto che chiede di adottare.

Chi scrive accoglie una tesi diversa. Non convince l'opinione dell'abrogazione della let. b), il cui disposto verrebbe assorbito dall'interpretazione - arbitraria secondo Morozzo della Rocca - estensiva della let. d). Il coniuge di cui alla let. b), rispetto al convivente *more uxorio*, gode sicuramente di un *favor* normativo nell'adozione in casi particolari, perché il legislatore presume che vi sia già un legame importante con il figlio dell'altro coniuge. Ebbene la let. d), la cui interpretazione è mutata con l'evolversi dell'ordinamento, consente di giuridicizzare la genitorialità di fatto sorta all'interno di rapporti familiari diversi da quelli fondati sul matrimonio. La lettera d) arriva dove non può la let. b) solo se si pone l'attenzione non sul convivente *more uxorio*, ma sulla genitorialità di fatto quale elemento essenziale per la vita del minore. Non è pertinente, di conseguenza, l'argomento del Trib. per i min. di Milano secondo cui ammettere l'ado-

l'accresciuto rigore con cui deve intendersi la nozione di «stato di abbandono»⁶¹.

Va ricordato a ulteriore sostegno dell'interpretazione estensiva che, secondo la Corte costituzionale, l'art. 44 cit. «si sostanzia in una sorta di clausola residuale per i casi speciali non inquadrabili nella disciplina dell'adozione “legittimante” [oggi piena]». La lettera c) (che per effetto della modifica del 2001 corrisponde attualmente alla lettera d) - soggiunge la Consulta - «fornisce un'ulteriore “valvola” per i casi che non rientrano in quelli più specifici previsti dalle lettere a) e b)»⁶².

Ancora, sottolinea questa volta la Cassazione: se l'indagine disposta dal tribunale, essenziale per decidere sulla domanda di adozione in casi particolari, deve riguardare «l'idoneità affettiva» dell'adottante (art. 57, co. 2, l. n. 184/1983), ciò postula «una relazione preesistente adottante-minore, come tale incompatibile con una situazione di abbandono»⁶³.

Diversi elementi, quindi, supportano la tesi che riferisce il requi-

zione *de qua* postulerebbe l'esistenza del diritto di adottare e l'accoglimento di una prospettiva adulto-centrica respinta dall'ordinamento. L'interpretazione estensiva della let. d) valorizza la posizione soggettiva non già dell'adulto, ma del minore.

⁶¹ La sostituzione della famiglia di origine è un provvedimento estremo, come ha ben chiarito la giurisprudenza [cfr. art. 15 let. c) l. n. 184/1983 come modificato dal d. lgs. n. 154/2013]. G. FERRANDO, *Il problema dell'adozione del figlio del partner*, cit., 2 (versione in *Leggi d'Italia on line*) riassume perfettamente l'iter giurisprudenziale di applicazione della let. c) (divenuta let. d) dell'art. 44 «allo scopo di rendere possibile la formalizzazione dei rapporti parentali di fatto esistenti con il passaggio dall'affidamento all'adozione a favore degli affidatari in quei casi in cui la situazione di abbandono definitivo si manifesta tardivamente, dopo che tra minore e affidatario si è stabilito un rapporto familiare meritevole di protezione. Altre volte la norma è stata impiegata per fronteggiare situazioni di «semiabbandono permanente»; per formalizzare rapporti nati all'interno di «famiglie ricostruite»; per rendere efficaci in Italia adozioni compiute da persone singole all'estero. Ancora, si è fatto ricorso all'adozione semplice per dare veste giuridica, in Italia, a rapporti costituiti all'estero sulla base di istituti, come la *kafalah* di diritto islamico, sconosciuti alla nostra tradizione giuridica, ma non in contrasto con l'ordine pubblico internazionale (art. 20 Convenzione di New York sui diritti del fanciullo resa esecutiva con l. n. 1761/1991). È stato in circostanze di questo tipo che ha preso forma quella nozione di impossibilità di affidamento preadottivo «di diritto», che si verifica ogni volta in cui l'adozione piena non realizza adeguatamente l'interesse del bambino o non è possibile perché non sussiste uno stato di abbandono conclamato (si parla a volte di abbandono soltanto «relativo»).

⁶² Secondo la Corte cost., n. 383/1999 (rel.: F. Santosuosso), in *Giust. civ.*, 1991, I, 3215 ss., l'art. 44 l. n. 184/1983 «si sostanzia in una sorta di clausola residuale per i casi speciali non inquadrabili nella disciplina dell'adozione “legittimante” [oggi piena]». L'intento del legislatore di favorire il consolidamento dei rapporti già in essere tra il minore e i parenti o con altre persona è confermato dall'art. 11, co. 1 l. n. 184/1983, in cui si stabilisce che lo stato di adottabilità può essere precluso anche dalla presenza di istanze di adozione ai sensi dell'art. 44; deciderà il tribunale per i minorenni nell'esclusivo interesse del minore. La Consulta conclude che «l'art. 44 è tutto retto dalla “assenza delle condizioni» previste dal primo comma del precedente art. 7 della legge 184».

⁶³ Cass., n. 12962/2016, cit., § 4.2.2

sito dell'impossibilità dell'affidamento preadottivo anche alla situazione di diritto.

A questo punto l'unico ostacolo all'applicazione dell'art. 44, co. 1, let. d) potrebbe essere rappresentato dall'orientamento sessuale di colui che propone la domanda di adozione. E veniamo così alla seconda questione sopra posta.

Non si può sostenere che la diversità dei sessi rappresenti il presupposto implicito e inderogabile dell'intera disciplina adottiva⁶⁴. Non vi sono argomenti forti a sostegno di questa prospettazione. Come si è già accennato, l'art. 1, co. 20, l. n. 76/2016 (*unioni civili e convivenze*), non pone un espresso divieto per l'omosessuale di adottare in casi particolari; neppure l'art. 44 l. n. 184/1983.

Si aggiunga che la Cassazione non ha ritenuto l'omosessualità di per sé sola un fatto ostativo all'affidamento condiviso⁶⁵.

L'adozione in casi particolari si incentra piuttosto sulla valutazione giudiziale del preminente interesse del minore, prescritta dall'art. 57 l. n. 184/1983, da svolgersi attraverso «indagini (...) sull'adottante, sul minore e sulla di lui famiglia». Sostenere che, secondo la legge italiana, l'omosessualità sia, ontologicamente, una condizione impediva dell'adozione, oltre a non aver un riscontro normativo, esporrebbe l'Italia a una condanna da parte della Corte EDU per discriminazione sulla base del sesso e dell'orientamento sessuale⁶⁶.

Ma al di là di quest'ultimo aspetto, su cui si può anche non concordare, invocando la discrezionalità del legislatore, il punto cruciale è un altro. Il divieto di adozione in casi particolari per l'omosessuale confligge, in certe fattispecie concrete, con i diritti del minore all'iden-

⁶⁴ A. GIUSTI, *L'adozione dei minori di età in casi particolari*, in *Trattato di diritto di famiglia*, vol. IV, cit., 3953. Stante il divieto di matrimonio tra persone dello stesso sesso, il coniuge legittimato ad adottare ai sensi della lettera b) dell'art. 44 l. adoz. è il non genitore all'interno del matrimonio eterosessuale. La finalità di questa disposizione è, osserva Giusti, «di cementare in una nuova unità familiare una relazione di fatto, agevolando l'inserimento del minore in quel gruppo familiare ed evitando il disagio sociale e le disarmonie nella formazione morale che possano derivargli dal restare estraneo al coniuge del genitore». Da notare che l'art. 44 let. b) l. n. 183/1984 consente solo a quest'ultimo la facoltà di adottare, non anche al convivente *more uxorio* del genitore, il che non è congruente con la finalità dell'istituto. Più che un'interpretazione estensiva della let b), è preferibile applicare la let. d) dell'art. 44 non solo al convivente *more uxorio*, ma anche al soggetto in unione civile.

⁶⁵ Cass., n. 601/2013, cit.

⁶⁶ Corte EDU-Grande Camera, 19.2.2013, *caso X e altri c. Austria*, ric. n. 19010/2007, in www.echr.coe.int, secondo cui è discriminatoria la legge austriaca che ammette la *second parent adoption* per le coppie di fatto eterosessuali, negandola, invece, per le coppie omosessuali (art. 14 con riguardo all'art. 8 Cedu). «Il Governo austriaco non ha dimostrato che la protezione della famiglia, intesa in senso tradizionale, e l'interesse del minore [necessitano] dell'esclusione delle coppie dello stesso sesso dalla *second parent adoption*».

tità personale e alla continuità della relazione affettiva familiare e quindi con il suo stesso interesse da considerarsi preminente.

È dunque pienamente legittima l'adozione in casi particolari disposta, ai sensi della let. d) dell'art. 44 cit., senza necessità di un curatore speciale⁶⁷, a favore del convivente *more uxorio* omosessuale del genitore del minore di età. Va da sé che siffatta interpretazione debba riguardare - si direbbe *a fortiori* - le coppie unite civilmente, il cui legame si presume più stabile perché formalizzato in un istituto molto vicino, in punto di disciplina, al matrimonio⁶⁸.

Tale esito interpretativo, raggiungibile peraltro, secondo un'auto-revole dottrina⁶⁹, anche attraverso un'altra linea argomentativa con riguardo alle unioni civili, non costituisce un'illegittima ingerenza in un campo riservato alla politica⁷⁰, come potrebbe sembrare a primo ac-

⁶⁷ Cass., n. 12962/2016, cit., chiarisce che, nel caso dell'adozione in casi particolari, il legislatore non ha imposto la nomina del curatore speciale (come ad es. ex art. 244, ult. co., c.c. o nel procedimento di adozione dove il conflitto è *in re ipsa*), pertanto la valutazione dell'esistenza del conflitto di interessi - da intendersi come «conflitto concreto, diretto e attuale [e] sussiste[n]te se al vantaggio di un soggetto corrisponde il danno dell'altro» - tra la madre giuridica, chiamata a prestare il consenso all'adozione in casi particolari (art. 46, co. 1, l. n. 184/1983), e il minore *adottando* deve essere svolta in concreto. Afferma esattamente L. LENTI, *Unione civile, convivenza omosessuale e filiazione*, cit., 1713, che «discostarsi da questo orientamento a causa dell'omosessualità della coppia sarebbe una discriminazione inammissibile, perché fondata sull'orientamento sessuale».

⁶⁸ L. LENTI, *Unione civile, convivenza omosessuale e filiazione*, cit., 1712, svolge proprio questa considerazione.

⁶⁹ P. ZATTI, *Introduzione al Convegno «Modelli familiari e nuovo diritto»* (Padova 7-8.10. 2016), in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 12, 1665, dopo aver argomentato in modo convincente che, nonostante gli «accorgimenti» del legislatore, l'unione civile è molto vicina al matrimonio e che «la coppia omosessuale ha una vita familiare ed è una famiglia», propone un'interpretazione evolutiva dell'art. 44 let. b) l. n. 184/1983. Secondo Zatti, sotto un profilo sostanziale, desunto accuratamente dalla l. n. 76/2016, il rapporto che nasce dall'unione civile è in realtà «una forma di coniugio, che solo sottilmente e talvolta malamente il legislatore ha tentato di distinguere dal coniugio matrimoniale». L'illustre autore avvicina, perciò, l'unione civile al matrimonio, anche ragionando, tra l'altro, sull'atto costitutivo dell'unione (cfr. pp. 1665-1666). Dunque egli ritiene applicabile la let. b) dell'art. 44 cit., che fa riferimento al coniuge, anche alla parte in unione civile che intenda adottare il figlio dell'altra. Certo, questa interpretazione, pur lucidissima, si scontra con il dettato letterale dell'art. 1, co. 20, l. n. 76/2016, laddove si esclude che l'aggiunta nelle disposizioni normative alla parola «coniuge» delle parole «parte in unione civile» valga con riguardo alla legge n. 184/1983 sul diritto del minore ad una famiglia. Quindi, per espressa volontà del legislatore, la fattispecie di cui alla let. b) dell'art. 44 cit. dovrebbe essere applicabile esclusivamente al coniuge. Va osservato, però, come si è ricordato *supra* nel testo e in nota, che la giurisprudenza, al fine di evitare discriminazioni nei confronti di determinati minori di età, ha applicato la let. b) dell'art. 44 cit. anche ai conviventi *more uxorio*, superando così, mediante un'interpretazione costituzionalmente orientata, il dettato letterale dell'articolo.

⁷⁰ Come ritiene, invece, Trib. per i min. di Milano, sent. 13.9/17.10. 2016, n. 261, cit.

chito. L'interprete non introduce nell'ordinamento un nuovo diritto (quello del convivente *more uxorio* di adottare), ma risponde, attraverso il giudice, a una concreta esigenza di tutela di quel minore, da inquadrare in un determinato contesto affettivo-relazionale che ha rilevanza giuridica [art. 57, co. 2 let. a), l. n. 184/1983] nel vigente sistema di diritto positivo.

L'adozione in casi particolari, nell'interpretazione qui sostenuta della let. d) dell'art. 44 l. n. 184/1983, diventa un'efficace strumento di tutela del minore, il quale ha interesse a formalizzare il rapporto di tipo genitoriale che si è, di fatto, instaurato con il *partner* del proprio genitore giuridico.

5. IL RICONOSCIMENTO DI UN PROVVEDIMENTO DI ADOZIONE PIENA EMESSE IN UN ALTRO PAESE E L'ADOZIONE INTERNAZIONALE OMOSESSUALE.

Quanto detto fin qui consente di accogliere favorevolmente un'altra significativa pronuncia⁷¹, che ha riconosciuto l'efficacia in Italia di un provvedimento giudiziale spagnolo di adozione piena, disposta a favore della coniuge omosessuale sposata con la madre della bambina. Secondo il giudice italiano, il matrimonio omosessuale, legittimamente concluso in Spagna ma vietato in Italia, non preclude il riconoscimento del provvedimento straniero di adozione. Questa fattispecie è regolata dagli artt. 41 e 64 ss. della l. n. 218/1995 («*Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*»).

Il fatto che in Italia l'adozione piena sia consentita soltanto ai coniugi, quindi a una coppia eterosessuale che istituzionalizza il proprio legame affettivo, non costituisce ragione sufficiente per respingere l'adozione omosessuale disposta in un altro paese. Il riconoscimento, nel caso di specie, secondo la Corte d'Appello di Milano, non è contrario all'ordine pubblico internazionale, in ragione dei seguenti elementi in diritto: 1) dell'obbligo posto a carico del giudice dalla normativa sovranazionale di considerare in modo preminente l'interesse superiore del fanciullo (art. 3 Conv. dell'ONU sui diritti del fanciullo, art. 24 Carta dei diritti fondamentali UE, art. 23 Reg. CE 2201/2003); 2) della previsione di alcuni diritti del minore come quello di «intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo se ciò sia contrario al suo interesse» (art. 24, co. 3, *Carta dei diritti*

⁷¹ Corte d'App. Milano, sez. persone, minori, famiglia, 16.10.2015, in www.ilcaso.it e in *Fam. e dir.*, 2016, 3, 271 ss., con nota di F. TOMMASEO, *Sul riconoscimento dell'adozione, avvenuta all'estero, del figlio del partner di una coppia omosessuale*. Cfr. anche Corte d'Appello di Napoli, ord. 30.3.2016, in www.centrostudilivatinio.it, la quale, con riguardo a una coppia di donne sposate, ciascuna madre di una bambina, riconosce l'efficacia in Italia di due sentenze del *Tribunal de Grande Instance de Lille* ciascuna delle quali, dispone l'*adoption plénière* del figlio dell'altro coniuge.

fondamentali UE) e di veder rispettata la propria vita privata e familiare (art. 8 Cedu); 3) del divieto di discriminare le persone (*id est* il nato) nel godimento dei diritti e delle libertà fondamentali sulla base della nascita (art. 14 Cedu); 4) della riconoscibilità dei provvedimenti stranieri sulla responsabilità genitoriale, salvo che vi sia una *manifesta* contrarietà all'ordine pubblico dello Stato membro richiesto (art. 23 Reg CE 2201/2003); 5) della legittimità nel nostro ordinamento, sia pur in ben delimitate fattispecie, dell'adozione da parte di una persona sola [artt. 25, co. 5 e art. 44 let. d) l. adoz.]; 6) della rilevanza della vita familiare instauratasi tra il minore e una figura genitoriale di fatto [Corte EDU: *Menesson c. Francia*, *Labassee c. Francia* e *Paradiso e Campanelli c. Italia* sia nel primo che nel secondo grado (cfr. *amplius supra* cap. II-sez. II, § 8)]⁷².

C'è un punto che merita una sottolineatura e che attiene ancora una volta al concetto di ordine pubblico internazionale: la regola italiana secondo cui l'adozione piena è ammessa soltanto per le coppie di coniugi (e dunque per quelle composte da persone di sesso diverso) non è imposta dalla Carta costituzionale. Perciò in futuro, il legislatore, nell'ambito della propria discrezionalità e senza violare la Costituzione, potrà introdurre l'adozione piena omosessuale.

Questo impianto argomentativo - è utile rilevare - ritorna più o meno estesamente in diverse fattispecie inerenti la filiazione. L'adozione in casi particolari nell'ipotesi trattata al precedente paragrafo 4 e il riconoscimento del provvedimento straniero di adozione piena omosessuale sono due fattispecie che, seppur diverse, condividono taluni argomenti a sostegno della loro ammissibilità. Se ne riprenderanno alcuni per risolvere il problema, su cui interessa soffermarsi adesso, della riconoscibilità e trascrivibilità della sentenza straniera che dispone l'adozione internazionale a favore di una coppia di cittadini italiani residenti in un altro paese: nel caso di specie da esaminare, nel Regno Unito.

Il tribunale per i minorenni di Firenze⁷³, dopo avere ricondotto il caso concreto, nell'art. 36, co. 4, l. n. 184/1983, conclude per la riconoscibilità in Italia della sentenza emessa dalla *Family Court* del Regno Unito. Questo tipo di adozione riguardante cittadini italiani residenti all'estero si distingue da quella internazionale da parte di cittadini italiani residenti in Italia (artt. 35 e 36 coo. 1, 2, 3), non solo sotto il

⁷² Sottolinea Corte d'App. Milano, 16.10.2015, cit., che la bambina è stata per dieci anni dalle due figure genitoriali «allevata, curata e mantenuta e che con loro ha evidentemente costruito stabili e forti relazioni affettive ed educative riconosciute dalle stesse donne, tanto che nel dicembre 2012, in previsione del loro divorzio riconoscevano come adeguato per la bambina un regime di affidamento condiviso e la previsione di tempi uguali di permanenza della figlia presso ciascuna».

⁷³ Trib. per i minorenni di Firenze, decr. 17.3.2017, in www.ilcaso.it.

profilo della residenza degli adottanti, ma anche della disciplina applicabile.

Non occorre diffondersi sul dettaglio delle regole proprie di questi due tipi di adozione internazionale⁷⁴, se non per rilevare come quella a favore di cittadini italiani residenti all'estero - su cui si intende riflettere - non esige, secondo l'interpretazione preferibile, la sussistenza del requisito del coniugio da almeno tre anni quale *condicio* della riconoscibilità del provvedimento straniero di adozione (art. 35, co. 6, l. n. 184/1983)⁷⁵. Piuttosto l'adozione internazionale in parola esige, quale unico limite alla riconoscibilità in Italia, il rispetto dei principi della Convenzione sulla protezione dei minori e sulla cooperazione in materia di adozione internazionale fatta all'Aja il 29 maggio 1993, ratificata e resa esecutiva dalla legge n. 476/1998. Detta Convenzione non pone limiti allo *status* dei genitori adottivi (artt. 4 e 5 Conv. Aja), i quali possono essere anche dello stesso sesso.

Ora, se sussistono le condizioni della Convenzione dell'Aja⁷⁶, richiamate dall'art. 36, co. 4, l. n. 184/1983, il giudice italiano non ha il potere di effettuare alcuna valutazione discrezionale del miglior interesse del minore; potere, questo, che appartiene alla competenza esclusiva dell'autorità giudiziaria straniera. Invece, un limite rilevante alla riconoscibilità, che coinvolge lo «Stato di accoglienza» (del minore) è, come dispone l'art. 24 Conv. Aja, la «*manifesta* contrarietà» dell'a-

⁷⁴ V. GIORGIANNI, *L'adozione internazionale*, in *Tratt. dir. fam.*, diretto da G. Bonilini, *La filiazione e l'adozione*, Torino, 2016, IV, 3973 ss.

⁷⁵ La distinzione tra adozione internazionale da parte di cittadini italiani residenti in Italia e adozione internazionale ottenuta da cittadini italiani residenti all'estero emerge dal confronto tra l'art. 35 e l'art. 36, co. 4, della legge sull'adozione (disposizione, quest'ultima, applicata dal trib. per i minorenni fiorentino). Il divieto assoluto di riconoscere sentenze straniere di adozione a favore di coppie dello stesso sesso varrebbe soltanto per gli italiani residenti in Italia che adottino all'estero. In questa ipotesi il legislatore ha inteso evitare l'aggiramento dei presupposti dell'adozione di diritto interno, attraverso il ricorso all'adozione internazionale. Di questo rischio il legislatore ha tenuto conto anche nell'adozione internazionale da parte di cittadini italiani residenti all'estero, ma l'ha scongiurato, prevedendo il requisito del soggiorno continuativo nel paese straniero da almeno due anni. Il decorso di tale tempo consente di presumere che il trasferimento all'estero non sia stato strumentale all'aggiramento della disciplina italiana dell'adozione. Le due fattispecie di adozione internazionale, quindi, sono state regolate diversamente dal legislatore interno con riguardo, per quanto qui rileva, ai requisiti soggettivi occorrenti per adottare.

⁷⁶ L'art. 4 Conv. Aja prevede diverse condizioni che devono essere state rispettate dallo «Stato d'origine», affinché possa perfezionarsi in un altro Stato - quello «di accoglienza» - l'adozione internazionale. Si tratta di principi e regole oramai diffusissime in molti Stati. Quanto ai poteri delle autorità dello «Stato d'accoglienza», queste, affinché l'adozione internazionale possa aver luogo, devono limitarsi, ai sensi dell'art. 5 Conv. Aja, ai seguenti atti: «a - [aver] constatato che i futuri genitori adottivi sono qualificati ed idonei per l'adozione; b - [essersi] assicurati[i] che i futuri genitori adottivi sono stati assistiti con i necessari consigli; e c - [aver] constatato che il minore è o sarà autorizzato ad entrare e soggiornare in permanenza nello Stato medesimo».

dozione all'*ordine pubblico*, tenuto conto dell'interesse superiore del minore».

Se dunque, secondo la Conv. dell'Aja, la mancanza del coniugio non osta alla riconoscibilità della pronuncia straniera di adozione omosessuale internazionale, viene nuovamente in rilievo l'eventuale sua contrarietà all'ordine pubblico internazionale. È quest'ultimo l'unico parametro per valutare l'efficacia in Italia del provvedimento straniero. Si noti che nella fattispecie *de qua*, diversamente da quella di cui all'art. 41 l. n. 218/1995 (*diritto internazionale privato*), la contrarietà deve essere manifesta.

Ma sul punto non si può far altro che ribadire quanto già sottolineato soprattutto nel paragrafo precedente: il riconoscimento della genitorialità omosessuale non viola l'ordine pubblico internazionale, non confliggendo con alcun principio né diritto fondamentale vigenti nello Stato italiano. Anzi, le fonti sovranazionali vincolanti in Italia mostrano, da un lato, che esiste un tessuto di valori comuni agli ordinamenti aderenti alle diverse Convenzioni che qui rilevano⁷⁷, cui poter ricondurre l'adozione omosessuale, dall'altro, che non vi è un principio secondo cui l'omosessualità sarebbe un fatto idoneo, di per sé solo, ad escludere la capacità genitoriale degli adottanti.

Orbene, se il provvedimento straniero di adozione internazionale da parte di cittadini italiani residenti all'estero non viola l'ordine pubblico internazionale, esso deve essere senz'altro riconosciuto in Italia perché, opinando diversamente, si lederebbero alcuni diritti fondamentali dell'adottato. Esattamente: disconoscere lo stato di figlio inciderebbe negativamente sull'identità (fisica e sociale) del minore⁷⁸ e, di conseguenza, sul diritto al rispetto della sua vita privata e familiare (art. 8 Cedu). Non solo: vi sarebbe anche la violazione del diritto fondamentale alla continuità della relazione affettiva con chi si è comportato da

⁷⁷ Il trib. per i minorenni di Firenze, decr. 17.3.2017, cit., fa leva su questo aspetto e richiama gli artt. 8 e 14 Cedu, 7, 9 e 21 Carta dei diritti fondamentali dell'UE, 7, co. 2, Convenzione di Strasburgo 7.5.2008, in cui si afferma che, quanto ai requisiti soggettivi degli adottanti, «gli Stati sono liberi di estendere il campo di applicazione della presente convenzione a coppie dello stesso sesso sposate tra di loro o che [abbiano] registrato insieme una «partnership», nonché sugli artt. 3 Conv. di New York sui diritti del fanciullo (ratificata con l. n. 176/1991) e 24, co. 2, Carta dei diritti fondamentali dell'UE, i quali attribuiscono all'interesse del minore un rilievo preminente nelle decisioni che lo riguardano.

⁷⁸ I pregiudizi per il minore, sottolinea il trib. per i minorenni di Firenze, decr. 17.3.2017, cit., sarebbero molteplici: mancata acquisizione della cittadinanza italiana e dei diritti ereditari, impossibilità di «circolare liberamente nel territorio italiano e di essere rappresentato dal genitore nei rapporti con le istituzioni italiane, al pari degli altri bambini e anche di coloro che all'estero abbiano ottenuto il riconoscimento». Il trib. adombra anche, sempre in caso di mancato riconoscimento, «una violazione del principio di uguaglianza, intesa come pari dignità sociale di tutti i cittadini e come divieto di differenziazioni legislative basate su condizioni personali e sociali».

genitore (l. n. 173/2015). Quest'ultimo diritto, nel caso di specie, verrebbe attuato attraverso un altro diritto che è quello alla conservazione dello *status filiationis* (arg. ex artt. 244, co. 4 e 263, co. 3, c.c.).

C'è un altro punto da evidenziare: l'art. 35 l. n. 184/1983 afferma, con riguardo alle fattispecie di cui ai commi 3 e 4, che l'adozione non deve essere contraria ai principi fondamentali del diritto di famiglia. Ebbene, deve oramai ammettersi che lo *status* di figlio, quanto ai vincoli di parentela che si instaurano, prescinde, in forza della legge n. 219/2012, dall'esistenza del rapporto di coniugio tra i genitori. Il matrimonio non può essere considerato come un presupposto necessario dell'adozione. Lo è con riguardo all'adozione piena di diritto interno, ma esso non governa tutti i tipi di adozione. Si aggiunga che lo stato di figlio è legato e conformato non già dal matrimonio, ma dai diritti fondamentali del minore, sui cui si è già avuto modo di soffermarsi.

Le tematiche svolte in questo e nel precedente paragrafo suscitano riflessioni che confermano quanto già rilevato. La filiazione si è slegata ancor di più che in passato dalla generazione, per congiungersi strettamente alla dimensione affettiva. Non solo: la genitorialità, sia pur in ben determinate ipotesi, prescinde dal sesso, perché ciò che conta è la capacità di svolgere adeguatamente il ruolo di genitore (cfr. artt. 29-bis, co. 4, e 30 l. n. 184/1983 sul decreto di idoneità ad adottare).

Ancora: l'evoluzione della filiazione ha influenzato la famiglia, la quale, secondo molti studiosi, deve essere declinata, sotto il profilo strutturale e disciplinare, al plurale. I diversi modelli familiari (famiglie ricomposte, allargate, convivenze etero e omosessuali con o senza figli, unioni civili), sebbene non sovrapponibili⁷⁹, sono tutti caratteriz-

⁷⁹ G. ALPA, *La legge sulle unioni civili e sulle convivenze. Qualche interrogativo di ordine esegetico*, cit., 1719-1720, si interroga su una questione di grande rilievo: se, in conseguenza del diversificarsi nel tempo delle strutture familiari, «si sia in presenza di diversi istituti oppure (...) di un unico istituto - la famiglia - che si presenta con morfologie differenti». Invece di utilizzare il sintagma «modelli familiari», l'autore preferisce il termine «famiglie». Ciò in quanto non sono apparse aggregazioni che specificano un «unico modello originario»; anzi esse «assolvono anche a funzioni non perfettamente coincidenti con la famiglia di stampo tradizionale». L'autore, per sua stessa ammissione, non si riferisce «al matrimonio, quale discrimine di questi diversi fenomeni, ma piuttosto alla possibilità di procreare tra *partners*, alla facilità con cui si può contrarre e con cui si può sciogliere il vincolo, all'assenza di obblighi (come quello di fedeltà) previsti invece per la famiglia tradizionale, alla possibilità di risiedere in sedi diverse, e così via, tutti aspetti che tendono a distinguere, piuttosto che unificare, le aggregazioni esaminate». Alpa ne trae una precisa conseguenza: eventuali lacune della disciplina delle unioni civili non sono superabili attraverso l'applicazione analogica della normativa sul matrimonio; come pure a quest'ultima non possono estendersi analogicamente soluzioni, magari più avanzate, contenute nella legge n. 76/2016. Su questo tema, delicatissimo, occorrerà riflettere, muovendo forse da una presa di posizione che non dovrebbe essere bollata come precomprensione: alla base del fenomeno familiare c'è un elemento costante e fortemente caratterizzante che consiste nella condivisione di un progetto di vita in comune basato sull'*affectio*. Se ciò è in grado di ren-

zati da un progetto di vita in comune, imperniato sull'*affectio* reciproco e, eventualmente, dalla condivisione della genitorialità.

Deve ammettersi che il legislatore, negli ultimi anni, non è stato inerte, ma ha emanato, come si è cercato di dimostrare, disposizioni significative che - se adeguatamente lette e coordinate - hanno posto le basi del cambiamento profondo che ha interessato la filiazione.

Il giudice, da parte sua, è stato spesso, in concorrenza con il potere politico, apparendo il protagonista principale - ma questo è il tratto fisiologico della nostra Repubblica - di soluzioni che, nel complesso, non sono da ritenere forzate né prevaricatrici delle prerogative del legislatore. Si pensi alla tutela possessoria del convivente *more uxorio* allontanato improvvisamente dalla casa familiare⁸⁰, al risarcimento del danno da uccisione del partner di vita⁸¹, alle questioni economiche che spesso solleva, in occasione della crisi, la contribuzione più o me-

dere simili due fenomeni aggregativi, si può anche ritenere che, in certi casi particolari, sia praticabile l'applicazione analogica. P. ZATTI, *Introduzione al convegno «Modelli familiari e nuovo diritto»*, cit., 1665, dimostra come il legislatore della legge sulle unioni civili, nonostante i suoi «accorgimenti», non sia riuscito a distinguere sostanzialmente il matrimonio dall'unione civile, meno che mai ad escludere quest'ultima dall'ambito familiare. Di conseguenza, secondo Zatti, ci sarebbe spazio per l'analogia *legis o iuris*. Ad ogni modo, in prospettiva *de jure condendo*, chi scrive crede che la dottrina e il legislatore dovranno lavorare ancora; non certo per appiattare nella medesima regola situazioni diverse, ma per ridurre talune diversità di disciplina soprattutto in materia di scioglimento del matrimonio e dell'unione (dove non si giustificano regole diverse) e di adozione (piena e in casi particolari in particolare, soprattutto quanto ai soggetti legittimati ad adottare). La riflessione sulle modifiche all'adozione è già a buon punto: cfr. l'analisi di R. PANE, *Delle adozioni e dintorni: spunti critici a margine della riforma della filiazione*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, cit., 13 ss. ed ivi ampi riferimenti bibliografici. In quest'opera di riforma che verosimilmente darà i suoi frutti nei prossimi anni, il legislatore dovrà stare più attento a non sovrapporre ideologie ai fenomeni sociali.

⁸⁰ Cass., n. 7214/2013, cit. Questa pronuncia ha indotto il legislatore, nel caso di rottura della convivenza di fatto, a regolare la condizione del convivente non proprietario e privo di altri diritti sulla casa di proprietà del *partner* in cui si svolgeva la convivenza. L'art. 1, co. 61, l. n. 76/2016 stabilisce che «Nel caso in cui la casa familiare sia nella disponibilità esclusiva del recedente [dal contratto di convivenza], la dichiarazione di recesso, a pena di nullità, deve contenere il termine, non inferiore a novanta giorni, concesso al convivente per rilasciare l'abitazione».

⁸¹ Cass., n. 2988/1994, in *Giust. civ.*, 1994, I, 1849 e Cass., n. 3654/2014, in *Corr. giur.*, 2014, 8-9, 1154, con nota redazionale di V. CARBONE, *Convivente more uxorio, uccisione del compagno e risarcimento del danno*. In linea con questa giurisprudenza che ammette la risarcibilità del danno patrimoniale e non patrimoniale al convivente di fatto per la morte del partner, il disegno di legge sulle unioni civili tra persone dello stesso sesso e sulla convivenza di fatto prevede all'art. 18 che «In caso di decesso del convivente di fatto, derivante da fatto illecito di un terzo, nell'individuazione del danno risarcibile alla parte superstite si applicano i medesimi criteri individuati per il risarcimento del danno al coniuge superstite». Ciò significa che la giurisprudenza declina la nozione di famiglia al plurale, sul presupposto del medesimo fondamento costituito dalla condivisione di un progetto di vita in comune retto da un profondo legame affettivo.

no proporzionata alle proprie sostanze, effettuata a beneficio della convivenza⁸².

Sulla rilevanza del legame affettivo con il minore, c'è un altro problema di cui è necessario discorrere: la sorte del rapporto creatosi tra il figlio e l'ex convivente *more uxorio* del genitore. Di ciò si tratterà nel paragrafo seguente.

6. LA FILIAZIONE DI FATTO NELLA CRISI DELLA FAMIGLIA E ASSEGNAZIONE DELLA CASA FAMILIARE. CENTRALITÀ DELL'INTERPRETE E CONVERGENZA DEGLI ORDINAMENTI EUROPEI.

La più recente evoluzione normativa e giurisprudenziale consente di affermare che fondamento dello stato di figlio sia, oltre la generazio-

⁸² Vasto è il contenzioso legato alla fine della convivenza *more uxorio*. Cfr.: Cass., n. 285/1989, in *Arch. civ.*, 1989, 498; Cass., n. 3713/2003, in *Giur. it.*, 2004, 3 (in *Leggi d'Italia on line*), con nota di P. DIGREGORIO, *Convivenza more uxorio e accensione: nuovi spunti di riflessione*; Cass., n. 11330/2009, in *Fam. e dir.*, 2010, 4, 380 ss., con nota di R. GELLI, *Il regime delle prestazioni di dare nella convivenza tra obbligazione naturale del solvens ed arricchimento senza causa dell'accipiens*; Cass., n. 9541/2010 (onere della prova nella domanda di restituzione di una somma di denaro prestata), in *Leggi d'Italia on line* e ivi in senso conforme Cass., n. 6295/2013; Cass., n. 7480/2013, in *Giur. it.*, 2013, 5, 727, con nota redazionale di V. CARBONE, *Unione di fatto, acquisto di immobile e successiva morte del convivente*. Più di recente cfr. Cass., n. 18632/2015, in *Giur. it.*, 2015, 12, 2566, con nota di A. POMPILIO, *Arricchimento senza causa, i presupposti dell'azione di ingiustificato arricchimento. Gli arricchimenti indiretti*, che conferma l'obbligo dell'ex convivente-accipiens di restituire all'ex compagno-solvens la somma da questi corrisposta per acquistare un immobile intestato soltanto al primo. La Corte ribadisce l'indirizzo consolidato secondo cui «è possibile configurare l'ingiustizia dell'arricchimento da parte di un convivente *more uxorio* nei confronti dell'altro in presenza di prestazioni a vantaggio del primo esulanti dal mero adempimento delle obbligazioni nascenti dal rapporto di convivenza - il cui contenuto va parametrato sulle condizioni sociali e patrimoniali dei componenti della famiglia di fatto - e travalanti i limiti di proporzionalità e di adeguatezza». In altri termini se la somma di denaro corrisposta (sia in unica soluzione o nel tempo) al convivente è proporzionata rispetto al proprio patrimonio e alle esigenze della convivenza, il solvens non può pretendere la restituzione dall'accipiens a seguito della rottura della convivenza. Diversamente vi è un indebito arricchimento dell'accipiens, il quale dovrà indennizzare il solvens (art. 2041 c.c.).

La legge n. 76/2016 sulle unioni civili e sulla convivenza di fatto prevede all'art. 1, co. 50, la facoltà per i conviventi di fatto di disciplinare «i rapporti patrimoniali relativi alla loro vita in comune». Il sintagma «vita in comune» deve essere inteso in senso ampio, comprensivo, quindi, anche di quelle pattuizioni che riguardano la crisi della convivenza di fatto. Crisi che può essere considerata come parte della vita in comune. Il legislatore si è comunque preoccupato della disgregazione della famiglia di fatto, prevedendo, sia pur entro precisi limiti, l'obbligo alimentare (art. 1 co. 65) e il diritto di permanere nella casa familiare per un tempo non inferiore a novanta giorni in caso di recesso unilaterale dal contratto di convivenza da parte del convivente proprietario (art. 1 co. 61). Quanto alla regolamentazione della vita in comune, l'art. 1, co. 53, stabilisce, senza il carattere della tassatività, che il contratto di convivenza può contenere la scelta del regime della comunione legale di cui alla sezione III del capo VI del titolo VI del libro primo del codice civile e «le modalità di contribuzione alle necessità della vita in comune, in relazione alle sostanze di ciascuno e alla capacità di lavoro professionale o casalingo».

ne, il legame affettivo con chi si è comportato come fosse il genitore. Ipotesi emblematica è l'adozione in casi particolari da parte dell'omosessuale (o dell'eterosessuale) convivente con il genitore dell'adottando [art. 44, co. 1. lett. a) e d)] sopra esaminata.

Tale legame, come già rilevato in queste pagine, è decisivo anche per giustificare la conservazione dello stato non veridico di figlio. E ancora: è sempre la sussistenza di un solido e duraturo rapporto affettivo ad evitare, secondo la Corte costituzionale, la decadenza dalla responsabilità genitoriale quale pena accessoria *ipso iure* a fronte del compimento di certi reati.

La fattispecie concreta che si intende esaminare adesso è diversa da queste ultime. Essa non riguarda la costituzione dello stato di figlio, né pone un problema di conservazione del medesimo, neppure sotto il profilo dei poteri genitoriali. Ma è forse ancor più significativa, perché induce a interrogarsi sulla rilevanza giuridica della filiazione di fatto di per sé, al di fuori dello *status filiationis* già costituito o che si intenda costituire tramite l'adozione.

Nel repertorio della giurisprudenza italiana vi è il seguente caso. Una coppia di donne conviventi condivide un progetto di genitorialità. Una delle due partorisce un figlio legato geneticamente alla compagna (che ha fornito gli ovuli) e a un terzo donatore anonimo del seme. Il nato acquisisce lo stato di figlio della donna che conduce a termine la gravidanza e viene cresciuto da entrambe le donne. Dopo qualche anno la coppia entra in crisi e la madre giuridica (quella che ha partorito) lascia la casa familiare con il proprio figlio, per vivere altrove, impedendo i rapporti con l'altra donna che aveva assunto e svolto il ruolo di madre sociale.

Secondo la giurisprudenza di merito⁸³, non univoca nella soluzione, è comunque meritevole di tutela - ed è ciò che interessa sottolineare maggiormente - il rapporto di fatto tra il minore e chi abbia assunto i doveri del genitore, pur non essendolo secondo l'ordinamento italiano. Sulla giuridicità del legame affettivo e di vita con il minore non occorre soffermarsi ulteriormente; gli indici normativi di esso sono stati già richiamati ed esplicitati, anche con riguardo a quella giurisprudenza che li ha utilizzati nell'*iter* argomentativo (cfr. in particolare *supra* § 4 e cap. I-§§ 12-13).

Il nodo da sciogliere è un altro: attiene all'individuazione dell'istituto in grado di valorizzare l'istanza del genitore sociale di vedere re-

⁸³ Trib. Palermo, decr. 6.4.2015, in *Fam. e dir.*, 2016, 1, 40 ss., con nota di A. ARDIZZONE, *La convivenza omosessuale e il ruolo del genitore sociale in caso di PMA*; Corte App. Palermo, ord. 31.8.2015, in *Leggi d'Italia on line* (ivi testo integrale dell'ordinanza) non condivide la soluzione del giudice di prime cure, pur ritenendo giuridicamente rilevante l'interesse del minore fatto valere in giudizio. La Corte, ritenendo inapplicabile al caso concreto l'art. 337-ter, co. 1, c.c., ne solleva la questione di legittimità costituzionale.

golati giudizialmente i tempi di frequentazione con il minore. Ciò non già per soddisfare primariamente un interesse dell'adulto, che difficilmente troverebbe sicuro riscontro nella normativa, ma per attuare posizioni giuridiche soggettive del minore. È, infatti, nell'interesse esclusivo di quest'ultimo che deve essere garantito lo svolgimento degli incontri con chi, di fatto, abbia svolto il ruolo del genitore.

L'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 337-ter, co. 1, c.c. si espone, come vedremo, ad alcuni rilievi critici. Ad ogni modo è stato ritenuto⁸⁴ che «il diritto [del figlio] di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori», possa avere come soggetto di riferimento anche il genitore sociale. L'articolo appena richiamato - si osserva - non limita la rilevanza della relazione filiale a quella con il genitore biologico. Il potere che l'art. 337-ter, co. 2, c.c. attribuisce al giudice di «adottare ogni altro provvedimento relativo alla prole» comprenderebbe anche la regolazione giudiziale dei tempi di frequenza tra il minore e il genitore sociale.

Ci sarebbe spazio, pertanto, per un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 337-ter c.c., incentrata sui seguenti tre rilievi: 1) il diritto al rispetto della propria vita privata e familiare di cui all'art. 8 Cedu contempla, come ha rilevato la Corte EDU, anche il diritto dei genitori e dei figli di mantenere tra loro stabili relazioni in caso di crisi di coppia; ciò vale anche qualora vi sia una relazione familiare di mero fatto tra l'adulto e il minore; 2) il principio di diritto interno e sovranazionale del superiore interesse del minore, come applicato dalla Corte EDU, concorre a riconoscere valore giuridico al rapporto tra il partner (che non abbia procreato) e i figli biologici dell'altro; 3) il diritto all'identità personale della prole, essendo dinamico e relazionale, si inverte attraverso la relazione con i genitori biologici, ma anche sociali⁸⁵.

Il tribunale che ha applicato l'art. 337-ter c.c. sottolinea che, con la propria decisione, ha inteso non già introdurre un nuovo diritto dei minori, ma garantire tutela giuridica a uno stato di fatto senz'altro ri-

⁸⁴ Trib. Palermo, decr. 6.4.2015, cit.

⁸⁵ Nel procedimento deciso dal tribunale di Palermo è emerso che i gemelli, nati dalla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, si erano legati affettivamente alla compagna della loro madre genetica durante la convivenza durata sei anni. Secondo il consulente tecnico d'ufficio i minori avevano perfettamente elaborato la loro storia familiare. Entrambi parlavano di due madri parimenti importanti nella loro vita, essendo consapevoli del modo in cui erano stati generati. G. RECINTO, *Le genitorialità. Dai genitori ai figli e ritorno*, cit., 103-104., ritiene praticabile l'interpretazione sistematica e costituzionalmente orientata dell'art. 337-ter c.c., così che quest'ultimo articolo possa dare rilievo anche ai rapporti di tipo genitoriale non fondati su vincoli di sangue, come sono quelli con il genitore sociale. Perciò il giudice, esercitando il potere di emanare «ogni altro provvedimento relativo alla prole, ivi compreso, in caso di temporanea impossibilità di affidare il minore a uno dei genitori, l'affidamento familiare» (co. 2), potrà senz'altro valorizzare il legame affettivo e di vita con il genitore sociale.

levante nell'ordinamento. Questa condivisibile osservazione rivendica uno spazio creativo dell'interprete, il quale non si sostituisce al legislatore, ma crea comunque diritto, pur necessariamente all'interno del sistema giuridico, essendo assoggettato alla legge (interna e sovranazionale). Il legislatore, invece, entra nell'ordinamento dall'esterno, non avendo alcun vincolo se non quello di rispettare principi e regole poste dalla Costituzione e dal diritto sovranazionale (art. 117 Cost.).

Se, quindi, si deve ammettere che il legame creatosi con il partner del genitore rileva giuridicamente nel contesto della crisi della coppia, solleva ugualmente forti dubbi la soluzione giudiziale di ricondurlo nell'art. 337-ter c.c. L'interpretazione estensiva del lemma «genitori» di cui al comma 1 alla figura del genitore sociale è una forzatura per le seguenti ragioni. Il diritto di «mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori» viene attuato, nel disegno del legislatore, prevalentemente attraverso l'istituto dell'affido condiviso, che è strettamente legato all'esercizio della responsabilità genitoriale⁸⁶, potere, questo, agganciato allo *status filiationis*.

Ciò che si deve salvaguardare nella genitorialità di fatto è, invece, la sola conservazione del rapporto, divenuto essenziale per il minore, con chi si sia comportato come fosse genitore. L'interesse giuridico rilevante è di poter beneficiare della frequentazione con siffatta figura, equiparabile al genitore giuridico, nonostante gli ostacoli frapposti in concreto dal genitore giuridico.

Profilo diverso e ulteriore alla fattispecie *de qua* è, invece, quello della responsabilità genitoriale, che non spetta a chi non sia genitore giuridico, salvo quanto previsto dall'art. 5 l. n. 184/1983.

Gli artt. 337-ter ss. c.c. sono insomma inapplicabili al genitore sociale, proprio perché postulano il potere di esercitare la responsabilità genitoriale. Se il giudice riconoscesse al genitore sociale le prerogative del genitore giuridico, egli introdurrebbe nell'ordinamento una nuova situazione giuridica soggettiva riferibile non già al minore ma all'adulto e non desumibile con le tecniche ermeneutiche. Egli assumerebbe le vesti del legislatore. Non è un caso che il tribunale di Palermo si sia limitato a garantire gli incontri con la compagna della madre, senza entrare nel merito dell'esercizio della responsabilità genitoriale, che, evidentemente, continua a spettare soltanto alla donna che ha partorito (art. 269, co. 3, c.c.).

L'art. 337-ter c.c. è fuori fuoco rispetto al caso di specie, essendo tutta la normativa del capo II del titolo IX del libro primo del codice

⁸⁶ La condivisione della genitorialità, nonostante la crisi della coppia sposata o convivente *more uxorio*, comporta, di regola, l'esercizio congiunto dei poteri da parte dei genitori quali rappresentanti legali del figlio. Persino quando l'affido è esclusivo, il legislatore, con l'intervento del 2013, ha inteso valorizzare la conservazione del potere di concorrere alle decisioni sulle questioni di maggior interesse per la vita del figlio in capo a quel genitore che è stato escluso dall'affidamento (art. 337-*quater*, co. 3, c.c.).

civile imperniata sull'affidamento condiviso e sull'esercizio della responsabilità genitoriale (cfr. anche l'art. 337-*quater*, co. 3, c.c.).

Per garantire la conservazione del rapporto con il genitore sociale, percepito dal minore come seconda figura genitoriale, si è affacciata un'altra soluzione, accolta dalla Corte costituzionale⁸⁷, più rispettosa della struttura e delle finalità dei diversi istituti potenzialmente coinvolti. La Consulta ha ben presente che l'interesse da proteggere non è quello all'equiparazione giuridica del genitore sociale al genitore naturale o adottivo (nei cui confronti si instaura lo *status filiationis*), bensì di vedere garantita la conservazione del rapporto, diventato significativo, con il fanciullo, similmente a quanto accade con i parenti e con gli ascendenti di ciascun ramo genitoriale ai sensi dell'art. 337-*ter*, co. 1, c.c.

A tal fine non è applicabile l'art. 337-*ter* c.c., il quale non contempla rapporti con soggetti che non siano i genitori naturali o i parenti. Ciò nonostante non vi è un vuoto di tutela. La condotta del genitore che ostacola la frequentazione del minore con l'adulto diventato per il primo un punto di riferimento indispensabile è riconducibile nella fattispecie legale di cui all'art. 333 c.c.

Il giudice, attraverso l'adozione dei «provvedimenti convenienti», può stabilire un calendario di incontri con chi, nella sostanza, abbia assunto il ruolo di secondo genitore. Il relativo procedimento dinanzi al tribunale per i minorenni è attivato non già dal genitore sociale, ma dal pubblico ministero, soggetto legittimato a presentare il ricorso (art. 336, co. 1, c.c.), indotto ad agire in giudizio proprio dal genitore sociale, il quale ritenga dannoso per il minore l'interruzione brusca dei rapporti con sé medesimo.

Sulla decisione giudiziale influisce l'ascolto del minore, che dovrà essere disposto, salvo in alcune ipotesi (art. 336-*bis* c.c.), se egli abbia compiuto dodici anni o se, pur essendo di età inferiore, sia capace di discernimento. L'incidenza delle dichiarazioni del minore nella decisione dell'organo giudiziario è stata già indaga in termini generali

⁸⁷ Corte cost., sent. n. 225/2016 (rel.: M. R. Morelli), in *Guida al dir.*, 2016, 45, 67 ss., dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 337-*ter* c.c. sollevata dalla Corte d'Appello di Palermo, ord. 31.8.2015, cit., con riferimento agli artt. 2, 3, 30, 31 e 117 Cost. [quest'ultimo con riguardo all'art. 8 (Cedu)], «nella parte in cui [...] non consente al giudice di valutare, nel caso concreto, se risponda all'interesse del minore conservare rapporti significativi con l'ex partner del genitore biologico». La Corte d'Appello palermitana, nel ritenere impraticabile l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 337-*ter* c.c., ne ravvisa l'incostituzionalità perché lesivo: a) dei principi di ragionevolezza e di uguaglianza (art. 3 Cost.); b) del diritto del minore a una famiglia (artt. 2, 30 e 31 Cost.) e, nella specie, a mantenere rapporti significativi con l'ex partner del genitore biologico, anche se si tratti di famiglie omogenitoriali; c) del diritto dei genitori, dei figli e di altri soggetti uniti da relazioni familiari di fatto a mantenere stabili relazioni, anche nell'ipotesi di crisi della coppia, avuto riguardo sempre al preminente interesse del minore (art. 8 Cedu).

(cfr. *supra* cap. II-sez. I, § 6). Va soltanto sottolineato che, nella specifica fattispecie in esame, l'ascolto è uno strumento nelle mani del giudice particolarmente delicato e potenzialmente decisivo per stabilire l'intensità del legame.

Si deve concludere che, nel caso sopra trattato, applicare l'art. 333 c.c. invece dell'art. 337-ter c.c. sia la soluzione più corretta, perché l'atipicità della tutela codificata dalla seconda disposizione consente di salvaguardare il diritto fondamentale del minore di continuare la relazione familiare, sorta e consolidatasi durante la convivenza (art. 8 Cedu), senza necessità di estendere l'istituto dell'affidamento condiviso.

L'art. 333 c.c. è in grado di recepire quella linea di sviluppo più recente del sistema della filiazione, in cui il rapporto di fatto non rimane sempre tale, ma assurge alla dimensione della giuridicità, pur senza confluire nello *status*.

Il ragionamento deve essere spinto oltre, coinvolgendo la questione dell'assegnazione della casa familiare (art. 337-sexies c.c.), nel caso in cui il minore sia figlio di uno soltanto dei membri della coppia in crisi. Il fatto che la coppia sia sposata o abbia costituito una unione civile o abbia convissuto *more uxorio* è circostanza non incidente sulla soluzione che si intende accogliere.

È utile ricordare che la Cassazione ha assunto un orientamento consolidato (prima della riforma 2012/2013)⁸⁸, il quale, alla luce della rilevanza giuridica della filiazione di fatto, dovrebbe essere rimeditato. I Supremi giudici hanno delineato una stretta connessione tra *status* di figlio, responsabilità genitoriale e assegnazione della casa familiare. Ne consegue che se, con riguardo ad una fattispecie concreta, il primo elemento sussiste soltanto nei confronti di uno dei componenti della famiglia in crisi (matrimoniale, in unione civile o in convivenza di fatto), non vi potrà essere assegnazione della casa. Tale provvedimento giudiziale postula, secondo la Cassazione, che i soggetti nel cui interesse è previsto l'istituto *de quo* - minorenni o maggiorenni conviventi economicamente non autosufficienti - siano figli di entrambi i genitori.

Questa soluzione è formalistica e non può valere in assoluto, non tenendo minimamente conto del diverso quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento. Dal quale risalta la rilevanza del legame affettivo tra chi si è comportato come fosse genitore e il figlio del coniuge o

⁸⁸ Cass., n. 20688/2007, in *Fam. e dir.*, 2008, 3, 241 ss., con nota di L. A. MARCHIONDELLI, *L'assegnazione della casa familiare quale strumento di tutela dei figli di entrambi i coniugi*, afferma come «possa ormai dirsi consolidata [quella giurisprudenza che] consente il sacrificio della posizione della coniuge titolare di diritti reali o personali sull'immobile adibito a residenza familiare, mediante assegnazione di siffatta abitazione in sede di divorzio all'altro coniuge, solo alla condizione dell'affidamento a quest'ultimo di figli minori (...)». In senso conforme cfr. anche Cass., n. 18863/2011, in *Fam. e dir.*, 2012, 6, 579 ss., con nota di A. VESTO, *Affidamento condiviso e assegnazione della casa familiare in caso di rottura della convivenza more uxorio*.

del soggetto in unione civile o del convivente di fatto. Tant'è che la dottrina più accorta, nonostante il tentativo legislativo (l. n. 76/2016) mal riuscito di distinguere tra famiglie e formazioni sociali, sottolinea come l'ordinamento giuridico abbia attribuito rilievo alla famiglia degli affetti⁸⁹.

Da ciò deve desumersi la legittimità, a certe condizioni, del provvedimento giudiziale di assegnazione della casa familiare, anche qualora il minore sia figlio soltanto di uno dei membri della famiglia in crisi, ossia di colui che non è proprietario dell'immobile.

Se il minore, cresciuto in quell'immobile, ha sviluppato, stabilmente e nel tempo, un rapporto di profondo affetto con l'altro soggetto, proprietario del bene, il quale si è assunto i doveri genitoriali di cui all'art. 30 della Costituzione, si deve ammettere l'assegnazione della casa al genitore giuridico non proprietario. In tale situazione fattuale, il giudice non può pregiudicare l'interesse del figlio a permanere nell'habitat domestico di cui egli abbia fruito insieme alle figure genitoriali di riferimento.

Questa soluzione - preme sottolinearlo - è sostenibile ove si ammetta, come si è ritenuto in queste pagine, che la filiazione possa assumere rilevanza giuridica a prescindere dalla generazione.

Occorrerebbe allora riflettere su una lacuna della disciplina sulla filiazione, che dovrebbe essere eliminata dal legislatore, ma sulla quale l'interprete non può esimersi dal proporre una soluzione. Il genitore sociale che rimane tale è privo della responsabilità genitoriale. Ma ciò non è congruente quantomeno nel caso in cui vi sia un legame genetico tra il nato e la seconda madre (quella che abbia donato gli ovuli) in un contesto di originaria condivisione del progetto di genitorialità.

La responsabilità genitoriale è legata allo stato di figlio; stato che, salvo il caso dell'adozione in casi particolari da parte dell'omosessuale

⁸⁹ F. PROSPERI, *Parentela e famiglia nel prisma dell'unicità dello stato di filiazione*, cit., 129, osserva come sia difficile «racchiudere il fenomeno familiare entro un unico schema predeterminato. Anche se ciò fosse possibile, si dovrebbe poi dubitare dell'opportunità di una tale operazione, risultando la variabilità strutturale della famiglia funzionale alle spinte provenienti dalla dinamica sociale». L'autore coglie nel segno, invitando implicitamente il legislatore a non ergersi a soggetto da cui promani il concetto di famiglia, essendo quest'ultima un fenomeno sociale in costante evoluzione, anche per effetto della circolazione delle persone e della tutela multilivello dei diritti fondamentali. Come negare allora che debba essere qualificata famiglia quella monoparentale, convivente, ricomposta o omosessuale a prescindere dallo schema in cui essa sia stata formalizzata? Anche E. AL MUREDEN, *Lo scioglimento dell'unione civile tra rapporto di coppia e ruolo del "genitore sociale"*, cit., 1703, soprattutto da alcune pronunce giudiziali sulla *stepchild adoption*, sulla trascrivibilità dell'atto di nascita validamente formato all'estero e sulla regolazione giudiziaria dei rapporti tra il figlio del *partner* e il genitore di fatto (sopra nel testo esaminata), ricava una valorizzazione dei «vincoli che si instaurano tra soggetti non legati da una comune derivazione biologica» e, di conseguenza, un «rilevato [della] famiglia degli affetti».

(cfr. *supra* § 4), postula la diversità di sesso dei genitori⁹⁰. Ma la rilevanza giuridica del rapporto di filiazione di fatto e l'assunzione della responsabilità quale fondamento della filiazione (artt. 244, co. 4, 263 co. 3 c.c. e art. 9, co. 1, l. n. 40/2004) dovrebbero indurre il legislatore a stabilire che la responsabilità genitoriale spetti anche al genitore sociale che si sia assunto la responsabilità della nascita in forza di un accordo di condivisione della genitorialità⁹¹. In tal modo una linea evolutiva già avanzata verrebbe, coerentemente, spinta oltre⁹².

A dire il vero il legislatore dovrebbe considerare anche altri casi. La responsabilità e i doveri genitoriali non possono mancare neppure quando, nell'ambito di una famiglia ricomposta, il nuovo coniuge o soggetto in unione civile o convivente di fatto del genitore abbia avuto cura, per un certo tempo, del figlio del consorte o dell'altra parte in unione civile o del partner, assumendo sostanzialmente tutti i doveri genitoriali. Qualora intervenga separazione personale, scioglimento dell'unione civile o cessazione della convivenza di fatto con il genitore del minore, non è tollerabile che il genitore di fatto, divenuto punto di riferimento nella vita del fanciullo, si sottragga ad ogni dovere nei confronti di quest'ultimo in ragione della crisi di coppia.

La genitorialità di fatto deve rilevare giuridicamente anche quando chi abbia svolto il ruolo di genitore, pur non avendo generato, decida di non occuparsi più del minore⁹³. Su quest'ultima fattispecie occorre-

⁹⁰ L'art. 5 l. n. 40/2004 (norma in materia di procreazione medicalmente assistita) consente l'accesso alla procreazione assistita anche alle coppie conviventi, purché di sesso diverso.

⁹¹ La Corte cost., n. 225/2016, cit., confermando la costituzionalità dell'art. 337-ter c.c. e la *regula iuris* secondo cui genitore è soltanto quello che ha procreato e nei cui confronti si sia costituito lo stato di figlio, nega, nella sostanza, che l'istituto della responsabilità genitoriale possa essere scisso dallo *status filiationis*. Ad ogni modo, la soluzione della Consulta consente al genitore sociale, privo della responsabilità genitoriale, di indurre il pubblico ministero ad agire in giudizio qualora egli, nel corso della frequentazione del minore disposta dal giudice, dovesse reputare pregiudizievoli per il minore stesso talune decisioni/condotte del genitore giuridico (artt. 333 e 336, co. 1, c.c.).

⁹² Ad ogni modo, stando al diritto positivo, il genitore sociale, attraverso una sollecitazione ad agire del pubblico ministero (art. 336, co. 1, c.c.), può contrastare l'esercizio della responsabilità genitoriale che egli ritenga pregiudizievole per il minore.

⁹³ D. MESSINETTI, *Diritti della famiglia e identità della persona*, cit., 8 (versione in *Leggi d'Italia on line*), coglie il problema, chiedendosi, con una domanda retorica, se chi abbia svolto di fatto il ruolo del genitore, diventando un punto di riferimento per il minore, orfano del padre, «possa liberarsi da ogni responsabilità genitoriale semplicemente divorziando» dalla propria moglie, madre del minore in questione. L'autore, trasportate acutamente nella dimensione giuridica alcune considerazioni svolte da Zygmunt Bauman nel volume «La società sotto assedio», auspica «una stagione nella quale i rapporti interpersonali valgano per il diritto indipendentemente dalla loro istituzionalizzazione o formalizzazione. E siano, così, ricondotti nell'alveo di una giuridicità "mite", ma inesorabile ed efficiente, che opera nel senso di attribuire ai singoli, anche in un orizzonte relazionale "liquido", diritti e responsabilità personali precisi e precosti-

rebbe un intervento del legislatore, che recepisce i presupposti della genitorialità di fatto - enucleati in questa ricerca - e i doveri che ne scaturiscono.

Ad ogni modo, stando al diritto positivo, si potrebbe giustificare comunque, attraverso un'interpretazione sistematica e assiologica, un obbligo di mantenimento a carico del genitore sociale che all'improvviso smetta di occuparsi del minore.

Nelle pagine che precedono è emerso come la genitorialità non dipenda più soltanto dalla generazione, né sia del tutto condizionata dal principio della verità della filiazione. Essa è legata anche all'assunzione della responsabilità della crescita di un minore. Da questa circostanza che esprime la genitorialità per volontà individuale non si torna indietro, come dimostrano, solo per richiamare due disposizioni di legge, l'art. 244, co. 4, c.c. e l'art. 263, co. 3 ultimo periodo, c.c. Conseguentemente deve anche ammettersi il rimedio risarcitorio, qualora l'abbandono del minore da parte del genitore sociale determini una lesione dell'identità dello stesso, sconvolgendone la qualità dell'esistenza quotidiana.

A questo punto dell'indagine può ribadirsi come la filiazione si sia arricchita di un profilo ulteriore rispetto a quello della generazione quale presupposto della costituzione dello *status filiationis*: la rilevanza del rapporto di fatto. Rilevanza che può inverarsi attraverso istituti o regole diverse. L'art. 333 c.c., come dianzi rilevato, fa sì che la crisi della convivenza *more uxorio* non pregiudichi il minore, consentendogli di conservare il rapporto con il genitore sociale, interrotto per volontà arbitraria del genitore giuridico.

Inoltre, con riguardo a un'altra questione, si giustifica pienamente il riconoscimento da parte dell'Italia dello stato di figlio legittimamente formato in uno Stato estero, ma in contrasto con una norma imperativa dell'ordinamento italiano [(ad es. quella sul divieto di surroga di maternità), cfr. *amplius supra* cap. II-sez. II, §§ 8 e 10].

Ancora: l'adozione in casi particolari può essere disposta, nell'interesse del minore, a favore del compagno omosessuale convivente con il genitore.

La rilevanza del rapporto assimilabile a quello genitoriale si desume non solo dalle disposizioni di diritto interno e sovranazionale già esaminate, ma anche dal diritto all'identità personale che verrebbe leso da un'impostazione restrittiva del fondamento della filiazione, tutto imperniato sulla derivazione biologica. Senza dimenticare il principio del preminente interesse del minore, che orienta e contribuisce a sor-

tuiti». Messinetti ha ben colto problemi che successivamente al suo scritto si sono imposti con evidenza all'attenzione non solo dei giuristi. L'interprete e il legislatore non possono consapevolmente ignorarli, in difesa di una supposta unicità o superiorità di una determinata concezione di famiglia, la quale non beneficia di alcun appiglio normativo.

reggere la soluzione di problemi non espressamente risolti dal legislatore.

Si può insomma affermare che genitore non sia soltanto, secondo l'etimologia latina della parola, colui che genera, ma anche chi, per aver accudito il minore, diventa una figura imprescindibile di riferimento, contribuendo a una crescita equilibrata.

Non si può fare a meno di sottolineare una volta di più che, nella pos-modernità, è l'interprete a far emergere la rilevanza giuridica del rapporto tra il minore e chi abbia assunto nel tempo un'importanza paragonabile a quella propria del genitore genetico nei cui confronti si sia costituito lo stato di figlio. In un contesto in cui non vi è una disposizione di legge entro cui sussumere le diverse fattispecie concrete sopra trattate, è l'interpretazione sistematica e assiologica a dovere giustificare una soluzione convincente, tale da suscitare la più ampia condivisione da parte della dottrina e della giurisprudenza, così da eliminare la variabilità della decisione giudiziale.

La centralità dell'interprete nel ricostruire la regola idonea a governare il caso concreto è un dato storicamente significativo, che richiama la riflessione di diversi giuristi⁹⁴, tra cui soprattutto quella di Paolo Grossi. Il quale ha parlato di «ripensamento ermeneutico»⁹⁵, quale considerevole novità del Novecento, secolo ricco di rivolgimenti nel campo giuridico. L'insigne studioso vuol sottolineare come si sia passati da un interprete fedele esegeta del testo normativo - così nel diritto borghese nato dalla rivoluzione francese - a un protagonista nel procedimento interpretativo che scorge la giuridicità del fatto.

L'interprete, non più mera *bouche de la loi*, è dentro il circolo ermeneutico, perché è l'artefice della norma applicabile al caso concreto. Egli non solo disvela il significato della disposizione di legge, rendendo esplicito ciò che era implicito, ma attraverso l'argomentazione crea la norma, cioè il diritto oggettivo⁹⁶, applicando regole e principi e tenendo fede alla coerenza evolutiva del sistema giuridico.

⁹⁴ G. BENEDETTI, *Oggettività esistenziale dell'interpretazione*, cit., *passim*; A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2013, 3-27 e 401 ss.

⁹⁵ P. GROSSI, *Il diritto civile alle soglie del terzo millennio*, cit., 479.

⁹⁶ A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, cit., 11 ss., argomenta con acutezza e realismo la tesi secondo cui l'argomentazione interviene nella produzione del diritto oggettivo. Egli muove da una considerazione: «il legislatore controlla solo la produzione dei testi normativi», e non già la produzione delle norme. Gli *jura* (che sono diversi dall'enunciato legale) «nascono soltanto nell'opera di interpretazione ed applicazione compiuta dagli altri poteri della tripartizione tradizionale. Anche la cosiddetta interpretazione autentica non è che giustapposizione di nuovi enunciati ai vecchi» (p. 13). Una limitata influenza del legislatore sulla individuazione delle norme certamente esiste e si ha attraverso la codificazione delle regole sull'interpretazione (art. 12 disp. prel. c.c.). Ma - continua Gentili - l'interprete può sfuggire finanche al significato proprio e letterale delle parole, traendo significati abroganti o correttivi del testo che egli esamina dalle disposizioni gerarchicamente sovraordinate. L'autore, con quell'intelligente e

Afferma Grossi che il testo di legge «reca in sé una normatività potenziale che attende - per compiersi - di intrecciarsi con i fatti di vita degli utenti. Ed emerge in tutta la sua vitalità giuridica quel momento interpretativo/applicativo, che la dogmatica costituzionale borghese aveva espunto dal processo formativo del diritto che, al contrario, sembra essere il vero momento perfezionativo, compimento perfezionante del procedimento, interno al procedimento stesso»⁹⁷. Queste parole sottolineano con straordinaria efficacia il rovesciamento culturale che c'è stato: non è più la norma che dall'alto modella i fatti, ma sono questi ultimi a svelare il significato della prima, a chiarirne l'ambito applicativo e, quindi, a modellarla. Da qui la posizione di assoluto spicco dell'interprete.

Ma l'interprete non può tutto e il legislatore deve fare la sua parte, sviluppando la legislazione interna in armonia con l'evoluzione del diritto europeo, guardando anche alle discipline degli altri Stati dell'Unione. Occorre studiare anche il diritto di altri Paesi, almeno europei, perché l'Unione ha posto al centro della sua azione la persona e si è dotata di una Carta dei Diritti Fondamentali. Ci deve essere una sinergia tra il diritto europeo e il diritto degli Stati, che il giurista deve contribuire a costruire.

I diritti fondamentali devono essere garantiti in tutti gli Stati membri dell'Unione. I quali dovrebbero, di conseguenza, avvicinare le normative sulla famiglia, senza naturalmente forzare la propria cultura e le tradizioni, o quanto meno accogliere interpretazioni che facilitino il riconoscimento di certi assetti familiari altrove realizzati, senza frapporre l'ostacolo della contrarietà all'ordine pubblico⁹⁸.

Questa convergenza verso soluzioni e regolamentazioni simili, magari accogliendo un sistema di regole e principi uniformi⁹⁹, è già in parte avvenuta, perché esiste un consistente patrimonio giuridico co-

brillante rigore che contraddistingue le sue opere, supera di slancio gli argomenti con i quali taluno intende «far apparire secondaria e derivata l'argomentazione e primaria e originaria la fonte» (pp. 17-19) e approda alla convinzione dell'«argomentazione come fonte» - certo non formale - di produzione della norma. Ma Gentili si spinge oltre, mettendo in discussione il primato delle fonti formali, cioè l'idea che, senza i testi di legge, gli *jura* sarebbero soltanto un'opinione. In realtà egli sostiene che la legittimità della normazione riposa su argomenti. E qui il discorso si concentra sulla necessaria presenza dell'argomentazione sia a livello sia microsistemico (della decisione del giudice) che macrosistemico (della gerarchia delle fonti).

⁹⁷ P. GROSSI, *op. ult. cit.*, 479-480.

⁹⁸ Cass., n. 19599/2016, *cit.*

⁹⁹ V. SCALISI, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia a oggi*, *cit.*, 1296 ss., e S. PATTI, *Note sulla formazione del diritto europeo della famiglia*, in *Un nuovo diritto di famiglia europeo*, a cura di C. Andrini, Padova, 2007, 159 ss., svolgono considerazioni di grande interesse sulla questione della dimensione europea del diritto di famiglia. Entrambi ritengono - è opportuno sottolinearlo - che le fondamenta dell'Unione europea, ossia la condivisione di valori comuni e la centralità della persona, dovrebbero stimolare gli Stati membri e le Istituzioni europee a collaborare per av-

mune a diversi Paesi¹⁰⁰. Ma essa va ampliata e perfezionata nell'interesse del cittadino europeo, anche e soprattutto minore di età.

Le seguenti acquisizioni sono largamente condivise: 1) non è solo il matrimonio a dare origine alla famiglia come, invece, si affermava ben oltre la seconda metà del secolo scorso; 2) il matrimonio non è il presupposto indispensabile per la costituzione di un rapporto di filiazione *pleno iure*, stante il principio dell'unicità dello stato di figlio; 3) l'assunzione della responsabilità genitoriale (cioè il comportarsi come se si fosse genitore) può essere, in certi casi, elemento sufficiente a costituire, nei modi di legge, il rapporto di filiazione; 4) la diversità di sesso non è condizione di esistenza del matrimonio, né della rilevanza della relazione di coppia; 5) la vita familiare non si fonda soltanto sul coniugio o sul vincolo di parentela, ma anche sul legame affettivo consolidato e duraturo tra adulto e minore.

Dilaga nei paesi europei la pluralità dei modelli familiari, nel senso che la famiglia si struttura diversamente, con riguardo sia al rapporto che lega la coppia (matrimonio etero o omosessuale, famiglie ricomposte, convivenze etero e omosessuali, unioni civili) sia alla rilevanza della filiazione (genetica, di fatto, con due genitori di sesso diverso o dello stesso sesso, con un genitore).

7. TUTELA RISARCITORIA E DIRITTO DI FAMIGLIA: IL DANNO DA OMESSO MANTENIMENTO E RICONOSCIMENTO DEL FIGLIO.

Tra gli strumenti di tutela del rapporto di filiazione si possono distinguere quelli già esaminati volti a *consolidarlo*, attraverso la costituzione dello stato di figlio (art. 44 l. n. 184/1983) o il riconoscimento da parte della magistratura italiana dello *status filiationis* legittimamente formato all'estero [artt. 16, co. 1, 64 let. g) e 65 l. n. 218/

vicinare le legislazioni in materia di diritto di famiglia e per elaborare quanto meno principi comuni che possano agevolare la circolazione delle persone e dei diritti fondamentali.

¹⁰⁰ C. SARACENO, *Coppie a famiglie. Non è questione di natura*, cit., 113 ss., nell'ultimo capitolo della monografia (intitolato «*Cambiamenti recenti nei modi di fare famiglia in Europa e nel mondo occidentale. Uno sguardo d'insieme*») afferma come il ventesimo secolo sia stato caratterizzato «da più chiari fenomeni di convergenza» (p. 113), sotto il profilo sia dei nuovi modi con cui i consociati hanno dato vita alla famiglia, sia, conseguentemente, dell'avvicinamento delle legislazioni. Permangono, tuttavia, talune differenze su punti importanti della disciplina del diritto di famiglia, quali, ad esempio, il concetto di famiglia desumibile dalle diverse legislazioni nazionali, l'accessibilità all'adozione e alla procreazione medicalmente assistita. Queste diversità emergono in tutta la loro rilevanza di fronte al fenomeno della migrazione delle famiglie e del riconoscimento/disconoscimento dei diritti e degli *status personae* acquisiti in un altro Paese europeo o extra-UE. Su questa realtà gli Stati devono ulteriormente lavorare, impegnandosi per consentire alla famiglie di circolare senza soluzione di continuità quanto al riconoscimento di diritti e di *status* (cfr. p. 123 ss. sui problemi che il diverso concetto di famiglia determina nell'attuazione del ricongiungimento familiare).

1995]. In altri casi viene, invece, in rilievo l'esigenza di *ripristinare* le corrette dinamiche della relazione filiale (artt. 330-334 c.c., artt. 337-ter ss. c.c.) o di *conservarle* mediante la regolazione giudiziale degli incontri con il genitore sociale, resa indispensabile a seguito della crisi della convivenza *more uxorio* (art. 333 c.c.). Altre volte ancora vi è la necessità di *proteggere* l'incolumità del minore (342-bis-342-ter c.c.).

In tutte queste fattispecie la filiazione esiste già o perché vi è lo stato di figlio o in ragione della rilevanza del legame filiale di fatto. L'ordinamento interviene salvaguardando lo stato di figlio, la relazione positiva tra genitore sociale e minore o proteggendo l'integrità fisica o morale di quest'ultimo (con gli ordini di protezione, cfr. *supra* cap. V-sez. I § 9).

Ulteriori casi sfuggono agli istituti e alle misure già esaminate, che si attagliano alla filiazione in essere o che si intende costituire. Interessa soffermarsi nel prosieguo di questo paragrafo sulla situazione in cui non vi è lo stato di figlio né è sorto il rapporto di filiazione a causa del mancato riconoscimento e del disinteresse da parte del padre (art. 250 c.c.).

Ancora diversa, ma sempre oggetto della nostra indagine, è l'ipotesi in cui il genitore non adempie all'obbligo di mantenimento del figlio o al provvedimento giudiziale con riguardo all'esercizio della responsabilità genitoriale (cfr. *infra* § 10). Infine un'ultima più recente fattispecie è di particolare interesse perché dimostra, ancora una volta e incisivamente, come il rapporto di filiazione di fatto sia un bene giuridico e, in quanto tale, sia tutelato qualora venga annientato dall'uccisione del figlio unilaterale del partner (cfr. *infra* § 8).

Un rimedio comune alle fattispecie appena elencate è il *risarcimento del danno*, ma i beni giuridici coinvolti da ciascuna di esse sono diversi, perciò è doveroso esaminarle partitamente, non prima di qualche considerazione generale sull'applicabilità del rimedio risarcitorio all'ambito familiare.

Il risarcimento del danno è, com'è noto, una tecnica di tutela oramai ampiamente impiegata nel diritto di famiglia. Esso non opera qui come un rimedio in forma specifica e nemmeno per equivalente, poiché al mancato godimento del genitore, qualora non sia stato effettuato il riconoscimento, non equivale alcuna somma di denaro. La somma corrisposta svolge una funzione solidaristico-satisfattiva in rapporto al pregiudizio non patrimoniale subito.

Il sintagma illecito endofamiliare allude all'applicabilità della responsabilità aquiliana (artt. 2043 ss. c.c.) ai rapporti familiari. È un approdo non scontato del nostro ordinamento, accolto con favore da molti studiosi perché ha garantito la protezione della persona, prima largamente deficitaria, nella famiglia fondata sul matrimonio e sulla convivenza *more uxorio* nel rispetto dell'assiologia costituzionale.

Pur essendo, questo, un esito apprezzabile, chi scrive dubita che le condotte pregiudizievoli poste in essere nella relazione familiare siano riconducibili nell'alveo della responsabilità extracontrattuale. Tale pro-

filo di critica, che verrà sviluppato nel paragrafo successivo, coinvolge e intreccia temi complessi: la struttura del rapporto obbligatorio, la linea di confine tra i due tipi di responsabilità civile - contrattuale ed extracontrattuale - e l'incontenibile ascesa prima della clausola generale dell'ingiustizia del danno, poi dell'art. 2059 c.c.¹⁰¹

Per riprendere ciascuno di questi temi è utile seguire la linea evolutiva che ha interessato il rimedio risarcitorio, oggi utilizzato ben oltre la tutela della famiglia fondata sul matrimonio (cfr. *infra* § 8).

La tutela risarcitoria extracontrattuale, in continua evoluzione dagli anni Sessanta del secolo scorso, sospinta da un'attenta e lungimirante dottrina¹⁰² che ha saputo calarsi nella contemporaneità, è pene-

¹⁰¹ Per una critica alla rilettura giurisprudenziale dell'art. 2059 c.c. e alla perdita di centralità dell'art. 2043 c.c. cfr. P. PERLINGIERI, *L'art. 2059 uno e bino: una interpretazione che non convince*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, 3, 769 ss.

¹⁰² Moltissimi sono gli scritti sulla responsabilità extracontrattuale. Il tema è ancora vivacissimo, soprattutto con riguardo alla discussa linea di confine con la responsabilità contrattuale. In questa sede è sufficiente indicare soltanto alcuni scritti che hanno ben evidenziato i tratti più importanti dell'evoluzione di una disciplina, quella del codice civile, mai toccata da un'organica riforma legislativa: R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale (contributo alla teoria del danno extracontrattuale)*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, 277 ss.; R. SACCO, *L'ingiustizia di cui all'art. 2043*, in *Foro padano*, 1960, I, 1420 ss.; P. SCHLESINGER, *L'ingiustizia del danno nell'illecito civile*, in *Jus*, 1960, 338 ss.; S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964; ID., *Modelli e funzioni della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 598 ss.; F. D. BUSNELLI, *Le nuove frontiere della responsabilità civile*, in *Jus*, 1976, 41 ss.; ID., *Verso un possibile ravvicinamento tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Resp. civ. prev.*, 1977, 748 ss.; ID., *Diritto alla salute e tutela risarcitoria*, in *Tutela del diritto alla salute e diritto privato*, a cura di F. D. Busnelli-U. Breccia, Milano, 1978, 517 ss.; ID., *La parabola della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, II, 675 ss.; C. SALVI, *Il paradosso della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, I, 123 ss.; G. ALPA, *Danno biologico e diritto alla salute. Un'ipotesi di applicazione diretta dell'art. 32 della Costituzione*, in *Giur. it.*, 1976, I, 2, 443 ss.; ID., *Il danno biologico. Percorso di un'idea*; Padova, 2003; C. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979; G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983; F. GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contr. e impr.*, 1985, 1 ss.; C. CASTRONOVO, *Le frontiere nobili della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1989, 539 ss.; D. MES-SINETTI, *Danno giuridico* (voce), in *Enc. dir. agg.*, 1997, 469 ss.; M. LIBERTINI, *Le nuove frontiere del danno risarcibile*, in *Contr. e impr.*, 1987, 85 ss., 1988, 649 ss.

Quanto alla giurisprudenza, sarebbe fuor d'opera richiamare tutte quelle pronunce che hanno significativamente innovato l'interpretazione della clausola dell'ingiustizia del danno di cui all'art. 2043 c.c. e del testo dell'art. 2059 c.c. Sia consentita la citazione solo di talune fondamentali pronunce. Sull'art. 2043 c.c. cfr. Cass. Sez. un. n. 500/1999 (interessi legittimi), oggetto di numerosissimi commenti tra cui quelli in *Corr. giur.*, 1999, 11, 1367 ss., con nota di A. DI MAJO, *Il risarcimento degli interessi "non più solo legittimi"*, e ivi con nota di V. MARICONDA, *"Si fa questione d'un diritto civile."*, che, in un'ampia parte della motivazione, ripercorre tutte le tappe principali in cui la giurisprudenza ha applicato l'art. 2043 c.c., ben oltre l'iniziale suo appiattimento sui diritti soggettivi assoluti. Sull'art. 2059 c.c., prima di considerare le più recenti pronunce di cui si darà conto *infra*, è d'obbligo ricordare sempre in una linea evolutiva: Cass., n. 4186/1998, in *Danno e resp.*, 1998, 7, 686 ss., con nota di G. DE MAR-

trata all'interno dell'ordinamento giuridico familiare. Il quale, nella percezione sempre più diffusa tra i giuristi¹⁰³, non poteva fare da schermo rispetto a un fatto illecito commesso da un familiare in pregiudizio di uno stretto congiunto¹⁰⁴.

zo, *Riconosciuta la risarcibilità dei danni morali ai congiunti del lesso*, in *Resp. civ. e prev.* 1998, 1409 ss., con nota di E. PELLECCIA; Cass. Sez. un. n., 2515/2002 (caso Seveso), in *Danno e resp.*, 2002, 5, 499 ss., con nota di G. PONZANELLI e di B. TASSONE, *Una "nuova" stagione del danno non patrimoniale? Le Sezioni unite e il caso Seveso*; Cass., n. 9556/2002 (danno morale *jure proprio* patito dai prossimi congiunti in caso di lesione di un familiare), in *Foro it.*, 2002, I, 3062 ss., con nota di A. PALMIERI, *Risarcimento del danno morale per la compromissione di un intenso legame affettivo con la vittima di lesioni personali*.

¹⁰³ G. FERRANDO, *Rapporti familiari e responsabilità civile*, in *Persona e danno*, a cura di P. Cendon, Milano, 2004, III, 2777 ss.; M. SESTA, *Diritti inviolabili della persona e rapporti familiari: la privatizzazione «arriva» in Cassazione*, in *Fam. e dir.*, 2005, 365 ss.; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Violazione dei doveri coniugali: immunità o responsabilità*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 608 ss.; G. FACCI, *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, Milano, 2004; ID., *L'illecito endofamiliare al vaglio della Cassazione*, in *Fam. e dir.*, 2005, 4, 372 ss.; A. MORACE PINELLI, *Violazione dei doveri matrimoniali e responsabilità civile*, in *Giust. civ.*, 2006, I, 98 ss.; G. M. RICCIO, *Violazione dei doveri coniugali e risarcimento del danno*, in *Danno e resp.*, 2006, 585 ss.

¹⁰⁴ L'espressione illecito eso-familiare si riferisce, invece, alle ipotesi in cui sia un terzo estraneo alla famiglia a cagionare un danno a uno dei componenti di questa. Emblematiche sono le fattispecie dell'uccisione del congiunto e della lesione grave della salute dello stesso. Il terzo, con la sua condotta illecita, incide sullo *status* di coniuge, figlio, fratello o sorella della vittima principale, nel senso di annientarlo (così è se vi è stata uccisione) o di limitarne l'ambito di esplicazione (quando vi è stata lesione della salute). La giurisprudenza ha riconosciuto ai prossimi congiunti della vittima principale il diritto al risarcimento del danno non solo patrimoniale, ma anche non patrimoniale (cfr.: Cass. n. 8827 e 8828/2003, cit.) per violazione degli artt. 2, 29 e 30 Cost. È stata, invece, ritenuta insussistente ogni responsabilità nei confronti del coniuge vittima dell'infedeltà, da parte del terzo che abbia intrattenuto una relazione con l'altro coniuge. Esclude il Trib. Milano, 24.9.2002, in *Corr. giur.*, 2003, 9, 1203 ss., con nota critica di G. DE MARZO, *La responsabilità risarcitoria dell'amante verso il coniuge tradito*, che agli obblighi inerenti al matrimonio ed a quello di fedeltà in particolare possa applicarsi lo strumento dell'induzione all'inadempimento. Ciò in quanto «le componenti emotive e lo scambio connaturato alle relazioni (di ciò si discute in causa...) d'amore e di sesso escludono che possano ravvisarsi in capo al terzo il ruolo di «induttore» ed in capo al coniuge trasgressore quello di «indotto». Insomma il tribunale milanese, come già il Trib. Monza, 15.3.1997 in *Fam. e dir.*, 1997, 5, 462 ss., con nota adesiva di A. ZACCARIA, *Adulterio e risarcimento dei danni per violazione dell'obbligo di fedeltà*, ritengono che alla condotta del coniuge infedele debba essere attribuito rilievo causale esclusivo nell'inosservanza del dovere di fedeltà (*contra* Trib. Roma, 17.9.1998, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, 589 ss., con nota di PALETTO). È vero che con riguardo a talune fattispecie in cui rilevano interessi patrimoniali è stata riconosciuta la responsabilità extracontrattuale per induzione all'inadempimento (doppia vendita immobiliare, storno di dipendenti e violazione del patto di prelazione), ma in esse decisiva è la sussistenza della dolosa intenzione da parte del terzo di arrecare danno al creditore. Ora, come rileva giustamente Zaccaria, è difficile immaginare il caso di «un terzo che, al solo scopo di vendicarsi di un torto subito, e conoscendo la fragilità psicologica di un determinato soggetto, ne seduca la moglie...». Ma il punto non è tanto quello di verificare l'utilizzabilità della fattispecie giurisprudenziale dell'induzione all'inadempimento nell'ambito matrimoniale. Piuttosto occorre verificare,

Questa espansione è oramai pacifica, sebbene vi sia stato un tempo, non molto risalente, in cui il diritto di famiglia era ritenuto un sistema chiuso e impermeabile ad altri ambiti giuridici, come quello dell'illecito aquiliano (era ancora così nel 1993)¹⁰⁵. Ma l'invocata specificità, tipicità e autosufficienza delle misure di tutela familiare, ancor più radicale nella teoria della *immunity doctrine* dei Paesi di *common law*¹⁰⁶, finiva con l'essere un dogma piuttosto irrazionale prima che antiggiuridico, poiché lasciava senza tutela diritti fondamentali della persona.

Tale angusta impostazione non ha retto al concorrere di taluni eventi di rilievo: da un lato il superamento della concezione della famiglia (espressa solo dal matrimonio) come istituzione sovraordinata al singolo accolta dal codice civile del 1942; dall'altro, il riconoscimento della rilevanza del principio personalistico (artt. 2 e 3, co. 2 Cost.) e dell'effetto orizzontale, ossia nei rapporti inter-privati, delle norme costituzionali di garanzia dei diritti fondamentali (c.d. *Drittwirkung*)¹⁰⁷.

nell'ottica di una corretta comparazione di interessi, se l'interesse che invoca il coniuge danneggiato debba essere reputato prevalente. Si tende a dare una risposta negativa, sia in dottrina che in giurisprudenza, perché il terzo si avvale della propria libertà di iniziare una relazione anche con chi sia coniugato, il quale è comunque d'accordo a violare il dovere di fedeltà. Certo, da un lato, il terzo contribuisce a ledere il rapporto matrimoniale, dall'altro, egli esercita una libertà fondamentale che verrebbe cancellata, ponendo in capo a lui un obbligo risarcitorio. Il coniuge infedele, invece, risponderà dei danni da adulterio se, secondo la giurisprudenza di legittimità, vi stato dolo o se le modalità della condotta appaiono gravemente lesive della dignità e della personalità dell'altro coniuge (sul bilanciamento di interessi cfr. G. FACCI, *Il danno da adulterio*, in *Resp. civ. prev.*, 2012, 5, 1494-1500).

¹⁰⁵ Cass., n. 3367/1993, in *Leggi d'Italia on line*, con riguardo ad un interesse di natura patrimoniale collegato alla intestazione di un appartamento alla moglie e al pagamento della rate del mutuo da parte del marito.

¹⁰⁶ S. PATTI, *Il declino della immunity doctrine nei rapporti familiari*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, 402 ss.

¹⁰⁷ P. PERLINGIERI, *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Interpretazione e legalità costituzionale*, Napoli, 2012, 171 ss., in part. p. 182 ss., è stato tra i primi, anni addietro, a sostenere con una notevole forza argomentativa che è riduttivo utilizzare le norme costituzionali soltanto in funzione interpretativa della legislazione ordinaria. Esse possono essere applicate direttamente ai rapporti tra privati e socio-economici, in un contesto in cui manchi l'intermediazione di un enunciato normativo ordinario. Scrive l'illustre giurista che «Le norme costituzionali - che dettano principi di rilevanza generale - sono di diritto sostanziale, non meramente interpretative; il ricorso ad esse, anche in sede in interpretazione, si giustifica, al pari di qualsiasi altra norma, come espressione di un valore al quale la stessa interpretazione non si può sottrarre». Perlingieri reca alcuni esempi di utilizzazione diretta delle norme costituzionali, soprattutto in materia di diritto di famiglia (convivenza *more uxorio*) e delle obbligazioni (causa non imputabile). La norma costituzionale, conclude l'autore, non è «sempre e soltanto mera regola ermeneutica, ma norma di comportamento, idonea a incidere anche sul contenuto delle relazioni tra situazioni soggettive, funzionalizzandole ai nuovi valori». In questo scritto si invoca l'impegno «di più di una generazione [per] individuare un sistema del diritto civile maggiormente armonizzato ai principi fondamentali

Uno dei tratti ancora fertili della pos-modernità, che origina dalla cosiddetta «stagione del disgelo costituzionale», è, come è stato osservato da un attento studioso¹⁰⁸, la «progressiva espansione della dimensione non patrimoniale del diritto civile». Questo fenomeno dirompente, alimentato da un «metodo assiologico ispirato a valori positivi calati nella concretezza della storia»¹⁰⁹, pervade la dimensione giuridica, dando i suoi frutti soprattutto attraverso la tutela giurisprudenziale di

ed in particolare ai bisogni esistenziali della persona» (p. 195). Effettivamente vi sono state due spinte convergenti per raggiungere un così difficile ma irrinunciabile obiettivo: da un lato la scienza giuridica si è prodigata per attuare quell'auspicata armonizzazione, dall'altro, le norme fondamentali di principio poste dalla Costituzione, si sono evolute nel loro significato e interazione - ciò che dà luogo alla Costituzione materiale, cfr. M. FIORAVANTI, *Il concetto di Costituzione in senso materiale*, cit., 29 - così da giustificare soluzioni nuove in tema proprio di filiazione. È interessante rilevare come i principi e i valori fondamentali, da un lato, influenzino la soluzione giudiziaria, indirizzando l'interpretazione. Così ciò che di più alto governa il vivere sociale, per volontà dei Padri costituenti, finisce con l'incidere sulla vita di ciascuno di noi. È sotto gli occhi di tutti come la Corte costituzionale, attraverso le sue pronunce, sia entrata negli aspetti più rilevanti dell'esistenza umana, come la fecondazione artificiale, le pensioni, i diritti delle persone dello stesso sesso, lo sciopero e molto altro ancora. Dall'altro lato, dinamiche sociali diffuse, conflitti e istanze di tutela inediti hanno contribuito pian piano a modificare la stessa interpretazione dei principi e della Costituzione. Il caso concreto mai apparso prima, oppure già noto ma riproposti in un mutato contesto sociale, culturale e giuridico, può incidere sull'interpretazione di una disposizione costituzionale, può svelarne un sorprendente e ulteriore significato, pur restando inalterata la lettera *legis* (si pensi alla rilevanza che ha assunto l'art. 13, co. 1, Cost. nel tema del consenso informato e del fine vita). C'è quindi un rapporto biunivoco tra norma e fatto. Attento a questa dinamica è P. PERLINGIERI, sempre nel volume citato, cfr. p. 197 ss., *Giustizia secondo Costituzione ed ermeneutica. L'interpretazione c.d. adeguatrice*. Di grande interesse sono anche le riflessioni, svolte in più saggi, di E. NAVARRETTA, *Complessità dell'argomentazione per principi nel sistema attuale delle fonti di diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 6, 10779 ss., ID., *Danni non patrimoniali: il compimento della drittwirkung e il declino delle antinomie*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, 2, 1 ss. (versione *on line*), ID., *Diritto civile e diritto costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 5, 10643 ss. Nel secondo scritto appena citato l'autrice, dopo aver sottolineato i pregi e i limiti delle 4 pronunce della Cass. Sez. un., n. 26972-26975/2008 sul danno non patrimoniale, esprime il seguente lucido apprezzamento: «la Cassazione mostra l'attitudine del civilista ad appropriarsi, con la massima maturità e concretezza, dei grandi valori della Costituzione e delle *straordinarie risorse dei diritti inviolabili* [corsivo mio]». Ebbene il tema del fondamento della filiazione, oggi non più legato esclusivamente alla procreazione, e della rilevanza della genitorialità di fatto palesa la veridicità di quest'ultima affermazione dell'autrice. Sempre Navarretta, nel saggio su diritto civile e diritto costituzionale, nell'opporsi fermamente all'idea di un diritto senza verità, difende la forza dell'argomento assiologico e della tecnica del bilanciamento di interessi in un contesto giuridico sovranazionale.

¹⁰⁸ C. SALVI, *Codice civile e Costituzione*, in *Riv. critic. dir. priv.*, 2012, 1, 31 ss., ripercorre le due fasi del rapporto tra Codice civile e Costituzione - irrilevanza della Carta fondamentale e attuazione e valorizzazione della stessa - e chiude il saggio con alcune considerazioni su una terza fase, individuata da alcuni autori, consistente nella progressiva disapplicazione della Costituzione, in particolare con riguardo al tema del bilanciamento tra i diritti economici e i diritti personali e sociali.

¹⁰⁹ E. NAVARRETTA, *Diritto civile e diritto costituzionale*, cit., 10644.

nuovi interessi¹¹⁰. Si pensi all'arricchimento della sfera soggettiva del minore attraverso il rilievo giuridico assunto dai legami di fatto, sui quali ci siamo soffermati.

Diversi decenni orsono un'autorevole dottrina¹¹¹ ha rilevato che gli specifici rimedi familiari, quale risposta legislativa a determinate fattispecie di diritto di famiglia, non erano in grado di tutelare i diritti umani più alti, i quali potevano essere violati anche nei rapporti coniugali, parentali e - va aggiunto oggi - di fatto. Non era pensabile che la famiglia costituisse un territorio autonomo, non coinvolto da quella proficua tensione verso l'unità dell'ordinamento giuridico.

Un esempio aiuta a chiarire. L'addebito della separazione personale tra coniugi (art. 151, co. 2, c.c.) non costituisce una risposta efficiente né pertinente alla condotta di un coniuge che, oltre a violare i doveri derivanti dal matrimonio, leda contemporaneamente un diritto costituzionalmente protetto del consorte come quello al rispetto della propria dignità e allo sviluppo della personalità¹¹².

Parallelamente a questi studi, davvero incisivi, i cui esiti sono emersi nelle sentenze¹¹³, vi è stata una penetrante riflessione dottrina-

¹¹⁰ Naturalmente la Costituzione influenza anche il diritto dei contratti, ravvivando costantemente il tema, sempre più articolato e controverso, della giustizia contrattuale. Sul punto cfr. più di recente G. ALPA, *Le stagioni del contratto*, cit., 143 ss.; G. VETTORI, *Contratto giusto e rimedi effettivi*, in *Persona e mercato*, 2015, 1, 5 ss.; ID., *Controllo giudiziale del contratto ed effettività delle tutele. Una premessa*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, 1, 151 ss.; E. NAVARRETTA, *Il contratto «democratico» e la giustizia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 5, 1262 ss., la quale è, unitamente ad altri autori, critica sulla conseguenza invalidante dell'interpretazione fondata sulla *Drittwirkung* del dovere costituzionale di solidarietà; G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria «eccessiva»*, in *Contratti*, 2014, 926 ss.; F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, 495 ss.

¹¹¹ P. RESCIGNO, *Immunità e privilegio*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, 1, 439 ss. Più nello specifico si segnala l'opera al tempo decisamente innovativa di S. PATTI, *Famiglia e responsabilità*, Milano, 1984, *passim*.

¹¹² L'addebito è solo una misura impeditiva del mantenimento (cfr. art. 156, co. 1, c.c. letto *a contrario*), del tutto inidonea a risolvere il problema del trattamento di eventuali danni ulteriori scaturenti dalla violazione dei doveri matrimoniali (art. 151, co. 2, c.c.). In questo senso cfr.: Trib. Milano, 24.10.2001, in *www.personaedanno.it*, in un caso in cui il marito aveva fatto mancare i mezzi di sussistenza alla moglie durante la gravidanza, violando anche l'obbligo di fedeltà; Cass., n. 8862/2012, in *Fam. e dir.*, 2013, 2, 23 ss., con nota di G. FACCI, *Infedeltà coniugale e risarcimento del danno: un ulteriore intervento della S. C.* e in *Foro it.*, 2012, I, 2047 ss., con nota di G. DE MARZO, secondo la quale, pronuncia di addebito e risarcimento del danno possono coesistere, «considerati i presupposti, i caratteri, le finalità, radicalmente differenti»; Trib. Cremona, 27.3.2014, in *Leggi d'Italia on line*, condanna il marito a risarcire euro 10.000 alla moglie per aver fatto mancare a lei e ai figli i mezzi di sussistenza, fatto, questo, che ha determinato «un peggioramento delle condizioni di vita caratterizzate da incertezza precarietà e sofferenza (aggravate dalla presenza di due figli minori e dallo stato di disoccupazione) e una lesione del diritto fondamentale all'onore e al decoro».

¹¹³ I nubendi sono legati dal un dovere di lealtà che, se infranto, può fondare una domanda risarcitoria. Cfr. Cass., n. 9801/2005, in *Fam. e dir.*, 2005, 4, 365 ss., con

le¹¹⁴ che ha indotto la giurisprudenza ad accogliere, definitivamente nel 2008, l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c.¹¹⁵. Secondo questa nuova lettura, la riserva di legge posta dall'art.

note di M. SESTA, *Diritti inviolabili della persona e rapporti familiari: la privatizzazione arriva in Cassazione*, e di G. FACCI, *L'illecito endofamiliare al vaglio della Cassazione*, in *Corr. giur.*, 2005, 7, 921 ss., con nota di G. DE MARZO, *La Cassazione e la responsabilità civile nelle relazioni familiari*, su un caso in cui il marito, prima del matrimonio, aveva nascosto alla futura moglie la propria impotenza *coeundi*. Secondo la Suprema Corte «l'intensità dei doveri derivanti dal matrimonio si riflette sui rapporti tra le parti nella fase precedente il matrimonio, imponendo loro - pur in mancanza di un vincolo coniugale ma nella prospettiva della costituzione di tale vincolo - un obbligo di lealtà, di correttezza e di solidarietà, che si sostanzia anche in un obbligo di informazione di ogni circostanza inerente le proprie condizioni psicofisiche e di ogni situazione idonea a compromettere la comunione materiale e spirituale alla quale il matrimonio è rivolto». Il marito, nel caso di specie, ha leso il diritto alla sessualità della moglie, quale veicolo di sviluppo della propria personalità anche attraverso la procreazione. Di questa pronuncia preme sottolineare un passaggio, particolarmente significativo con riguardo a quanto si dirà nel paragrafo successivo a proposito della natura della responsabilità nel rapporto intra-familiare. Si dice che dai doveri matrimoniali, che pervadono la vita dei coniugi, scaturisce l'obbligo dei *nubendi* di comportarsi lealmente e correttamente. Dunque il periodo prematrimoniale immediatamente precedente le nozze rileva giuridicamente, come la fase precontrattuale rispetto al contratto. Buona fede e correttezza connotano, quindi, anche il rapporto familiare e pre-familiare, e ciò non può che avere ricadute in ordine alla qualificazione della responsabilità. Ma la giurisprudenza ha utilizzato, fin dagli esordi, la categoria dell'illecito extracontrattuale, suscitando, però, come si vedrà, non pochi dubbi sulla correttezza del ragionamento. Un segnale di apertura all'illecito aquiliano era già emerso in Cass., n. 5866/1995, in *Leggi d'Italia on line*.

¹¹⁴ E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996, 51 ss., in questa densa e pregevole monografia, anticipatrice di importanti svolte giurisprudenziali, collega l'art. 2059 c.c. all'art. 2 Cost., liberando così il danno non patrimoniale non solo dall'angusto legame con l'art. 185 c.p. e con poche altre leggi ordinarie che all'epoca espressamente lo contemplavano, in ossequio alla riserva di legge che domina la materia, ma anche da una ingiustificata ristrettezza del suo contenuto, coincidente con il solo danno morale soggettivo. L'autrice si diffonde ampiamente sul delicato tema, ancora attuale, delle funzioni del danno non patrimoniale (pp. 343 ss.), soffermandosi in particolare sulla funzione solidaristico-satisfattiva e su quella punitiva. Su quest'ultima dovremo tornare più avanti, quando si tratterà dell'art. 709-ter c.p.c. Più di recente cfr. M. BARCELLONA, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 2008, 50 ss., il quale è sì favorevole al superamento dell'interpretazione riduzionistica dell'art. 2059 c.c., ma non manca di criticare la sopposta tipicità del danno non patrimoniale, soprattutto perché, come ha avvertito la migliore dottrina costituzionalistica, «l'art. 2 cost. ha «natura generativa di nuovi infiniti diritti». La prassi giudiziaria - soggiunge l'autore - dimostra che non si dà aspetto delle «attività realizzatrici della persona umana» che non si possa far rientrare nel disposto dell'art. 2 cost. e non possa così assurgere a diritto inviolabile o a interesse costituzionalmente protetto». È evidente che la clausola, spalancata sul futuro, espressa dal sintagma «diritti inviolabili dell'uomo» e le amplissime potenzialità dei diritti fondamentali e delle libertà enumerate dalla Costituzione rendono evanescente l'affermazione della tipicità del danno non patrimoniale.

¹¹⁵ Cass. nn. 8827-8828/2003, cit., Cass. Sez. un., nn. 26972-26973-26974-26975/2008, sono state oggetto di moltissimi commenti tra cui si indicano i seguenti: F. D. BUSNELLI, *Le Sezioni unite e il danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, II,

2059 c.c. deve ritenersi integrata al massimo livello dalla Costituzione. Pertanto ogni qual volta vi sia una lesione - grave ¹¹⁶ - di un diritto fondamentale, devono essere risarcite tutte le conseguenze dannose non patrimoniali (art. 1223 c.c.), senza che possa essere invocata un'eccezione nell'ambito del rapporto familiare.

Premesso questo breve inquadramento, per non allontanarsi dall'oggetto dell'indagine, è appropriato concentrare il discorso sulla condotta genitoriale che abbia prodotto conseguenze negative sul figlio e sul rapporto di filiazione. Il tema, non certo inedito, riceve nuova linfa dalla codificazione nell'art. 315-*bis* c.c. dei diritti - di rilevanza costituzionale - del figlio. Questo articolo non compare dal nulla, ma discende dall'art. 30, co. 1, Cost. e dalla valorizzazione crescente da parte della dottrina e della giurisprudenza del minore come persona (artt. 2 e 3 Cost.). Anche qui un breve sguardo al passato esplica più compiutamente il presente.

Nell'anno 2000 un'innovativa sentenza della Cassazione ha riconosciuto tutela al figlio, a fronte di un pervicace inadempimento dell'obbligo di mantenimento da parte del padre ¹¹⁷. Ciò, secondo la Su-

97 ss.; C. CASTRONOVO, *Danno esistenziale: il lungo addio*, in *Danno e resp.*, 2009, 1, 5 ss.; G. VETTORI, *Danno non patrimoniale e diritti inviolabili*, in *Obbligaz. e contr.*, 2009, 2, 103 ss.; F. GAZZONI, *Il danno esistenziale, cacciato, come meritava, dalla porta, rientrerà dalla finestra*, in *Dir. fam. pers.*, 2009, I, 73 ss.; G. PONZANELLI, *Il danno non patrimoniale dopo le Sezioni Unite, interventi legislativi e nuove tabelle*, in *Danno e resp.*, 2009, 1, 4 ss.; P. G. MONATERI, *Il pregiudizio esistenziale come voce del danno non patrimoniale*, E. NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la complessità dei danni non patrimoniali*, D. PAOLETTI, *La dualità del sistema risarcitorio e l'unicità della categoria dei danni non patrimoniali*, P. ZIVIZ, *Il danno non patrimoniale: istruzioni per l'uso*, tutti e quattro questi scritti in *Resp. civ. prev.*, 2009, 38 ss.; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno non patrimoniale secondo le Sezioni Unite. Un "de profundis" per il danno esistenziale*; S. LANDINI, *Danno biologico e danno morale soggettivo nelle sentenze della Cass. SS. UU. 26972, 26973, 26974, 26975/2008*; C. SGANGA, *Le Sezioni unite e l'art. 2059 c.c.: censure, riordini e innovazioni del dopo principio*, tutti in *Danno e resp.*, 2009, 19 ss.; G. FACCI, *Il danno non patrimoniale nelle relazioni familiari dopo le sentenze delle sezioni unite dell'11 novembre 2008*, in *Fam. e dir.*, 2009, 1, 113 ss.

¹¹⁶ Il requisito della gravità dell'offesa del diritto fondamentale, quale *condicio* della risarcibilità del danno non patrimoniale, è stato così argomentato da Cass. Sez. un., n. 26972/2008, cit.: la gravità costituisce l'esito necessario del bilanciamento tra la il principio di solidarietà nei confronti della vittima e il principio di tolleranza.

¹¹⁷ Cass. n. 7713/2000, in *Danno e resp.*, 2000, 8, 835 ss., con nota di P. G. MONATERI, *Il danno esistenziale «arriva» in Cassazione*, in *Fam. e dir.*, 2001, 2, 159 ss., con nota di M. DOGLIOTTI, *La famiglia e l'"altro" diritto: responsabilità civile, danno biologico, danno esistenziale*, in *Foro it.*, 2001, I, 187 ss., con nota di A. DADDA, *Il cosiddetto danno esistenziale e la prova del pregiudizio*, in *Corr. giur.*, 2000, 7, 873 ss., con nota di G. DE MARZO, *La Cassazione e il danno esistenziale*. Questa pronuncia è degna di nota perché, già in quell'anno, la Cassazione ha affermato che il padre deve risarcire il danno non patrimoniale, sebbene egli sia stato assolto dal reato di cui all'art. 570, co. 2, c.p. (*id est*: far mancare i mezzi sussistenza). L'omesso mantenimento del proprio figlio, condotta ostinatamente continua nel tempo, lede sia il diritto di quest'ultimo di avere un rapporto con il proprio genitore (art. 30, co. 1, Cost.), sia la sua di-

prema Corte, ha arrecato al figlio un danno non solo patrimoniale, ma anche e soprattutto non patrimoniale a causa della lesione «di fondamentali diritti della persona, in particolare inerenti alla qualità di figlio e di minore». Diritti che, sebbene non esattamente individuati dai giudici¹¹⁸, sono stati ritenuti di sicura rilevanza costituzionale, attenendo all'essenza del rapporto di filiazione. Chi non mantiene il figlio impedisce a quest'ultimo di sentirsi tale, pregiudicandolo nel percorso di crescita.

Con riferimento a un'altra fattispecie, più grave, in cui un genitore non abbia riconosciuto il proprio figlio nato fuori del matrimonio, la Cassazione ha precisato con maggior rigore¹¹⁹ la situazione giuridica soggettiva lesa e i presupposti della risarcibilità del danno. L'inosservanza dei doveri genitoriali esistenti fin dalla nascita del figlio (non già quindi dall'atto di riconoscimento) lede il diritto di ricevere assistenza morale e materiale. Diritto, questo, che ha un fondamento costituzionale nell'art. 30, co. 1, Cost., coordinato con gli artt. 2 Cost., 24, co. 3, Carta dei diritti fondamentali UE e con la Convenzione di New York del 1989, ratificata dall'Italia, oggi espressamente previsto dall'art. 315-bis, co. 1, c.c.

L'endiadi diritto a essere educato e mantenuto, contenuta nell'art. 30, co. 1, Cost. - afferma la Suprema Corte - postula l'esistenza di un rapporto affettivo e di scambio dialogico tra i genitori e la prole. Rapporto che, influenzando la sfera sia interna che sociale del figlio, diviene essenziale per la costituzione dell'identità personale e della capacità relazionale dello stesso. Vengono pertanto in rilievo due diritti fondamentali legati strettamente all'educazione e al mantenimento: il diritto di ricevere assistenza morale e materiale, dalla cui attuazione dipende l'altro diritto allo sviluppo della propria identità personale.

È interessante rilevare - e qui affiora ancora il tema della *Drittwirkung* - come dall'art. 30, co. 1, Cost. sia stato già desunto il diritto al-

gnità. Giova ricordare che nel 2000 il danno non patrimoniale quale conseguenza della violazione di un diritto costituzionale veniva risarcito ai sensi dell'art. 2043 c.c. coordinato con le disposizioni costituzionali. Oggi, invece, come si diceva innanzi in note precedenti, alla fattispecie in parola si applica l'art. 2059 c.c. collegato all'art. 30 Cost.

¹¹⁸ La Cassazione muove dall'inosservanza prolungata del dovere costituzionale di mantenere il figlio, ma non si diffonde sulla costruzione delle posizioni giuridiche soggettive, parimenti lese, presupposte da tale dovere. Sarà la giurisprudenza successiva, come si vedrà subito, a dare un significativo contributo di chiarificazione e successivamente il legislatore con il nuovo art. 315-bis c.c.

¹¹⁹ Cass., n. 16657/2014, in *Foro it.*, 2015, I, 215 ss., con nota di C. BONA, *Rimborsi e risarcimenti per l'«assenza» paterna: tra equità e tabelle*; Cass. n. 26205/2013, in *Danno e resp.*, 2014, 7, 716 ss., con nota di D. AMRAM, *Il danno intrafamiliare e la sua quantificazione-conferme per l'adozione di un tabella?* e con nota di B. TASSONE, *Il danno intrafamiliare e la sua quantificazione - Nuovi spunti di law e di psychology*; Cass., n. 5652/2012, in *Danno e resp.*, 2012, 8-9, 867 ss. con note di D. AMRAM e di S. OLIARI, *Ambo della Cassazione in materia di danno intrafamiliare*, in *Corr. giur.*, 2012, 2 1457 ss., con nota di F. FORTE, *Il risarcimento del danno non patrimoniale da colposo ritardo nel riconoscimento della paternità naturale*.

l'assistenza morale e materiale, codificato solo successivamente nell'art. 315-*bis* c.c. È palese quella linea di continuità, cui si faceva cenno innanzi, tra quest'ultima disposizione del codice civile e la Costituzione, la quale è capace di generare nuovi diritti, per effetto dell'interpretazione di specifiche disposizioni in rapporto al caso concreto e della clausola generale, aperta per definizione, dei «diritti inviolabili dell'uomo» di cui all'art. 2.

Il diritto di essere assistito moralmente e materialmente è un diritto inviolabile, presidiato dalla tutela risarcitoria. La quale può operare solo in presenza di un danno che, nella specie, consiste «nelle ripercussioni personali e sociali derivanti dalla consapevolezza di non essere mai stati desiderati e accolti come figli»¹²⁰. Danno - siamo sul piano delle conseguenze risarcibili (artt. 1223 e 2056 c.c.) - che dovrà essere allegato e provato, non potendo essere ritenuto in *re ipsa*, cioè coincidente con la lesione del diritto costituzionale protetto (c.d. danno-evento).

La giurisprudenza di legittimità, in ragione della struttura della responsabilità civile, insiste da tempo sul danno quale dimensione ulteriore e diversa da quella del diritto leso; un'insistenza maggiore dal 2003 con le notissime sentenze gemelle nn. 8827 e 8828 sul problema (dei limiti) della risarcibilità del danno non patrimoniale. Se l'illecito aquiliano, come emerge anche dal tenore letterale dell'art. 2043 c.c., postula non solo la lesione di una posizione giuridica soggettiva, ma anche un danno da risarcire, è necessario che quest'ultimo sia provato¹²¹. Di conseguenza il figlio che chiede il risarcimento del danno

¹²⁰ Cass., n. 26205/2013, cit.

¹²¹ Sulla centralità del danno nella struttura dell'illecito aquiliano quale elemento che, ai fini risarcitori, deve necessariamente seguire la lesione della situazione giuridica soggettiva cfr.: Cass. Sez. un. n. 15350/2015, in *Corr. giur.*, 2015, 10, 1203, con nota di F. D. BUSNELLI, *Tanto tuonò, che... non piovve. Le Sezioni unite sigillano il "sistema"*, in *Foro it.*, 2015, I, 2690 ss., con note di A. PALMIERI-R. PARDOLESI, *Danno da morte: l'arrocco delle Sezioni unite e le regole (civilistiche) del delitto perfetto*, R. CASO, *Le Sezioni unite negano il danno da perdita della vita: giorni di un futuro passato*, e di R. SIMONE, *La livella e il (mancato) riconoscimento del danno da perdita della vita: le Sezioni unite tra principio di inerzia e buchi neri dei danni non compensatori*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 11, 11008 ss., con note di R. FOFFA, *Il danno da morte tra Epicuro e Guglielmo D'Occam*, e di L. D'ACUNTO, *Le Sezioni unite riaffermano l'irrisarcibilità iure hereditatis del danno da perdita della vita*, in *Danno e resp.*, 2015, 10, 889 ss., con note di R. PARDOLESI-R. SIMONE, *Danno da morte e stare decisis: la versione di Bartleby*, M. FRANZONI, *Danno tanatologico, meglio di no...*, G. PONZANELLI, *Le Sezioni unite sul danno tanatologico*, V. CARBONE, *Valori personali ed economici della vita umana*. La sentenza affronta il difficilissimo tema della risarcibilità del danno tanatologico, cioè del danno da perdita della vita, quale conseguenza pressoché immediata dell'evento lesivo. Difficilissimo perché, da un lato, vengono in rilievo gli elementi di struttura dell'illecito civile a precluderne la risarcibilità, dall'altro, si discute della tutela del valore giuridico più alto che è la protezione della vita umana e che non può rimanere senza tutela civile. Il *decisum* delle Sezioni unite coinvolge o sfiora

non patrimoniale conseguente al proprio abbandono morale e materiale deve provare, per testi o presunzioni, i pregiudizi causati dal mancato riconoscimento o dall'abbandono avvenuto subito dopo la nascita¹²².

In giudizio l'attore dovrà provare anche l'elemento soggettivo, ossia la colpevolezza del genitore che non ha riconosciuto. Ma la colpa - secondo la Cassazione - «non s'identifica con la certezza assoluta derivante esclusivamente dalla prova ematologica, ma si compone di una serie di indizi univoci, generati dall'indiscussa consumazione di rapporti sessuali non protetti all'epoca del concepimento»¹²³.

(a seconda dei punti di vista) la questione, di massima importanza, sulla quale si tornerà *infra* nel § 8, dell'ammissibilità dei danni punitivi nel nostro ordinamento. Contro la risarcibilità del danno da perdita della vita si adduce la contrarietà del risarcimento al tratto dominante del nostro sistema risarcitorio: esso si incentra non sulla punizione dell'autore della condotta lesiva, ma sulla riparazione del danno. Ciò induce a riflettere sull'esistenza di un principio di ordine pubblico di contrarietà alla riconoscibilità dei *punitive damages*. Sembra a chi scrive che si possa dubitare dell'esistenza di un siffatto principio, alla luce soprattutto di alcuni indici normativi in cui è predominante (se non esclusiva) la finalità punitiva.

¹²² Su questa fattispecie si è pronunciato Trib. Torino, 5.6.2014, in *www.ilcaso.it* (massime in *Leggi d'Italia on line*) riconoscendo che il figlio maggiorenne, attore in giudizio, aveva dimostrato i pregiudizi che la condotta del padre (coniugato) gli aveva cagionato. Si legge nella sentenza: «momentanea alterazione del carattere: divenuto introverso e scontroso; scadimento delle relazioni con gli insegnanti, che lo descrivono come intrattabile negli ultimi anni del liceo; limitazione delle relazioni con i coetanei, che riferiscono del suo rifiuto e della sua vergogna di parlare del padre; pregiudizio del suo rendimento scolastico; perde il terzo anno di liceo e rischia la bocciatura anche in quarta liceo in concomitanza con la decisione di ricercare il padre e con la crisi successiva al suo secondo rifiuto». Emerge da questa pronuncia la rilevanza del danno esistenziale quale conseguenza risarcibile e non già quale bene giuridico tutelato in sé. Autorevole dottrina (F. Gazzoni) aveva preconizzato che il danno esistenziale non sarebbe scomparso dallo scenario giuridico. Effettivamente così è stato, ma la sua permanenza va collocata nella dimensione delle conseguenze dell'illecito. Danno esistenziale è dunque un sintagma che riassume una pluralità di pregiudizi - scaturiti dalla lesione di un bene protetto dall'ordinamento - sul vivere; pregiudizi volta a volta diversi a seconda della fattispecie concreta che viene in rilievo. Essi attengono alla sfera esterna della persona e consistono in un sensibile peggioramento della qualità della vita. Questi effetti negativi sull'esistenza umana devono essere provati; solo in tal caso si avrà diritto al risarcimento del danno, la cui liquidazione, pur non agevole, deve essere governata da criteri, individuati dal giudice, tali da giustificare l'importo indicato nel dispositivo della sentenza. Quanto al contenuto del danno esistenziale, secondo E. NAVARRETTA, *Danni non patrimoniali: il compimento della Drittwirkung e il declino delle antinomie*, cit., 3 (*Leggi d'Italia-versione on line*), esso deve uscire dal paradigma riduttivo del «non poter più fare», per abbracciare la maggiore complessità del danno che si proietta nel tempo. C'è, quindi, oltre al non poter più fare, il «non voler più fare» o il «continuare a fare le stesse cose di prima ma senza più il sapore della vita» o «l'essere costretti a fare ciò che non si vorrebbe». L'autrice conclude che «il danno esistenziale non serve a fondare la regola di risarcibilità [effettivamente è così, n.d.r.] ma - ove correttamente interpretato - può contribuire unicamente a definire a fini liquidatori il contenuto del danno da risarcire». Sul punto mi permetto di rinviare ad A. GORGONI, *Il danno morale quale pregiudizio autonomo nella categoria del danno non patrimoniale*, in *Le Corti fiorentine*, 2014, 74 ss.

¹²³ Cass., n. 26205/2013, cit.

In altri termini la responsabilità civile non sorge solo quando il supposto genitore sia certo di aver concepito un figlio e ciò nonostante si sottragga ai propri doveri imposti dalla Costituzione; è sufficiente che vi sia stato il ragionevole dubbio di essere il padre, ingenerato da più circostanze di fatto ragionevolmente serie. Diventa colpevole perciò chi non abbia approfondito il mero sospetto di essere padre, in un contesto fattuale che avrebbe indotto qualunque persona di buon senso a ricercare la verità.

Con riguardo alla quantificazione del danno, la Cassazione ha avallato la soluzione della giurisprudenza pratica¹²⁴. Sono applicabili le Tabelle elaborate dall'Osservatorio sulla Giustizia Civile di Milano nella voce inerente il danno subito dai figli per il decesso del genitore, cagionato dalla condotta illecita di un terzo. Tuttavia, essendo l'uccisione del genitore non del tutto sovrapponibile all'abbandono morale, l'importo corrispondente dovrà essere rideterminato secondo equità (art. 1226 c.c.).

È scontato rilevare che il minore abbandonato subisca pressoché sempre un danno non patrimoniale di tipo esistenziale¹²⁵, consistente, nella specie, in un vuoto incolmabile nella propria esistenza, incidente in modo negativo sulla formazione del carattere, della personalità e nella capacità di affrontare serenamente il proprio percorso formativo. È un danno di difficile quantificazione. Ma il giudice deve esplicitare i criteri posti alla base della liquidazione di una determinata somma. È questo un profilo delicato. La giurisprudenza teorica ha suggerito di tenere conto del tempo trascorso dalla nascita o dall'inadempimento del

¹²⁴ Cass., n. 26205/2013, cit.

¹²⁵ Questa locuzione è stata adoperata, più di recente, da Trib. Milano, 23.7.2014, in *Fam. e dir.*, 2015, 1, 43 ss., con nota di S. VERONESI, *Sulla determinazione tabellare del danno endofamiliare* e da Trib. Torino, 5.6.2014, cit. Successivamente alla pronuncia della Cass. Sez. un. n. 26972/2008, cit., si è formato un orientamento giurisprudenziale con cui è stata espressa la convinzione che queste sezioni unite non abbiano «negato la configurabilità e la rilevanza a fini risarcitori (anche) del danno esistenziale». Così si è espressa da ultimo Cass. n. 21059/2016, in *Leggi d'Italia on line*, la quale, pur ribadendo il carattere unitario della liquidazione del danno non patrimoniale, insiste sul fatto che il giudice, nel liquidare la somma dovuta al danneggiato, debba «ten[er] conto di tutte le peculiari modalità di atteggiarsi [del danno] nel singolo caso concreto», in ossequio al principio dell'integralità del ristoro. Il giudice deve enucleare i diversi pregiudizi che vengono in rilievo e attribuire a ciascuno di essi il giusto valore monetario, rifuggendo da un atteggiamento formalista incentrato sulla mera denominazione dei danni («biologico», «morale», «esistenziale»). Un'altra presa di posizione di rilievo della giurisprudenza teorica riguarda l'incapacità del danno biologico di assorbire sempre e comunque il danno esistenziale, che consiste, secondo la Cassazione, nel «*radicale* cambiamento di vita, [nell']alterazione/cambiamento delle personalità del soggetto, [nello] sconvolgimento dell'esistenza», non essendo sufficiente «un mero "sconvolgimento dell'agenda" o la mera perdita delle abitudini e dei riti propri della quotidianità della vita, e in particolare i meri disagi, fastidi, disappunti, ansie, stress e violazioni del diritto alla tranquillità».

provvedimento giudiziale, del totale o parziale abbandono morale e materiale, delle specifiche condizioni psichiche e di vita del figlio non riconosciuto¹²⁶.

L'utilizzo di siffatti criteri è essenziale per trascorrere dal piano generale e astratto del nudo dato numerico, espresso dalle tabelle milanesi, a quello concreto; il solo che possa tendenzialmente soddisfare - stante l'imponderabilità del danno subito¹²⁷ - la singola persona lesa, valorizzando le peculiarità di quella irripetibile vicenda umana. L'esigenza di personalizzare il risarcimento del danno discende dal principio personalistico, che impone di calibrare la regola giuridica e la soluzione giurisprudenziale sul caso concreto, e, più specificamente, dal principio della integrale riparazione del danno che, a sua volta, promana dal principio di effettività della tutela¹²⁸.

¹²⁶ Trib. Milano, 23.7.2014, cit., risarcisce 1/4 della somma minima prevista dalle Tabelle milanesi per il decesso del genitore, pari ad euro 40.997,50.

¹²⁷ E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, cit., 349 ss., si difonde lungamente sulle funzioni del danno non patrimoniale, il quale - va da sé - non è compensabile. Perciò, dopo un'attenta analisi, l'autrice afferma che «la funzione risarcitoria del danno non patrimoniale mira, dunque, a dare una risposta all'offesa subita, senza con ciò preoccuparsi che tale reazione sia in grado effettivamente di neutralizzare o di dare piena soddisfazione per i pregiudizi sofferti, ma esprimendo - a seconda dei casi e tenendo conto dell'ampio contenuto del danno non patrimoniale - o una forma di consolazione o una forma di solidarietà nei confronti della vittima. Quest'ultima ipotesi, in particolare, rileva allorché il pregiudizio abbia un contenuto oggettivo oppure si dimostri, oltre che insostituibile, inconsolabile». Ciò vale nel caso dei danni da uccisione e di mancato riconoscimento del figlio. Navaretta conclude che «la nozione solidaristico-satisfattiva è sicuramente consona alla natura dei danni non patrimoniali ed al loro contenuto esteso, sia soggettivo che oggettivo» (p. 351).

¹²⁸ G. GRISI, *Il principio dell'integrale riparazione del danno*, in *Le tutele contrattuali e il diritto europeo*, in *Scritti per Adolfo di Majo*, Napoli, 2012, 170, afferma che «non sarebbe in armonia con l'art. 24 Cost., né una tutela che si esprimesse in un risarcimento impari rispetto al danno cagionato o al sacrificio subito, né - a maggior ragione - la negazione dell'accesso alla tutela». La Corte costituzionale ha più volte affermato - lo ricorda Grisi - che «quando è in gioco la protezione di un diritto fondamentale della persona e tanto più là dove il rimedio operante è il risarcimento del danno (che è la tutela minima che va sempre e pienamente assicurata), nessuna restrizione è ammissibile al principio dell'integrale risarcimento». Naturalmente, rileva l'autore, il principio della integrale riparazione dovrà adattarsi (e non già ritenersi non rapportabile) alla fenomenologia del danno non patrimoniale che, ontologicamente, non può essere quantificato nel suo preciso ammontare (art. 1226 c.c.). L'autore ricorda le parole della Cassazione a sezioni unite n. 19499/2008 e conclude con quel misurato realismo che diviene sostanza giuridica: il principio della integrale riparazione del danno trova attuazione ove si accolga l'idea secondo cui «il risarcimento va sempre tendenzialmente adeguato al danno effettivamente subito, nei limiti in cui tale risultato sia perseguibile [così la Cass.]. È lapalissiano che la conversione della persona in denaro è operazione impossibile, ma non per questo l'ordinamento giuridico può non rispondere alla necessità di ristorare, tramite denaro, i pregiudizi ad essa arrecati e di farlo in modo integrale: solo dovrà ammettersi che quest'ultimo imperativo si specifichi, allora, nel vincolo a liquidare il danno «con la maggiore approssimazione possibile all'integrale risarcimento».

Il giudice del merito che non esplicita i criteri giustificativi della determinazione dell'ammontare del risarcimento espone il provvedimento ai mezzi di impugnazione ¹²⁹.

8. DANNO DA PERDITA DELLA FILIAZIONE DI FATTO E RESPONSABILITÀ PER DANNI ENDOFAMILIARI.

Fin qui si è trattato della fattispecie del mancato riconoscimento del figlio procreato e dei danni conseguenti. Ce n'è un'altra, più recente, che merita senz'altro considerazione, perché conferma la rilevanza non solo della filiazione di fatto, ma più ampiamente della *vita familiare incentrata su una situazione fattuale*. Occorre allora stabilire se assuma rilievo giuridico anche la sfera soggettiva di colui il quale si sia comportato come fosse genitore.

Il caso giunto all'esame della giurisprudenza è quello dell'uccisione del figlio per colpa di un terzo in un incidente stradale. Il problema che si è posto è se il risarcimento del danno non patrimoniale, spettante pacificamente al genitore giuridico (c.d. danno parentale), compete anche al genitore cosiddetto sociale.

La giurisprudenza ha fornito una risposta positiva ¹³⁰, ritenendo che la Costituzione protegga l'intangibilità della sfera degli affetti di per sé, a prescindere cioè dalla parentela e dal coniugio, quale espressione essenziale della persona (art. 2 Cost.). Il rapporto tra due persone, diventato profondo e indispensabile per vivere, può riguardare due adulti che, in ragione di ciò, contraggano matrimonio, costituiscano una unione civile o inizino una convivenza *more uxorio* (etero o omosessuale), ma anche un adulto e un minore, figlio del partner.

Tra tutti questi rapporti, soltanto quello tra il genitore sociale e il figlio del convivente di fatto non è regolato dalla legge, pur essendo il medesimo, in certi casi, giuridicamente rilevante. Non può sfuggire che le fattispecie sopra esaminate nei paragrafi 4 e 5 sono incentrate sull'interesse del minore. La soluzione che lì si è ritenuto di accogliere sull'adottabilità in casi particolari da parte dell'omosessuale e sulla re-

¹²⁹ Cass., n. 8213/2013, in *Leggi d'Italia on line*. Da questa pronuncia è agevole ricavare che il giudice del merito, qualora liquidi il danno equitativamente, non possa scadere nell'arbitrio. Per evitare ciò, egli deve, come si è già rilevato *supra*, esplicitare nella motivazione del provvedimento i criteri che lo hanno ispirato nella determinazione del *quantum*. Non solo: occorre dare evidenza all'attenta valutazione dei dati di fatto acquisiti al processo, ai fini dall'ammontare dei danni liquidati nel dispositivo. Altrimenti la decisione sull'entità del risarcimento è assoggettata ai mezzi di impugnazione, compreso il ricorso in Cassazione.

¹³⁰ Trib. Reggio Emilia, 2.3.2016, in *www.ilcaso.it* e Cass., n. 8037/2016, in *Leggi d'Italia on line*.

golamentazione giudiziale degli incontri con il genitore di fatto poggia sull'effettività dei diritti fondamentali del minore.

Adesso, invece, il quadro giuridico di riferimento cambia perché si ragiona sull'esistenza di un diritto di chi si è comportato come fosse il genitore a non subire la perdita definitiva del legame con figlio di fatto.

A primo acchito si dovrebbe rispondere negativamente, rilevando come la Costituzionale tuteli lo *status* di coniuge (art. 29 Cost), di genitore e di figlio (art. 30 Cost.). Pertanto in caso di uccisione di uno di questi soggetti, il coniuge o il parente stretto superstite ha certamente diritto al risarcimento del danno non patrimoniale per perdita del coniugio o del rapporto parentale. Non vi sarebbe copertura normativa per attribuire rilievo alla sfera soggettiva di chi, pur non essendo obbligato, si sia preso cura di un minore durante la sua crescita.

Questa impostazione è semplicistica e riduttiva delle enormi potenzialità della Costituzione, quando si tratta di riconoscere sostanza giuridica a ciò che involge la dimensione più profonda o più fragile dell'essere umano. Esempi significativi si rinvengono nella giurisprudenza già ricordata sul diritto alla salute, sul consenso informato, sul diritto di autodeterminarsi con riguardo alla fine della propria vita e, più di recente, sul diritto del disabile allo studio collegato, essenzialmente, al servizio di trasporto e di assistenza scolastica¹³¹.

Occorre allora stabilire se la relazione tra l'adulto che, secondo la legge, non è il genitore e il minore di età sia protetta dalla Costituzione. La risposta - per quanto già prefigurato - è positiva, ma a certe condizioni. È decisivo chiarire quali siano gli elementi di fatto che devono caratterizzare il rapporto *de quo*.

Non può trattarsi di un semplice "volersi bene", perché la tutela costituzionale è riservata all'*affectio familiaris* tra adulto e minore, fi-

¹³¹ Corte cost., n. 275/2016 (rel.: G. Prosperetti), in *Leggi d'Italia on line*, dichiara costituzionalmente illegittimo l'art. 6, co. 2-*bis*, della L.R. Abruzzo n. 78/1978 nella parte in cui stabilisce che la Regione contribuisce al 50% delle spese a carico delle Province per il servizio di trasporto e di assistenza dei disabili «nei limiti della disponibilità finanziaria determinata dalle annuali leggi di bilancio iscritta sul pertinente capitolo di impresa». Secondo la Consulta, siffatto inciso viola l'art. 38, coo. 3 e 4 Cost. in quanto: 1) il servizio di trasporto e assistenza fa parte del nucleo indefettibile del diritto allo studio; 2) condizionare la contribuzione del 50% delle spese alla disponibilità finanziaria favorisce uno sviamento delle risorse economiche disponibili dall'attuazione dei diritti fondamentali a vantaggio, invece, di spese facoltative. L'indeterminatezza del finanziamento regionale «determina un *vulnus* all'effettività del servizio di trasporto e di assistenza» e, di conseguenza, all'effettività del diritto allo studio. Afferma la Corte costituzionale che: «condizionare il finanziamento del 50% (percento) delle spese già quantificate dalle Province (in conformità alla pianificazione disciplinata dallo stesso legislatore regionale) a generiche ed indefinite previsioni di bilancio realizza una situazione di aleatorietà ed incertezza, dipendente da scelte finanziarie che la Regione può svolgere con semplici operazioni numeriche, senza alcun onere di motivazione in ordine alla scala di valori che con le risorse del bilancio stesso si intende sorreggere».

glio del convivente di fatto¹³², al nucleo familiare di fatto e all'integrità morale di chi subisca l'irrimediabile distruzione del proprio assetto di vita (art. 2 Cost.)¹³³. Anche il diritto sovranazionale salvaguarda le relazioni di fatto. La Corte EDU, come già rilevato, interpretando estensivamente il diritto al rispetto della vita familiare (art. 8 Cedu), ha valorizzato i legami affettivi tra soggetti diversi: tra la coppia affidataria e il minore, tra due persone dello stesso sesso, tra i genitori e il minore nato da una tecnica di procreazione medicalmente assistita vietata in un certo Stato¹³⁴.

L'esistenza di un legame affettivo tra l'adulto non genitore e il minore deve essere integrato da altri elementi. Secondo la Cassazione, limitarsi a provare la mera convivenza con il genitore del figlio ucciso non è sufficiente per vedersi riconosciuto il risarcimento del danno da morte del figlio del partner. Chi assume di essere divenuto genitore sociale deve dimostrare, anche per presunzioni, «l'assunzione concreta, da parte del genitore *de facto*, di tutti gli oneri, i doveri e le potestà

¹³² Cass., n. 8037/2016, § 1.5, cit., afferma che: «il rapporto affettivo tra il figlio del partner e il compagno del suo genitore può dirsi rilevante per il diritto quando si inserisca in quella rete di rapporti che sinteticamente viene qualificata come famiglia di fatto. Solo in questo caso, infatti, può dirsi costituita una "formazione sociale" ai sensi dell'art. 2 Cost., come tale meritevole di tutela anche sotto il profilo risarcitorio». Non è sufficiente, quindi, essersi affezionati al minore; occorre che la dimensione affettiva e relazionale sia tale da fondare un rapporto familiare.

¹³³ Il trib. Reggio Emilia, 2.3.2016, in *www.ilcaso.it.*, dopo aver ampiamente argomentato sulla rilevanza della relazione affettiva all'interno della famiglia di fatto, ammette la risarcibilità del danno non patrimoniale subito dalla donna che, come emerso dalle risultanze probatorie, era stata considerata alla stregua di una seconda madre. Nella somma riconosciuta di euro 233.460,82, il tribunale ricomprende non soltanto il dolore intimo per la perdita della persona cara, ma anche il venir meno della relazione con quest'ultima. Si tratta di due danni diversi, come ha chiarito la Cassazione nella fattispecie del danno da uccisione del congiunto. Si afferma in Cass., n. 2557/2011, in *Fam. e dir.*, 2011, 8-9, 761 ss., con nota di G. FACCI, *Nessun risarcimento del danno biologico alla madre per la morte del figlio, in assenza di un effettivo pregiudizio alla salute*, che la morte del genitore o del figlio cagiona non soltanto un'enorme sofferenza interiore che pervade tutto l'essere, ma anche una perdita, sempre non economica ma personale, costituita «dalla irreversibile perdita del godimento del congiunto, dalla definitiva preclusione delle reciproche relazioni interpersonali, secondo le varie modalità con le quali normalmente si esprimono nell'ambito del nucleo familiare; perdita, privazione e preclusione che costituiscono conseguenza della lesione dell'interesse protetto». C'è spazio anche per un altro danno ove sia adeguatamente provato: è il danno esistenziale consistente nel pregiudizio alla vita di relazione del soggetto leso. Uno sconvolgimento (da provare in giudizio) di ciò che caratterizza la propria esistenza deve essere risarcito quale componente dell'unitario danno non patrimoniale (Cass., n. 11851/2015, e Cass., 2557/2015, entrambe in *Leggi d'Italia on line*). Nel caso deciso dal trib. di Reggio Emilia è stato riconosciuto alla madre sociale anche una somma a titolo di danno biologico, quale fattispecie autonoma rispetto al danno parentale

¹³⁴ Corte EDU, 27.4.2010, causa *Moretti e Benedetti c. Italia*, cit.; Corte EDU, 24.6.2010, *Schalk e Kopf v. Austria*, cit., Corte EDU, 27.1.2015, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit.

incombenti sul genitore *de iure*»¹³⁵. Solo in tale modo il giudice potrà convincersi dell'esistenza di una famiglia di fatto, tutelata dalla Costituzione (art. 2) e caratterizzata, in quanto tale, da legami assimilabili a quelli basati sul vincolo di parentela come quello tra il genitore e il figlio¹³⁶.

A questo punto dell'indagine, dopo aver appena esaminato il danno cagionato da un soggetto estraneo alla famiglia e, nel paragrafo precedente, il danno provocato da chi avrebbe dovuto far parte della compagine familiare (si allude al mancato riconoscimento del figlio), preme rimanere all'interno di quest'ultima al fine di affrontare il tema, già sopra introdotto, della natura della responsabilità.

Il marito, chi è parte di un'unione civile e il genitore sono tutti soggetti sui quali gravano doveri nei confronti, rispettivamente, della moglie, dell'altro membro dell'unione civile e del figlio. La relazione che sorge è tra individui determinati (i coniugi, i genitori rispetto al figlio) ed è governata da una molteplicità di situazioni soggettive attive e passive. Nonostante ciò la giurisprudenza, fin dalle prime pronunce, ha concentrato i propri apprezzabili sforzi interpretativi sugli artt. 2043 ss. c.c., precisando i presupposti necessari affinché la responsabilità aquiliana potesse applicarsi a determinati rapporti familiari.

Non è il caso di ripercorre, nella sua totalità e complessità, questo interessante filone giurisprudenziale; si vuol piuttosto sottolineare come un'attenta dottrina¹³⁷ abbia criticato l'applicazione degli artt. 2043 e 2059 c.c. all'ambito dei danni intra-familiari. La critica non fa leva,

¹³⁵ Cass., n. 8037/2016, § 1.5, cit.

¹³⁶ Cass., n. 8037/2016, § 1.6, cit., dopo aver argomentato a favore della rilevanza della famiglia di fatto (essenzialmente dall'art. 2 Cost. e dall'art. 8 Cedu come interpretato dalla Corte EDU) stabilisce il seguente principio di diritto: «la sofferenza provata dal convivente *more uxorio*, in conseguenza dell'uccisione del figlio unilaterale del partner, è un danno non patrimoniale risarcibile soltanto se sia dedotto e dimostrato che tra la vittima e l'attore sussistesse un rapporto familiare di fatto, che non si esaurisce nella mera convivenza, ma consiste in una relazione affettiva stabile, duratura, risalente e sotto ogni aspetto coincidente con quella naturalmente scaturente dalla filiazione [corsivo mio]. Il giudice del rinvio, nell'accertamento della indicata situazione di fatto, non potrà limitarsi - come invece ha fatto la sentenza impugnata - a dedurre l'esistenza esclusivamente dal rapporto *more uxorio* tra la madre della vittima e il suo compagno di vita, ma dovrà accertare in concreto, anche attraverso il ricorso alla prova presuntiva, se la persona che domanda il risarcimento abbia concretamente assunto il ruolo morale e materiale di genitore, ad esempio dimostrando di avere condiviso con la compagna le scelte educative nell'interesse della minore, ovvero di avere contribuito a fornirle i mezzi per il mantenimento della ragazza».

¹³⁷ G. VETTORI, *Diritti della persona e unità della famiglia trent'anni dopo*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, 3, 5 (versione in *Leggi d'Italia on line*); M. PARADISO, *Famiglia e responsabilità civile endofamiliare*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, 1, 1 ss. (versione *on line*); A. NICOLUSSI, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, in *Eur. e dir. priv.*, 2008, 4, 929 ss.; L. MORMILE, *Vincoli familiari e obblighi di protezione*, Torino, 2013, 5-65.

come nel passato, sulla supposta autoreferenzialità del diritto di famiglia, bensì sulle caratteristiche della fattispecie concreta che viene volta a volta in rilievo rispetto ai caratteri strutturali della responsabilità extracontrattuale.

Non solo: secondo una critica più radicale, legare la risarcibilità del danno subito dal familiare soltanto alla lesione di diritti fondamentali e non, invece, al peculiare corredo di diritti e doveri che connotano la relazione familiare produce l'incongrua conseguenza di ignorare le specificità della stessa. La responsabilità aquiliana servirebbe - è stato scritto¹³⁸ - «solo per negare matrimonio e famiglia come specifiche dimensioni giuridiche, munite di una propria identità e caratterizzazione».

Quest'ultimo è un punto di grande interesse su cui si tornerà nel paragrafo successivo, perché tale impostazione finisce, consapevolmente, con l'ampliare l'ambito della risarcibilità del danno, agganciandolo all'inadempimento degli obblighi discendenti dal matrimonio o dalla filiazione.

Sono pertanto due i profili su cui occorre soffermarsi: 1) sulla correttezza dell'applicabilità dell'illecito aquiliano alla relazione qualificata dal matrimonio e dalla procreazione; 2) sulla possibilità di derivare conseguenze risarcitorie dalla mera violazione di doveri matrimoniali (ciò che la giurisprudenza ha sempre escluso).

Ebbene, non si può far a meno di rilevare subito che i coniugi, i parenti tra di loro e i genitori rispetto al figlio non entrano in contatto tra di loro per caso, ma animano una complessa relazione giuridica caratterizzata da diritti e da obblighi preesistenti, la cui violazione dovrebbe entrare non già nel campo dell'illecito aquiliano, ma in quello dell'inadempimento dell'obbligazione. Opinando diversamente, come la giurisprudenza di legittimità, si metterebbe in ombra il vincolo familiare, coniugale e di filiazione oltre a confondere i tratti dell'illecito aquiliano con quelli della responsabilità per inadempimento delle obbligazioni.

9. (SEGUE) NATURA DELLA RESPONSABILITÀ NELLA RELAZIONE CONIUGALE E DI FILIAZIONE.

È da rinnovare la riflessione sul profilo della natura della responsabilità in presenza di una condotta lesiva di un diritto di un membro della famiglia nucleare (coniuge, figlio); soprattutto da parte della giurisprudenza, attestata su posizioni incoerenti.

I giudici hanno costantemente qualificato la responsabilità del

¹³⁸ M. PARADISO, *Famiglia e responsabilità civile endofamiliare*, cit., 9 (versione *on line*).

danneggiante di natura extracontrattuale¹³⁹. Quest'orientamento è discutibile, anzitutto in ragione della diffusione nel nostro paese della categoria, perfezionata dai giuristi tedeschi nel secolo scorso, ma con radici nel diritto romano¹⁴⁰, del cosiddetto rapporto obbligatorio senza prestazione¹⁴¹.

In sintesi, secondo questa notissima teorica, il rapporto obbligatorio vi può essere anche se non è sorto alcun obbligo di prestazione tra le parti, mancando il contratto. L'obbligazione, qualora vi sia un contatto qualificato tra i soggetti (ad es.: del paziente con il medico dipendente dalla struttura sanitaria¹⁴², del cliente con la banca¹⁴³ o con l'in-

¹³⁹ Più di recente Cass., n. 6833/2016, in *www.cassazione.net*, conferma la pronuncia d'appello che, per intervenuta prescrizione quinquennale, rigetta la domanda del figlio di risarcimento del danno non patrimoniale nei confronti del padre ritenuto responsabile di due suoi ricoveri presso i servizi psichiatrici dell'ospedale di Venezia.

¹⁴⁰ Cass., n.14188/2016, in *Foro it.*, 2016, 9, 1, 2685 ss., ricorda che il *praetor peregrinus*, per superare le secche in cui si trovava il diritto a causa della bipartizione delle fonti delle obbligazioni, configurò un'obbligazione da atto lecito pur in assenza di un negozio bilaterale, così che nel Digesto di Giustiniano si menzionano oltre alle obbligazioni *ex contractu* e a quelle *ex delicto* (o *ex maleficio*) anche le *obligationes «ex variis causarum figuris»*, le quali divennero poi nelle Istituzioni *obligationes «quasi ex contractu»*.

¹⁴¹ C. CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Eur. e dir. priv.*, 2009, 3, 679 ss.

¹⁴² Cass., n. 589/1999, in *Corr. giur.*, 1999, 4, 441 ss., con nota di A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 3, 10325, con nota di M. PARADISO, *La responsabilità medica: dal torto al contratto*, in *Danno e resp.*, 1999, 3, 294 ss., con nota di V. CARBONE, *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*, in *Danno e resp.*, 1999, 7, 777 ss., con nota di R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica tra scientia iuris e regole di formazione giurisprudenziale*, in *Giur. it.*, 2000, 4, 1 ss. (versione in *Leggi d'Italia on line*), con nota di F. G. PIZZETTI, *La responsabilità del medico dipendente come responsabilità contrattuale da contatto sociale*, e Cass. Sez. un., n. 577/2008, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 5, 1 ss. (versione in *Leggi d'Italia on line*), con nota di R. CALVO, *Diritti del paziente, onus probandi e responsabilità della struttura sanitaria*, in *Giur. it.*, 2008, 7, 1 ss. (versione in *Leggi d'Italia on line*), con nota di A. CIATTI, *Crepuscolo della distinzione tra le obbligazioni di mezzi e le obbligazioni di risultato*, in *Foro it.*, 2008, I, 451 ss., con nota di A. PALMIERI, in *Danno e resp.*, 2008, 8-9, 871 ss., con nota di A. NICOLUSSI, *Sezioni unite più unite contro la distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 5, 10612 ss., con nota di R. DE MATTEIS, *La responsabilità della struttura sanitaria per danno da emotrasfusione*, in *Danno e resp.*, 2008, 10, 1002 ss., con nota di M. GAZZARA, *Le S. U. "fanno il punto" in tema di onere della prova della responsabilità sanitaria*, in *Danno e resp.*, 2008, 7, 788 ss., con nota di G. VINCIGUERRA, *Nuovi (ma provvisori?) assetti della responsabilità medica*, in *Resp. civ.*, 2009, 3, 1 ss. (versione in *Leggi d'Italia on line*), con nota di C. MIRIELLO, *Nuove e vecchie certezze sulla responsabilità medica*, in *Resp. civ.*, 2008, 8-9, 1 ss. (versione in *Leggi d'Italia on line*), con nota di M. DRAGONE, *Le S. U. la «vicinanza della prova» e il riparto dell'onere probatorio*.

¹⁴³ Cass. Sez. un., 14712/2007, in *Corr. giur.*, 2007, 12, 1706 ss., con nota di A. DI MAJO, *Contratto e torto: la responsabilità per il pagamento di assegni non trasferibili*, in *Danno e resp.*, 2008, 160 ss., con note di A. M. BENEDETTI, *Assegno non tra-*

termediario finanziario o con il mediatore¹⁴⁴, del cittadino con la pubblica amministrazione), si fonda sul principio della correttezza e della buona fede (artt. 1175, 1375, 1366 e 1337 c.c.) e sull'affidamento nella qualità professionale del proprio interlocutore, che svolge un'attività regolamentata dallo Stato¹⁴⁵.

Dalla buona fede e dalla correttezza scaturiscono sia obblighi di informazione che obblighi di protezione, la cui violazione determina una responsabilità da inadempimento e non già responsabilità aquiliana. È l'art. 1173 c.c. a indicare che vi possono essere fonti di obbligazione diverse dal contratto e dal torto, come «ogni altro atto o fatto idoneo a produrle».

Si potrebbe replicare che correttezza, buona fede e affidamento sono concetti elastici, previsti nelle materie delle obbligazioni e dei contratti, ma la giurisprudenza ne ha esteso l'applicabilità al diritto di famiglia¹⁴⁶. In verità, più esattamente, dovrebbe ammettersi che buona fede e correttezza siano impliciti nei doveri di fedeltà, di cura e di assistenza morale e materiale previsti nella relazione di coniugio e di filiazione (artt. 143, 144, 147 e 315-*bis* c.c.)¹⁴⁷.

Neppure convince l'idea, adeguatamente superata dalla dottrina più recente¹⁴⁸, che fonda l'inapplicabilità degli obblighi di protezione

sferibile, banca girataria e contatto sociale: responsabilità contrattuale? e di A. FABRIZIO-SALVATORE, *Responsabilità della banca trattaria per l'assegno non trasferibile incassato da persona diversa dal beneficiario*.

¹⁴⁴ Cass., n. 16382/2009, in *Giur. it.*, 2010, 4, 1 ss. (in *Leggi d'Italia on line*), con nota di G. CHIARINI, *La natura della mediazione tra attività giuridica in senso stretto e mandato*, in *Corr. giur.*, 2010, 5, 587 ss., a cura di G. TRAVAGLINO, *Contrasti tra sezioni semplici*, in *Danno e resp.*, 2010, 3, 264, con nota di A. MASTRORILLI, *Mediazione e responsabilità da contatto sociale*, in *Obblig. e contr.*, 2010, 11, 1 ss. (in *Leggi d'Italia on line*), con nota di S. MEZZANOTTE, *Attività giuridica in senso stretto e responsabilità da contatto sociale nella mediazione*, in *Corr. giur.*, 2010, 2, 206 ss., con nota di R. P. PUCE, *La mediazione è attività giuridica in senso stretto. Tutto il resto è mandato. Approdo discutibile e controverso*.

¹⁴⁵ La dottrina si è divisa sul se l'obbligo di protezione debba essere necessariamente collegato a un obbligo di prestazione primario, che rappresenterebbe il suo antecedente logico. Nel primo senso A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, in *Corr. giur.*, 1999, 450. Nel secondo C. CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, 1, 67.

¹⁴⁶ Cass., n. 2315/1999, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, 4, 2347 ss., con nota di S. PATTI, *Venire contra factum proprium: principio antico per nuovi problemi della filiazione*, in *Fam. e dir.*, 1999, 3, 233 ss., con nota di M. SESTA, *Fecondazione assistita: la Cassazione anticipa il legislatore*; in *Foro it.*, 1999, I, 2918 ss., con nota di F. DI CIOMMO, *Fecondazione eterologa, disconoscimento di paternità e tutela del minore*, ivi, 1834 ss. con nota di E. SCODITTI, «Consensus facit filios». *I giudici, la Costituzione e l'inseminazione eterologa*; Trib. Firenze, 30.7.2015, *Mass.* in *Leggi d'Italia on line*, sulla questione del riconoscimento del figlio nato fuori del matrimonio consapevolmente non veridico.

¹⁴⁷ L. MORMILE, *Vincoli familiari i obblighi di protezione*, cit., 42, afferma che «nel negozio matrimoniale, la prestazione globalmente intesa si sostanzia proprio nell'obbligo di protezione».

alla relazione familiare sulla base dell'assenza, non tanto della patrimonialità delle prestazioni, quanto della contrapposizione delle posizioni. Non sembrano, pertanto, esservi ostacoli ad ammettere che l'inadempimento degli obblighi, *lato sensu* familiari, leda uno specifico, strutturato e preesistente rapporto, regolato dalla legge, con conseguente esclusione dell'illecito aquiliano¹⁴⁹.

La presenza di una relazione disciplinata dalla legge, attraverso la previsione di obblighi reciproci, com'è quella tra coniugi o tra genitori e prole, impedisce di evocare lo schema della responsabilità extracontrattuale¹⁵⁰, altrimenti si assimilerebbe il danneggiato nella famiglia a un comune passante¹⁵¹. Quest'argomentazione è già stata adoperata diversi anni orsono da Luigi Mengoni, secondo cui la previsione legislativa dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nelle trattative (art. 1337 c.c.), proprio perché lega due soggetti specifici - coloro che trattano - assoggettandoli a più obblighi, esige di qualificare come con-

¹⁴⁸ L. MORMILE, *Vincoli familiari i obblighi di protezione*, cit., 42, conclude rilevando che «proprio nell'ambito delle relazioni affettive ha modo di manifestarsi la prestazione di protezione per eccellenza, quale unitario oggetto di un negozio che non può ridursi al paradigma dell'obbligazione in senso tradizionale, ma che nel momento della sua realizzazione, all'obbligazione non può rinunciare».

¹⁴⁹ G. VETTORI, *Diritti della persona e unità della famiglia trent'anni dopo*, cit., 5, afferma argutamente che «gli obblighi che gravano sui componenti del gruppo familiare instaurano una relazione legale la cui violazione può comportare una responsabilità di tipo non aquiliano ma contrattuale. Sicché la violazione del dovere implica un risarcimento del danno non patrimoniale per violazione di un rapporto e non per la violazione di un diritto. Se è così l'area della risarcibilità si può ampliare oltre la soglia del diritto e specificare nella violazione del rapporto e dell'interesse in esso leso».

¹⁵⁰ C. CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, cit., 66, individua nella relazione la differenza essenziale tra la responsabilità aquiliana, in cui pure vi può essere un dovere di rispettare una regola specifica nei confronti di certi soggetti (si pensi agli obblighi nei confronti del pedone che attraversa sulle strisce pedonali) e la responsabilità per inadempimento del contratto. Effettivamente la relazione (dal lat. *relatio*) indica un legame tra persona e persona. Legame che, per come si articola - è fatto di scambi ripetuti tra i soggetti - e si distende nel tempo, impedisce ogni accostamento allo schema del rapporto che lega i soggetti nella responsabilità extracontrattuale. Il matrimonio (come del resto, sia pur con qualche distinguo, l'unione civile e la convivenza di fatto), poiché si basa su un progetto di vita condiviso, sull'affetto e sulla solidarietà reciproca, quindi su un insieme di diritti e di obblighi che preesistono alla lesione di una posizione giuridica soggettiva, costituisce la cornice giuridica al cui interno i protagonisti rafforzano sempre più le posizioni giuridiche soggettive di cui sono titolari, cui fanno da contraltare doveri nei confronti dell'altro. *Relatio* (tipica del matrimonio) e occasionalità dell'incontro (tipica della responsabilità extracontrattuale) sono fattispecie agli antipodi che, in punto di responsabilità da violazione di un diritto, non possono essere accomunate nel medesimo trattamento giuridico. Questi studi dottrinali sulla relazione quale categoria «essenziale» (cioè determinativa dell'esistenza) dell'obbligazione sono imprescindibili per chi intenda (o come la giurisprudenza deve) affrontare la questione della natura della responsabilità di un coniuge nei confronti dell'altro (ma anche del soggetto in unione civile o del convivente di fatto).

¹⁵¹ C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 446.

trattuale (*rectius*: da inadempimento dell'obbligazione) la responsabilità precontrattuale del soggetto che è stato scorretto nello svolgimento delle trattative e nella conclusione del contratto¹⁵².

Il pensiero dell'illustre giurista, gravido di potenzialità, è stato sviluppato dalla dottrina successiva e la giurisprudenza di legittimità lo ha applicato a diverse fattispecie concrete. Tanto da doversi constatare, come ha scritto la Cassazione, che vi è stato un «significativo ampliamento dell'area di applicazione della responsabilità contrattuale ... frutto di un'evoluzione del modo di intendere la responsabilità civile»¹⁵³.

Il punto da sottolineare sta nell'accettazione piuttosto ampia tra i giuristi, pratici e teorici (ma non mancano voci critiche)¹⁵⁴, del contatto sociale qualificato - o «pregnante», come si esprime talvolta la Suprema Corte - tra le parti quale fonte di obbligazioni. Se la relazione tra due soggetti è volta al perseguimento di uno scopo - sta qui la qualificazione - ciò fa scattare l'obbligo di buona fede, di protezione e di informazione, con conseguente affidamento nella correttezza reciproca¹⁵⁵.

La relazione o il contatto proteso ad uno scopo è quanto di più lontano ci sia dall'incontro occasionale e fortuito tra i consociati. E le obbligazioni scaturenti da tale rapporto non dipendono dalla lesione di

¹⁵² L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, I-II, p. 360. Cfr. anche F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, 133-134.

¹⁵³ Cass., n. 14188/2016, cit.

¹⁵⁴ A. ZACCARIA, *Der Aufhaltsame Aufstieg Des Sozialen Kontakts (la resistibile ascesa del «contatto sociale»)*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1, 1 ss. (versione in *Leggi d'Italia on line*), dopo aver ricostruito il dibattito dottrinale e giurisprudenziale tedesco sugli obblighi di protezione ed aver attentamente esaminato il § 311 (2) BGB, egli rivolge una dura critica alla ricostruzione teorica del contatto sociale effettuata dalla Cassazione, la quale sbaglierebbe anche nell'individuare il fondamento normativo nell'art. 1173 c.c. La Suprema Corte avrebbe ignorato - queste le parole dell'autore - «la teoria degli obblighi (legali) di protezione e la teoria della *Vertrauenshaftung*, tramite le quali, in Germania, per quelli che erano stati immaginati come obblighi extralegali di protezione, è stata delineata una fonte legale, e non (meramente) *fattuale*». Zaccaria non disconosce certo l'esistenza di fattispecie concrete da ricondurre alla responsabilità per inadempimento pur mancando un contratto, ma critica il riferimento al contatto sociale in fattispecie che comunque avrebbero potuto essere ricondotte sul piano della responsabilità contrattuale [ad esempio quella del mediatore e delle banche dove la fonte degli obblighi volta a volta inadempiti è legale o in altri casi dove viene in rilievo il contratto con effetti protettivi nei confronti dei terzi (nascituro e guida alpina)]. Insomma, secondo Zaccaria, all'ascesa del contatto sociale dal 1999 ad oggi si poteva resistere, spendendo altri argomenti, in particolare sforzandosi di trovare la fonte legale dell'obbligo. Egli invita ad uno sforzo in tale senso, altrimenti vi è un duplice rischio opposto: 1) cancellare la responsabilità extracontrattuale; 2) dilatare enormemente la responsabilità extracontrattuale, estendendo senza limiti la responsabilità da illecito omissivo.

¹⁵⁵ C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., 128-162, replica puntualmente e con grande acume alla critica rivolta da alcuni alla categoria dogmatica della obbligazione senza prestazione.

una situazione giuridica soggettiva preesistente, come nell'illecito aquiliano¹⁵⁶, ma si collocano, per così dire, a monte della relazione, governandola. Dunque in ragione di quanto osservato fin qui - sia consentita una parentesi - suscita perplessità l'intervento recente del legislatore che ha qualificato come extracontrattuale la natura della responsabilità del medico dipendente dalla struttura sanitaria (art. 7, co. 3, l. n. 24/2017 «Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie»).

Ad ogni modo, la fonte dell'obbligazione può essere diversa dal contratto, come dimostra anche quella giurisprudenza che ha applicato ampiamente la clausola generale della buona fede nell'esecuzione del contratto¹⁵⁷ o che ha ammesso, a fronte di una puntuazione, la responsabilità contrattuale da inadempimento di un'obbligazione specifica sorta durante la formazione del contratto¹⁵⁸.

¹⁵⁶ Afferma Cass., n. 14188/2016, cit., allineandosi a quanto scritto più di recente da Carlo Castronovo negli scritti già sopra citati, che: «L'esserci una struttura obbligatoria, vicenda tipica dell'obbligazione senza prestazione, segna, dunque, la differenza con la responsabilità aquiliana, *alla base della quale non vi è alcun obbligo specifico*, costituendo anche il dovere di «*alterum non laedere*» niente altro che la proiezione - insita nel concetto stesso di responsabilità - sul danneggiante del diritto del danneggiato all'integrità della propria sfera giuridica, al di fuori di un preesistente rapporto con il primo, atteso che, senza il rispetto da parte di chiunque altro dal titolare, il diritto in questione non sarebbe tale. Il "non rapporto" [questo è il punto, n.d.r.] caratterizza, pertanto, la responsabilità civile aquiliana, nella quale *la rilevanza giuridica del contatto semplice tra soggetti viene alla luce solo nel momento della lesione*, generando l'obbligo del risarcimento, laddove *nella relazione da «contatto sociale qualificato» sussiste un rapporto connotato da obblighi già a monte della lesione*, allorché non si tratti di obblighi di prestazione (art. 1174 cod. civ.), bensì di obblighi di protezione correlati all'obbligo di buona fede [(artt. 1175 e 1375 c.c.), corsivo mio]». Ebbene, la relazione tra coniugi o quella che si instaura per effetto della procreazione non può dirsi «semplice né occasionale», perché dal coniugio e dalla genitorialità scaturiscono obblighi, il cui inadempimento non può, proprio per le ragioni enucleate da una parte della dottrina sopra ricordata e dalla Cassazione, essere ricondotto alla fattispecie della responsabilità aquiliana.

¹⁵⁷ Il principio di buona fede nell'esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.), espressione, secondo la Cassazione, del principio costituzionale di solidarietà, è capace di generare, in funzione protettiva, obblighi ulteriori rispetto a quelli espressamente previsti dal contratto, costituendo, tale principio, «un dovere giuridico autonomo a carico di entrambe» le parti. La violazione del principio di buona fede nell'esecuzione dà luogo ad inadempimento del contratto «e può comportare l'obbligo di risarcire il danno che ne sia derivato a titolo di responsabilità contrattuale» [così Cass., n. 14188/2016, cit., che richiama Cass., 21250/2008, Cass., n. 1618/2009, entrambe in *Leggi d'Italia on line* e Cass., n. 22819/2010, in *Corr. giur.*, 2011, 11, 1 ss. (versione in *Leggi d'Italia on line*), con nota di C. FIN., *Illegittimità del protesto e risarcimento del danno non patrimoniale per violazione del dover di protezione nei confronti del correntista*.

¹⁵⁸ Cass. Sez. un., n. 4628/2015, in *Giur. it.*, 2015, 5, 1064 ss., con nota di G. PALERMO, *L'atipicità dei procedimenti di formazione del contratto*, in *Contratti*, 2015, 6, 545 ss., con nota di V. BRIZZOLARI, *Il preliminare di preliminare: l'intervento della Sezioni unite*, in *Corr. giur.*, 2015, 5, 609 ss., con note di V. CARBONE, *Il diritto*

In coerenza con questa impostazione, la Cassazione ha da ultimo ritenuto che debba essere ammessa la natura contrattuale delle responsabilità precontrattuali, la quale «è una figura normativamente qualificata di contatto sociale»¹⁵⁹ ed è fatto idoneo a produrre obbligazioni ai sensi dell'art. 1173 c.c.

A parte la correttezza di quest'ultima asserzione, di certo è stato alquanto ampliato l'ambito applicativo della responsabilità contrattuale, la quale non è legata necessariamente all'esistenza di un contratto, ma promana non soltanto dal contatto sociale, quanto essenzialmente dalla relazione qualificata tra due soggetti, perché governata da obblighi giuridici preesistenti.

Questa conclusione, se è vera, influenza la questione dell'inosservanza dei doveri coniugali e genitoriali, sottraendola alla forza attrattiva dell'illecito aquiliano. Il coniuge matura un affidamento sulla stabilità del rapporto e sulla solidarietà reciproca. Se vi è stata la violazione dell'obbligo reciproco di fedeltà e di assistenza morale e materiale, è un fuor d'opera applicare la responsabilità extracontrattuale, se non obliterando la pregressa relazione qualificata in quanto connotata da diritti e obblighi legali riferiti a ciascuna delle parti.

Si vedrà tra un attimo se il diritto al risarcimento del danno sussista soltanto qualora la condotta del coniuge abbia leso un diritto fondamentale dell'altro. Intanto va sottolineato che l'obbligo di protezione, implicito nell'art. 143, co. 2, c.c., apporta un guadagno al diritto di famiglia, perché orienta le condotte e conduce il conflitto che abbia cagionato un danno non patrimoniale fuori dal *tort*, inserendolo nella responsabilità per inadempimento.

Fino ad ora si è scritto a proposito della posizione del coniuge che abbia subito un danno per effetto della violazione dell'obbligo di protezione. Vero è che la conclusione sulla natura della responsabilità, non cambia qualora ad aver subito un danno sia stato il figlio. Il quale, anche se nato fuori del matrimonio, matura un affidamento nei confronti del genitore che non l'abbia riconosciuto o che sia inadempiente all'obbligo di mantenimento. Affidamento che trova la propria fonte nell'art. 30, co. 1, Cost. e nell'art. 315-*bis* c.c., disposizioni queste che, rispettivamente, prescrivono obblighi a carico dei genitori e stabiliscono diritti del figlio.

È stato tra l'altro autorevolmente affermato¹⁶⁰ che l'esistenza di

vivente dei contratti preliminari e di F. FESTI, *Il contratto preliminare di preliminare*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 7-8, 10601 ss., con nota di G. Buset, *Le Sezioni unite sul preliminare di preliminare di vendita immobiliare*.

¹⁵⁹ Cass., n. 14188/2016, cit. Critico nei riguardi di tale argomento, già espresso da Cass., n. 26748/2011, in *Contratti*, 2012, 4, 235 ss., con nota di F. DELLA NEGRA, *Culpa in contrahendo, contatto sociale e modelli di responsabilità*, è A. ZACCARIA, *La natura della responsabilità per culpa in contrahendo secondo il punto di vista del gambero*, in *Riv. dir. civ.*, 20156, 2, 1 ss. (versione in *Leggi d'Italia on line*), il quale nega che il contatto sociale debba essere annoverato tra le fonti delle obbligazioni.

¹⁶⁰ Da C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., 147. Cfr. anche il pensiero di

obblighi di legge violati genera, di per sé, una responsabilità da inadempimento (dell'obbligazione), senza necessità di invocare il contatto sociale. Com'è noto, sotto il profilo della disciplina, ritenere applicabile ai danni endofamiliari le regole della responsabilità per inadempimento comporta, rispetto alla tutela aquiliana, un allungamento dei termini di prescrizione (da 5 a 10 anni) e un diverso e più agevole regime di distribuzione dell'onere della prova per l'attore in giudizio.

A questo punto del ragionamento, occorre fare un passo avanti. Spostando il ragionamento dalla logica della lesione dei diritti fondamentali a quella del rapporto qualificato perché regolato da obblighi di fonte legale, ne deriva quanto segue. La violazione degli obblighi familiari e del dovere di protezione a questi connaturato dovrebbe giustificare, già da sé, la risarcibilità del danno non patrimoniale, senza che quest'ultimo debba scaturire necessariamente dalla lesione di diritti fondamentali¹⁶¹.

Si deve attribuire il giusto rilievo ai rapporti familiari, i quali, altrimenti, risultano sottovalutati, sviati dalle loro peculiarità a tutto vantaggio di una concezione individualistica della famiglia. Una concezione in cui il soggetto è tutelato soltanto nella dimensione dei diritti fondamentali, legati, secondo le Sezioni unite della Cassazione, alla particolare gravità della lesione, e non già soltanto in forza della mera inservanza dei doveri nascenti dal matrimonio¹⁶².

La centralità del rapporto connotato da obblighi reciproci dovrebbe indurre a slegare la rilevanza del fatto lesivo dalla prospettiva dei diritti fondamentali. La Cassazione, però, qualora accettasse questa impostazione, potrebbe confermare il proprio orientamento sulla risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento¹⁶³. Ma sarebbe

diversi giuristi tedeschi sugli obblighi di fonte legale, riassunto da A. ZACCARIA, *Der Aufhaltsame Aufstieg Des Sozialen Kontakts (la resistibile ascesa del «contatto sociale»*, cit., 5 ss., il quale sostiene che «un contatto sociale» può costituire fonte di obbligazioni soltanto per il tramite di una base negoziale o normativa». Base normativa di doveri che sussiste con riguardo al rapporto di filiazione e di coniugio.

¹⁶¹ M. PARADISO, *Famiglia e responsabilità civile endofamiliare*, cit., 8 ss. (versione in *Leggi d'Italia on line*).

¹⁶² M. PARADISO, *Famiglia e responsabilità civile endofamiliare*, cit., 9 (versione in *Leggi d'Italia on line*), afferma che la «responsabilità aquiliana ...serve solo per negare matrimonio e famiglia come specifiche dimensioni giuridiche, munite di una propria identità e caratterizzazione (...). Mi sembra che l'ingresso della responsabilità aquiliana in famiglia sia operazione almeno in via di fatto coerente a un complesso disegno [che l'autore non condivide] diretto a sancire la perdita di specificità, e perciò di significato, delle relazioni familiari». L'autore ritiene possibile «tutelare posizioni giuridiche traumaticamente lese dal «tradimento» di un familiare». Non sarebbe corretto, insomma, secondo il ragionamento di Paradiso, dare rilievo soltanto a condotte di «speciale gravità», offensive della dignità o aggressive e ingiuriose. Il ricorso alle sole regole generali nasconderebbe - è sempre l'autore a parlare - un atteggiamento arrendevole di fronte alla questione di «individuare il nocciolo ultimo, la stessa significanza dei rapporti familiari».

¹⁶³ Cass. Sez un., n. 26972/2008, cit., ammette la risarcibilità del danno non pa-

una scelta discutibile, in considerazione della specificità della relazione coniugale (art. 29, co. 1, Cost.) e filiale (art. 30, co. 1, Cost.) e delle rispettive tutele.

Il matrimonio e il rapporto di filiazione sono depotenziati, se non addirittura privati dei loro contenuti che si esprimono in ben precisi diritti, ammettendo che la condotta lesiva della sfera giuridica altrui rilevi soltanto se riconducibile nello schema del danno non patrimoniale come ricostruito dalle Sezioni Unite.

Ad ogni modo, un rilievo attenua la critica della de-giuridificazione e stempera le posizioni contrapposte. I diritti del coniuge e del figlio, poiché sono in larga parte strettamente connessi allo svolgimento della personalità dell'individuo e all'identità personale, assurgono al rango di diritti costituzionali. Per questa ragione è senz'altro legittima la domanda di risarcimento del danno non patrimoniale per lesione del diritto del coniuge e del figlio di ricevere assistenza morale e materiale, del diritto del figlio minorenni sia di essere ascoltato al fine di autodeterminarsi secondo le proprie «inclinazioni naturali» ed «aspirazioni», sia di essere mantenuto (cfr. *supra* § 7).

Il problema della risarcibilità del danno non patrimoniale da infedeltà è, invece, più articolato. Si devono distinguere due fattispecie: quella in cui l'adulterio rimanga all'interno delle mura domestiche e quella in cui la condotta si disveli particolarmente offensiva e l'infedeltà sia conosciuta da altri soggetti, divenendo perciò lesiva della dignità personale e, talvolta, della salute del coniuge tradito¹⁶⁴. Negare nel primo caso la risarcibilità del danno non patrimoniale, ammettendola solo nel secondo (così è secondo la Cassazione), rende ineffettivo l'obbligo di fedeltà e l'affidamento che un coniuge abbia riposto nell'altra persona.

Non si può obiettare che, secondo la Cassazione, il danno non patrimoniale, per essere risarcibile, debba dipendere dalla violazione di una legge ordinaria che espressamente ne preveda la risarcibilità o di un diritto inviolabile. La replica è agevole: il matrimonio è dotato della garanzia costituzionale di cui all'art. 29 Cost., quindi non vi sarebbero seri ostacoli ad ammettere il risarcimento del danno dipendente dalla mera violazione dell'obbligo di fedeltà, pur rimanendo ancorati all'o-

trimoniale da inadempimento del contratto (arg. ex art. 1174 c.c.). Si scrive nella sentenza: «se l'inadempimento dell'obbligazione determina, oltre alla violazione degli obblighi di rilevanza economica assunti con il contratto, anche la lesione di un diritto inviolabile della persona del creditore, la tutela risarcitoria del danno non patrimoniale potrà essere versata nell'azione di responsabilità contrattuale, senza ricorrere all'espediente del cumulo di azioni». Un esempio emblematico è il danno da vacanza rovinata conseguente all'inadempimento del contratto di vendita di un pacchetto turistico (art. 47 d. lgs. n. 79/2011, codice del turismo).

¹⁶⁴ Vi sono stati casi in cui l'infedeltà è risultata particolarmente offensiva del coniuge tradito, perché consumata con parenti di quest'ultimo o con un mortificante *strepitus fori* attraverso anche l'utilizzo dei *social network*.

rientamento delle Sezioni Unite sulla risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento.

Piuttosto va rimarcato che il *quantum* da liquidare sarà superiore nella seconda fattispecie di adulterio sopra distinta.

Un cenno merita anche il caso in cui sia il promesso sposo a recedere senza giustificato motivo dalla promessa di matrimonio. Qui viene in rilievo la libertà di rifiutare la costituzione dello *status* di coniuge; una libertà che esiste fino a un attimo prima della dichiarazione dell'ufficiale dello stato civile di essere uniti in matrimonio (art. 79 c.c.). Sorprende però che, secondo la Cassazione¹⁶⁵, la pretesa risarcitoria debba limitarsi alle «spese fatte» e alle «obbligazioni contratte a causa di quella promessa», non avendo il legislatore contemplato, negli artt. 79-81 c.c., la risarcibilità del danno non patrimoniale¹⁶⁶.

¹⁶⁵ Cass., ord. n. 9/2012, in *Fam. e dir.*, 2014, 4, 329 ss., con nota adesiva di G. OBERTO, *Il matrimonio è morto: evviva la promessa di matrimonio*, in *Fam. pers. e succ.*, 2012, 6, 1 ss. (versione *on line*), con nota critica di C. CARICATO, *Ancora sulla promessa di matrimonio*, in *Obblig. e contr.*, 2011, 7, 1 ss. (versione *on line*), con nota critica di S. MEUCCI, *Danno non patrimoniale e rottura ingiustificata della promessa di matrimonio*, in *Obblig. e contr.*, 2011, 7, 1 ss. (versione *on line*). Secondo questa pronuncia, in caso recesso ingiustificato dalla promessa di matrimonio, il danno deve essere circoscritto a quanto previsto dall'art. 81, co. 1, c.c., ossia alle spese fatte e alle obbligazioni assunte in previsione delle nozze, nei limiti in cui tutto ciò corrisponda alle condizioni delle parti. Si scrive nell'ordinanza: «poiché la legge vuol salvaguardare fino all'ultimo la piena ed assoluta libertà di ognuno di contrarre o non contrarre le nozze, l'illecito consistente nel recesso senza giustificato motivo non è assoggettato ai principi generali in tema di responsabilità civile, contrattuale od extraccontrattuale, né alla piena responsabilità risarcitoria che da tali principi consegue, poiché un tale regime potrebbe tradursi in una forma di *indiretta pressione sul promittente nel senso dell'accettazione di non legame non voluto*» [corsivo mio]. Ma neppure si vuole che il danno subito dal promissorio incolpevole rimanga del tutto privo di risarcimento. «Il componimento fra le due opposte esigenze ha comportato la previsione a carico del recedente ingiustificato non di una piena responsabilità per danni, ma di un'obbligazione *ex lege* a rimborsare alla controparte quanto meno l'importo delle spese affrontate e delle obbligazioni contratte in vista del matrimonio. Non sono risarcibili voci di danno patrimoniale diverse da queste e *men che mai gli eventuali danni non patrimoniali* [corsivo mio]».

¹⁶⁶ Alcuni autori (S. MEUCCI, *op. cit.*, 4-13, versione *on line*; V. CARBONE, *Rottura della promessa di matrimonio e danni non patrimoniali*, in *Corr. giur.*, 2012, 3, 322) hanno criticato l'asserzione della Cassazione secondo cui dal bilanciamento legislativo tra il principio della libertà del consenso al matrimonio e l'esigenza di tutelare la sfera patrimoniale del nubendo irragionevolmente abbandonato si debba trarre l'irrisarcibilità del danno non patrimoniale. Non vi sarebbero ragioni, secondo tale dottrina, per escludere la risarcibilità del danno non patrimoniale, qualora possa essere provato che la rottura ingiustificata della promessa di matrimonio abbia leso la dignità, la reputazione o l'integrità psichica altrui. Effettivamente la Suprema Corte ha riconosciuto una "forza" eccessiva alla libertà di contrarre matrimonio, tale da annientare diritti e principi fondamentali con essa in contrasto. Se da un lato è indubbio che, di per sé, la rottura della promessa di matrimonio non giustifichi una domanda di risarcimento del danno non patrimoniale quale conseguenza in *re ipsa* del fatto. Dall'altro la disciplina di cui all'art. 81 c.c. non può certo obliterare la tutela dei diritti fondamentali del-

Non si comprende perché mai sia stato radicalmente escluso che l'atto del recesso possa ledere un diritto fondamentale del promesso sposo. Anche con riguardo alla promessa di matrimonio possono venire in rilievo i beni della dignità, dell'onore, della reputazione e della salute.

Spostando nuovamente l'attenzione sui diritti dei figli, preme ribadire come essi non siano coinvolti dalla (discutibile) distinzione della Cassazione, innanzi rammentata, sulla risarcibilità dei danni intra-familiari. Ciò in quanto la loro violazione lede pressoché sempre una posizione di rilevanza costituzionale. Il che non esclude l'opportunità di codificare specifiche fattispecie risarcitorie. Com'è accaduto con il nuovo art. 337-*sexies*, co. 2, c.c., secondo cui la mancata comunicazione all'altro genitore del cambiamento di residenza o domicilio «obbliga al risarcimento del danno eventualmente verificatosi a carico del coniuge [o dell'altro genitore ex convivente di fatto] o dei figli per la difficoltà di reperire il soggetto». Così disponendo, il legislatore ha rafforzato la tutela del diritto costituzionale del minore di mantenere un rapporto «continuativo» con ciascuno dei genitori (art. 337-*ter*, co. 1, c.c.) e anche il diritto del genitore di conservare questo stesso rapporto (art. 30, co. 1, Cost.).

È sempre l'art. 30, co. 1, Cost. a proteggere il minore qualora il padre non lo riconosca, o non lo mantenga (cfr. *supra* § 6). Si viola invece il principio personalistico (artt. 2 e 3 Cost.) se il genitore, nell'esercizio della responsabilità genitoriale, disattenda sistematicamente le inclinazioni naturali e le aspirazioni del figlio (art. 316, co. 1, c.c.). In tutte queste fattispecie concrete la tutela minima è costituita dal risarcimento del danno da inadempimento di doveri legali.

Quanto osservato fin qui sulle fonti dell'obbligazione e sulla natura della responsabilità per inadempimento che può scaturire dal rapporto coniugale o di parentela, induce ad una considerazione. La quale muove dall'ampliamento del fondamento della filiazione. Se quest'ul-

la persona che, se lesi, esigono di essere risarciti. Altrimenti la libertà di contrarre matrimonio, che è sì dotata di garanzia costituzionale (insiste su questo aspetto G. OBERTO, *op. cit.*, 10), diventa un valore tiranno in grado di prevaricare altre posizioni giuridiche soggettive pure costituzionalmente rilevanti. Insomma la persona deve certamente sentirsi libera di non dare seguito alla promessa matrimoniale, ma, al tempo stesso, non può porre in essere condotte lesive di diritti fondamentali del promesso sposo. Non può replicarsi che così argomentando diverrebbero tiranni (all'opposto) valori e diritti diversi dalla libertà di non contrarre matrimonio, non foss'altro perché essi non precludono certo l'esercizio di tale libertà. Al di là di questa complessa diatriba, ciò che preme sottolineare è la specificità dei diritti che sorgono dal matrimonio. Come si è rilevato sopra nel testo, esiste una corrente di pensiero secondo cui è ben possibile ritenere che la violazione dell'obbligo di fedeltà possa giustificare il risarcimento del danno a prescindere dall'esistenza di una condotta lesiva di un bene giuridico diverso da quello sotteso a tale obbligo, quale la dignità umana o la salute. L'aver infranto la promessa di matrimonio, invece, non è un fatto che da solo possa fondare la domanda di risarcimento del danno.

timo, come si è cercato di dimostrare, è rinvenibile anche nel legame di fatto e se la vita familiare esiste giuridicamente come situazione di fatto, non può escludersi la fondatezza di una domanda risarcitoria nei confronti del soggetto che, dopo essersi comportato per un certo tempo come fosse il genitore, abbandoni all'improvviso il minore.

10. TUTELA DELLA BIGENITORIALITÀ E ART. 709-TER C.P.C.

Il risarcimento del danno è una tecnica di protezione della persona, entrata definitivamente nel rapporto familiare. Ciò è avvenuto grazie alla dottrina e alla giurisprudenza, le quali hanno saputo rispondere alle nuove istanze di protezione del coniuge, del figlio e dei genitori, in un rinnovato e più complesso sistema delle fonti. Anche il legislatore è intervenuto, prevedendo specifiche fattispecie risarcitorie (artt. 81, 337-*sexies*, co. 2 c.c.) o di natura indennitaria (129-*bis* c.c.).

Rimanendo sul versante degli interventi legislativi c'è, com'è noto, un altro articolo, il 709-*ter*, inserito dalla legge n. 54/2006 nel codice di procedura civile, in cui si fa riferimento, per ben due volte, alla risarcibilità del danno: una a beneficio del minore, l'altra del genitore. Sulla natura di queste due fattispecie risarcitorie occorre soffermarsi, in ragione della ripresa del dibattito soprattutto per impulso della giurisprudenza. Non è chiaro se la corresponsione di una somma di denaro sia volta a ristorare la vittima della condotta illegittima ovvero a punire, quale funzione esclusiva, l'autore della stessa.

Svilupperemo questo tema più avanti nel paragrafo successivo, non prima di aver posto adeguatamente in rilievo il nesso che c'è tra l'art. 709-*ter* c.p.c. e la tutela del rapporto genitoriale. Proprio in ragione della centralità di tale legame, le disposizioni contenute nell'art. 709-*ter*, pur non immuni da incertezze interpretative, sono da valutare con favore, perché contribuiscono ad attuare il diritto alla bigenitorialità¹⁶⁷. Un diritto inteso dalla Cassazione «quale *presenza comune dei genitori nella vita del figlio*, idonea a garantirgli una stabile consuetudine di vita e salde relazioni affettive con entrambi, i quali hanno *il dovere di cooperare* nella sua assistenza, educazione e istruzione»¹⁶⁸.

Il valore che si intende preservare con l'art. 709-*ter* c.p.c. è, dunque, quello della partecipazione collaborativa di entrambi i genitori alla crescita del figlio. Ciò postula inevitabilmente l'attenuazione della conflittualità esistente fra i genitori. Un risultato, questo, perseguito dall'ordinamento attraverso la disposizione in esame ed altre già esaminate (cfr. *amplius supra* cap. II-sez. I, § 16).

¹⁶⁷ M. SESTA, *Il danno nelle relazioni familiari tra risarcimento e finalità punitiva*, in *Fam. e dir.*, 2017, 3, 290.

¹⁶⁸ Cass., n. 6919/2016, in *Foro it.*, 2016, I, 1655 ss.

La preminente finalità di garantire la presenza di entrambi i genitori nella vita della prole non deve, tuttavia, prevaricare la volontà contraria del figlio, capace di autodeterminarsi, ad incontrare uno dei genitori. È questo un punto delicato. Il giudice potrebbe decidere, nell'interesse del minore, di non far svolgere incontri genitore-figlio, assecondando la volontà consapevole e matura di quest'ultimo¹⁶⁹. Anche in tale ipotesi - lo si sottolinea - non si deve dismettere l'obiettivo fatto proprio dall'ordinamento di ripristinare la relazione perduta.

A tal fine i tribunali sovente incaricano i servizi sociali di monitorare attentamente la situazione, per verificare se vi sia una richiesta da parte del minore di riprendere il rapporto con il genitore rifiutato o uno sforzo produttivo di quest'ultimo volto a ripristinare una corretta relazione con il figlio. Alla ricostituzione della relazione genitoriale, esito cui tendere sempre anche nelle situazioni più difficili, deve collaborare il genitore affidatario (o collocatario)¹⁷⁰.

La tutela del minore - è bene rimarcarlo - è strettamente legata alla posizione giuridica del genitore, come emerge anche dall'art. 709-ter c.p.c. centrato sulla finalità di preservare il valore della corretta relazione tra i genitori nell'esercizio della responsabilità genitoriale (cfr. *amplius supra* cap. II-sez. I, § 4 let. f).

I diritti del minore previsti dall'art. 315-bis, coo. 1 e 2, c.c. rischiano di attenuarsi in conseguenza della separazione personale, del divorzio o della crisi tra i genitori non sposati. Per contrastare questo rischio, in presenza di tali accadimenti, il legislatore ha adottato *istituti e strumenti* a tutela del diritto della prole minorenni «di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con entrambi i genitori, di ricevere cura, educazione, istruzione e assistenza morale da entrambi» (art. 337-ter, co.1, c.c.).

Quanto ai primi (gli istituti), l'affidamento condiviso (art. 337-ter,

¹⁶⁹ Cass., n. 20107/2016, in *Leggi d'Italia on line*, conferma la pronuncia d'appello che aveva considerato legittimo l'affidamento della minore al Comune di Milano, la collocazione della stessa presso la madre e l'interruzione delle visite del padre. La Cassazione, nel valutare (positivamente) la pronuncia della Corte d'appello, scrive che: «si tratta di una decisione incentrata sulla valutazione dell'interesse della minore e sulla valorizzazione della sua capacità di autodeterminazione e improntata a favorire quel recupero della relazione padre-figlia che secondo la valutazione della Corte di appello potrebbe essere ulteriormente pregiudicato dall'imposizione di mutamenti nel regime di affidamento e di percorsi terapeutici e incontri obbligati». Conseguentemente deve escludersi che la motivazione della Corte di appello sia stata viziata «dall'omesso esame di fatti rilevanti al fine della decisione da adottare sull'affidamento della minore e sulle sue relazioni con il padre».

¹⁷⁰ Cass., n. 20107/2016, cit., reputa corretta la decisione della Corte d'appello di incaricare i servizi sociali di seguire gli sviluppi della vita familiare, «specificamente con riferimento alle eventuali richieste [della minore, all'epoca quindicenne] di riprendere i contatti con il padre, e parallelamente di fornire al [medesimo] il supporto per poter individuare la migliore strategia per recuperare la relazione con la figlia e alla madre per poter adottare condotte che favoriscano tale recupero».

coo. 2, 3 c.c.) e l'affido esclusivo con esercizio congiunto della responsabilità genitoriale per le decisioni di maggior interesse (art. 337-*quater*, co. 3, c.c.) sono chiaramente protesi a conservare la relazione tra genitore e figlio, anche nei suoi risvolti operativi esterni in cui vi è necessità di compiere atti giuridici. Essi esigono, come si è già rilevato (cfr. *supra* cap. II-sez. I, §§ 16-17), una propensione di entrambi i genitori all'accordo e una capacità di dialogo con la prole, quali condizioni imprescindibili del buon funzionamento dei medesimi. Ciascun genitore deve rispettare i tempi e le modalità di permanenza presso di sé del figlio ed essere ragionevole nelle scelte da assumere di concerto, qualora dovessero, come spesso accade, insorgere difficoltà e tensioni.

In caso di affido esclusivo, il genitore affidatario permette e agevola il diritto di visita dell'altro, secondo quanto previsto dal provvedimento giudiziale. Sono sicuramente illegittimi atteggiamenti ostruzionisti che impediscano, anche solo disincentivando il minore, gli incontri con l'altro genitore.

Ancor più grave è quella condotta reiterata con cui la madre o il padre induca deliberatamente il figlio ad avversare l'altra figura genitoriale, al punto da ingenerare un rifiuto della medesima (c.d. PAS «*parental alienation syndrome*», sindrome da alienazione parentale). Correttamente la giurisprudenza di legittimità ha affermato che l'idoneità genitoriale, elemento rilevante ai fini dell'affidamento e del collocamento prevalente del figlio, si desume, tra l'altro, dalla capacità di preservare «la continuità delle relazioni parentali attraverso il mantenimento della trama familiare, al di là di egoistiche considerazioni di rivalsa sull'altro genitore»¹⁷¹.

Ma v'è di più, poiché deve considerarsi insufficiente l'atteggia-

¹⁷¹ Cass., n. 6919/2016, cit., censura la pronuncia della Corte d'appello perché i giudici, al di là della *querelle* che attraversa la scienza medica sulla natura della PAS, non hanno indagato le ragioni del rifiuto da parte della figlia di frequentare il padre. Questa omissione è motivo di impugnazione perché, per poter applicare correttamente l'istituto dell'affidamento condiviso e stabilire quale debba essere il collocamento prevalente del figlio, occorre sapere se il rifiuto di una figura genitoriale dipenda o meno dalla condotta dell'altro genitore. Qualora l'esito dell'indagine dovesse essere positivo, mancherebbe l'idoneità genitoriale in chi ha determinato l'allontanamento del figlio dall'altra figura genitoriale. Il giudice di merito, per formare un tale convincimento, secondo questa sentenza, «può utilizzare i comuni mezzi di prova tipici e specifici della materia (incluso l'ascolto del minore) e anche le presunzioni (desumendo eventualmente elementi anche dalla presenza, laddove esistente, di un legame simbiotico e patologico tra il figlio e uno dei genitori)». Cfr. Trib. Roma, 11.10.2016, n. 18799, in *www.ilcaso.it*, il quale sanziona con il risarcimento del danno la madre che, pur non essendo stata la causa dell'avversione del minore nei confronti del padre, non ha posto in essere alcun *comportamento propositivo* per tentare di far riavvicinare il figlio al padre. Anzi ella ha avallato i pretesti addotti dal figlio per saltare gli incontri programmati con il padre, «continuando a palesare la sua disapprovazione in termini screditanti nei confronti del marito». Ritiene il tribunale che la moglie abbia svilito l'altra figura genitoriale «nel suo ruolo di educatore e di figura referenziale». Oltre alla sanzione ri-

mento di neutralità nei confronti dell'altro genitore. Il principio della bigenitorialità, secondo la Cassazione, impone non soltanto di non screditare l'altro, perché si è sopraffatti da un sentimento di acredine, oppure di non restare indifferenti sull'andamento del rapporto con l'altro genitore, ma anche «di promuovere attivamente e costantemente il ravvicinamento dei figli al genitore non affidatario»¹⁷². Ciò in quanto la capacità genitoriale si valuta in ragione dell'attitudine a favorire, finanche attraverso uno sforzo di recupero di un rapporto deteriorato, le frequentazioni con l'altro genitore. Sono perciò valutate negativamente sia le condotte commissive di chi si adoperi per distruggere o incrinare il rapporto genitoriale, sia le omissioni del genitore che resta inerte di fronte alla necessità di agire, nell'interesse del figlio, per recuperare una relazione accettabile con l'altro genitore.

Questo punto è di estrema importanza, tanto che i giudici devono prestare particolare attenzione a predisporre misure di tutela *effettiva* del rapporto genitoriale. Secondo la Corte EDU la magistratura italiana, di fronte ad una situazione di svilimento della bigenitorialità, è tenuta ad adottare (talvolta non lo ha fatto) misure specifiche, funzionali al tempestivo e reale ripristino della collaborazione tra i genitori e dei rapporti tra uno dei due e il figlio¹⁷³. La Corte europea è sensibile alla

sarcitoria, il trib. ammonisce la madre (art. 709-ter, co. 2 n. 1, c.p.c.), invitandola a tenere «una condotta improntata al rispetto del ruolo genitoriale dell'ex coniuge e ad astenersi da ogni condotta negativa e denigratoria del medesimo».

¹⁷² Cass. n. 4176/2014, in *Leggi d'Italia on line*.

¹⁷³ Corte EDU, 9.1.2013, *causa Lombardo c. Italia*, ric. n. 25704/11, in *www.echr.coe.int*; Corte EDU, 15.9.2016, *causa Giorgioni c. Italia*, ric. n. 43299/12, in *www.echr.coe.int*. In entrambe le pronunce, ciascuna delle quali richiama molti altri precedenti, si afferma che l'art. 8 Cedu non si limita ad imporre allo Stato *obblighi negativi* di non ingerenza nei diritti ivi previsti (se non nei limiti tassativamente previsti dal comma 2), ma esige l'adempimento di *obblighi positivi* volti a garantire un rispetto effettivo della vita privata e familiare. Il caso Giorgioni è contrassegnato da un atteggiamento della madre ostativo all'esercizio del diritto di visita del padre; diritto che, secondo il tribunale italiano, avrebbe dovuto svolgersi senza la presenza della madre, la quale, invece, si opponeva a siffatta modalità. Tra l'altro durante un giudizio, il minore aveva espresso il desiderio di trascorrere più tempo con il padre. La condotta della madre, la quale imponeva sempre la sua presenza, aveva indotto il padre ad interrompere ogni rapporto con il figlio e a chiederne l'affidamento esclusivo vista l'impossibilità di esercitare il suo diritto di visita, come era stato regolato dal tribunale (cioè senza la presenza della madre né dei servizi sociali). Esauriti i gradi di giudizio italiani, il Giorgioni si rivolge alla Corte EDU, chiedendo la condanna dello Stato italiano per non aver adottato misure positive pregnanti che gli avrebbero consentito di esercitare il suo diritto di visita dal 2006 e di consolidare una relazione positiva con suo figlio. La Corte rileva che i giudici italiani non hanno saputo garantire il diritto di visita del ricorrente, secondo le modalità da loro stessi previste ossia senza la presenza della madre e dei servizi sociali. I giudici interni avrebbero dovuto adottare strumenti atti a consentire il mantenimento effettivo del legame familiare tra il padre e il figlio. Invece i giudici nazionali hanno scelto «misure automatiche e stereotipate, quali richieste successive di informazioni e una delega del monitoraggio della famiglia ai servizi sociali che prevede l'obbligo per questi ultimi di far rispettare il diritto di visita del ricorrente (...). Così la Corte ritiene che le autorità italiane abbiano lasciato che si

dimensione dell'effettività della tutela che, con riguardo alla bigenitorialità, si esprime nel dovere del giudice di adottare non già una qualsiasi misura ripristinatoria del diritto leso, ma tutte quelle misure in grado di garantire con la probabilità più alta l'attuazione del diritto sia *del figlio* che *del genitore* di conservare un rapporto improntato alla frequenza reciproca. Nella motivazione di più pronunce, la Corte EDU ha valorizzato il diritto del genitore di non essere estromesso dalla vita del figlio.

Se da un lato quest'ultimo ha diritto di relazionarsi pienamente con entrambi i genitori, dall'altro, esiste un diritto alla genitorialità (art. 30, co. 1, Cost.) o, in altri termini, al rispetto della vita familiare (art. 8 CEDU), nel senso - per quanto qui rileva - di poter continuare a svolgere, senza interruzioni, il ruolo genitoriale. Impedire o ostacolare i contatti e la frequentazione tra un genitore e la prole lede un diritto sia dell'uno che dell'altro¹⁷⁴, con conseguente ammissibilità di una do-

consolidasse una situazione di fatto creata a dispetto delle decisioni giudiziarie (...)). Lo Stato italiano non ha fatto abbastanza per garantire il diritto di visita del ricorrente, violando così il diritto del medesimo al rispetto della vita familiare. La Corte EDU ritiene che solo al partire dal 2010 le autorità italiane abbiano adottato le misure necessarie per incoraggiare i genitori a collaborare e per ripristinare le relazioni tra il ricorrente e il figlio. La Corte perciò condanna l'Italia a pagare euro 10.000,00 al ricorrente con riguardo al solo periodo dal 2006 al 2010, per violazione dell'art. 8 Cedu. È interessante notare come l'interpretazione dell'art. 8 Cedu, nel senso di ritenere sussistente un obbligo degli Stati (*rectius* «le Alte Parti contraenti», art. 1 Cedu) di garantire l'effettività, tramite misure efficienti, del diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, abbia rafforzato l'ordinamento italiano della filiazione e segnatamente la tutela del rapporto di filiazione formalizzato nello stato di figlio. Qui la tutela si esprime attraverso il ripristino di una corretta relazione genitoriale. Altre applicazioni giurisprudenziali già esaminate hanno mostrato un altro profilo della tutela attinente, invece, alla conservazione della filiazione di fatto. Senza entrare nuovamente nel merito, è agevole rilevare come la pluralità dei livelli normativi, sovraordinati alla legge ordinaria, abbia costituito (e così sarà in futuro, un futuro da difendere) un rilevante fattore propulsivo dell'attuazione dei diritti fondamentali della persona.

¹⁷⁴ Trib. min. Trieste, 23.8.2013, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 1, 1004 ss., con nota di J. LONG, *Restare padre dietro le sbarre: il diritto del padre detenuto e del figlio alla reciproca frequentazione*, afferma che la carcerazione del genitore non è, di per sé sola, motivo sufficiente a precludere la frequentazione col figlio. L'affermazione è condivisibile, poiché il genitore deve essere estromesso completamente dall'esercizio della responsabilità genitoriale solo qualora si sia dimostrato del tutto inadatto a svolgere il ruolo genitoriale o abbia manifestato disinteresse nei confronti del figlio. Il nuovo art. 337-*quater*, co. 3, c.c., nell'aver reso elastico all'affidamento esclusivo, palesa plasticamente l'importanza del legame di dipendenza che sussiste tra il rapporto con ciascun genitore e l'esercizio della responsabilità genitoriale. È un dato dell'esperienza pratica quello secondo cui la relazione del genitore con il figlio si consolida se il primo partecipa alle decisioni che riguardano il secondo. L'affidamento super-esclusivo (cfr. *supra* cap. III-sez. I, § 17), misura estrema, postula la completa inadeguatezza del genitore non affidatario a rapportarsi correttamente con il figlio. In questa cornice normativa, va da sé che la carcerazione di un genitore di per sé non possa dimostrare l'inadeguatezza genitoriale, tanto da esigere un provvedimento che vieti di frequentare il genitore incarcerato. Essa è semmai un indizio che induce il giudice a un più attento approfondimento sulla personalità del reo con riguardo soprattutto al rapporto con il

manda risarcitoria a tutela della rispettiva posizione giuridica. Questi due diritti non sono autonomi, situati cioè su linee parallele, ma si incrociano poiché, come si è già sottolineato (cfr. *supra* cap. II-sez. I, § 4 let. f), l'attuazione dell'uno dipende da quella dell'altro.

È in siffatta cornice giuridica che va collocato l'art. 709-ter c.p.c. Con il quale sono stati introdotti strumenti di tutela del figlio e del genitore, a dimostrazione di quella interdipendenza, appena sottolineata, del diritto alla continuità del rapporto tra l'uno e l'altro (art. 337-ter c.c.) e del diritto di mantenere, educare ed istruire (art. 30 Cost.). Non è un caso che l'art. 709-ter c.p.c. sia stato introdotto dalla legge sull'affidamento condiviso. La sua disamina nella parte restante di questo paragrafo è volta soprattutto a valorizzare i nessi esistenti tra i beni protetti e le tutele apprestate¹⁷⁵.

Il comma 1 delimita l'ambito applicativo delle diverse misure previste nel comma 2 dell'art. 709-ter c.p.c. e individua il giudice competente, distinguendo a seconda che il procedimento di separazione o di scioglimento del matrimonio sia in corso o già concluso. Vi deve essere una controversia tra i genitori sull'«esercizio della responsabilità genitoriale» o sulle «modalità dell'affidamento». Ad esempio, quanto alla prima fattispecie, il contrasto può riguardare il profilo sia interno che esterno della responsabilità genitoriale. Sulla seconda, il sostantivo «modalità» è adoperato anche dall'art. 337-ter, co. 2, c.c. e riguarda più profili quali, ad esempio, l'ambiente in cui si svolgeranno gli incontri con il genitore (ambiente c.d. protetto, cioè alla presenza del personale dei servizi sociali, o meno), l'organizzazione degli spostamenti

minore. Ciò che preme rimarcare, ancora una volta, è il collegamento esistente tra l'attuazione dei diritti del minore (artt. 315-bis, 337-ter, co.1, c.c.) e la conservazione il più possibile della responsabilità genitoriale. In coerenza con questa linea di *policy* del diritto, il legislatore, qualora il rapporto genitoriale sia deteriorato tanto da apparire negativo e pregiudizievole per il figlio, ha predisposto, in prima battuta, strumenti per recuperarlo, quali l'intervento dei servizi sociali in funzione di supporto del genitore in difficoltà comportamentale, l'affidamento del minore disciplinato dagli artt. 2 ss. l. n. 184/1983 se entrambi i genitori sono inadatti a crescere la prole (cfr. art. 337-ter, co. 2, c.c. in cui vi è un espresso riferimento all'affidamento familiare) e la mediazione familiare, qualora vi sia un'aspra e deleteria (soprattutto per il minore) conflittualità tra i genitori (art. 337-octies, co. 2, c.c.).

¹⁷⁵ Per un'analisi in termini più generali dell'art. 709-ter c.p.c. cfr.: G. A. PARINI, *Responsabilità civile e doveri genitoriali*, in *Tratt. dir. fam.*, diretto da P. Zatti, *Famiglia e matrimonio, Separazione e divorzio*, a cura di G. Ferrando-M. Fortino-F. Ruscello, Milano, 2011, II, 1840 ss.; F. DANOVÌ, *Le misure sanzionatorie a tutela dell'affidamento (art. 709-ter c.p.c.)*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 611 ss.; ID., *Le misure ex 709-ter c.p.c. in appello, tra oneri di impugnazione e poteri del giudice*, in *Fam. e dir.*, 2016, 2, 169 ss.; B. FICCARELLI, *L'esecuzione dei provvedimenti relativi ai minori: l'esperienza italiana e francese a confronto*, in *Fam. e dir.*, 2016, 1, 83 ss.; V. BARONCINI, *L'ammonimento ex art. 709-ter c.c. e poteri officiosi del giudice*, in *Fam. e dir.*, 2013, 4, 373 ss. Considerazioni più generali sulla tutela del figlio svolge T. AULETTA, *L'attuazione dei principi sull'affidamento dei figli nella crisi familiare a sei anni dall'entrata in vigore della nuova disciplina*, in *Fam. pers. succ.*, 2012, 6, (versione in *Leggi d'Italia on line*).

da una casa all'altra, la divisione e gestione del tempo delle vacanze¹⁷⁶.

Rilevano, quindi, due diversi profili del rapporto genitori-prole: uno legato alla relazione con il figlio e al potere di agire con e per il figlio; l'altro attinente all'attuazione delle regole pratiche dell'affidamento¹⁷⁷. Entrambi questi profili sono presidiati dai rimedi disposti dall'art. 709-ter c.p.c.

Se la condotta è meno grave, il giudice ha il potere di scegliere quale provvedimento adottare, altrimenti, in caso di maggiore gravità, si apre un ventaglio di possibilità tipizzate dalla legge.

Nella prima ipotesi, quella più lieve, il giudice è libero di adottare i «provvedimenti opportuni», in modo da pervenire alla soluzione più efficiente rispetto alla fattispecie concreta (atipicità delle misure). Questa discrezionalità, che non è un *unicum* nel diritto della filiazione (cfr. artt. 333-334 c.c.), cessa se vi sono state condotte maggiormente incidenti sui beni protetti, quali «gravi inadempienze o atti che comunque arrechino pregiudizio al minore o ostacolino il corretto svolgimento delle modalità di affidamento». In tale eventualità, la disposizione in esame appresta diverse misure tipiche, protese ad assicurare una sorta

¹⁷⁶ Nella pratica, in ordine all'esercizio della responsabilità nel lato interno, si assiste alle controversie più disparate. Peculiare, ma giuridicamente rilevante, è quella che nasce dal coinvolgimento dei figli nel dialogo teso tra i genitori, improprio perché strumentale a mettere in cattiva luce l'altro genitore. È censurabile, ad esempio, inviare mail all'altro genitore, mettendo in conoscenza i figli, per ottenere l'assenso a talune iniziative astrattamente apprezzabili ed economicamente significative (quali viaggi studio all'estero o corsi sportivi in altri paesi), se l'intento è di mettere in cattiva luce proprio il genitore destinatario delle mail che, verosimilmente, risponderà negativamente. Non che la dialettica tra i genitori debba essere tenuta sotto traccia, ma l'eventuale diniego e soprattutto le ragioni di esso devono essere veicolate correttamente alla prole. La quale, altrimenti, avrà la percezione (falsata) di un genitore (apparentemente) generoso e attento allo sviluppo della personalità e dell'orizzonte culturale della medesima a fronte di un altro mero censore per interesse personale. In questo caso il giudice potrà ammonire ai sensi dell'art. 709-ter, co. 2 n. 1, c.p.c., il genitore che agisca con modalità screditanti dell'altro. Quanto al lato esterno della responsabilità, conflitti insorgono soprattutto sugli atti di straordinaria amministrazione, il cui peso economico è generalmente distribuito tra i genitori al 50%. (ad es.: sulla riconducibilità di un atto a tale categoria, sulla necessità o meno del consenso e sulla rendicontazione). I contrasti sulle modalità dell'affidamento del minore si appuntano, più che altro, sul mancato rispetto dei termini di permanenza del minore presso ciascun genitore o sull'impiego non condiviso di soggetti terzi quali, ad esempio, la babysitter.

¹⁷⁷ Oltre al coinvolgimento improprio dei figli nel dialogo anche telematico (cfr. *supra* nota 175), censurabile è anche il parlarsi dei genitori solo attraverso i figli, adoperati pertanto quali portavoce, a causa dell'alta conflittualità (cfr. Trib. Vicenza, 4.11.2015, in www.ilcaso.it, il quale, nonostante l'inadempimento di un genitore a rendersi disponibile per assumere decisioni comuni nell'interesse del minore, non revoca il provvedimento di affido condiviso, disponendo soltanto la misura dell'ammonimento ex art. 709-ter n. 1 c.p.c.).

di *enforcement* dei doveri genitoriali. Tra di esse preme soffermarsi soprattutto sul risarcimento del danno.

11. (SEGUE) I PROVVEDIMENTI GIUDIZIALI EX ART. 709-TER C.P.C.: IN PARTICOLARE SULLA FUNZIONE SANZIONATORIA DEL RISARCIMENTO DEL DANNO.

Nelle fattispecie previste dall'art. 709-ter, co. 1, c.p.c., a fronte dell'inosservanza dei provvedimenti giudiziari sull'affidamento, il giudice adito può non solo *modificarli* (quanto al collocamento prevalente o all'affidamento condiviso o esclusivo), ma anche e congiuntamente avvalersi di uno degli strumenti tipici previsti dall'art. 709-ter, co. 2, c.p.c.

Questi sono: 1) l'ammonimento rivolto al genitore inadempiente; 2) il risarcimento del danno nei confronti dell'altro genitore o del minore; 3) la sanzione amministrativa pecuniaria da un minimo di 75 euro a un massimo di 5.000 euro a favore della Cassa delle ammende.

Tali misure postulano, come si diceva, l'inadempimento da parte di uno dei genitori delle prescrizioni contenute nel provvedimento giudiziale sull'affidamento, il che, tra l'altro, può avere rilevanza penale¹⁷⁸, oppure, più in generale, il compimento di un atto che risulti comunque pregiudizievole della sfera giuridica del minore. Non è del tutto chiaro se le «gravi inadempienze» e gli atti lesivi della sfera giuridica del minore siano, nel disegno normativo, legati esclusivamente alla responsabilità genitoriale. L'avverbio comunque lascerebbe propendere per la soluzione più ampia.

Ad ogni modo non è agevole immaginare una condotta genitoriale pregiudizievole per il minore che sia del tutto slegata dalla responsabilità genitoriale. Non si condivide, pertanto, quella giurisprudenza che reputa l'inadempimento dell'obbligo di mantenimento del minore come una fattispecie estranea alla responsabilità genitoriale e dunque all'ambito applicativo dell'art. 709-ter c.p.c.¹⁷⁹. Le sanzioni previste dall'articolo *de quo* devono ritenersi applicabili anche al caso di inosservanza da parte di un genitore delle prescrizioni giudiziali di ordine economico¹⁸⁰.

¹⁷⁸ Il reato di elusione del provvedimento del giudice è previsto dall'art. 388, co. 2, c.p. La Cass. pen., n. 33452/2014, in *Leggi d'Italia on line*, conferma (salvo una riduzione della pena) la condanna della madre per i reati di sottrazione di minore (art. 574 c.p.) e di elusione di un provvedimento del giudice di cui all'art. 388, co. 2, c.p., per avere la stessa, all'insaputa del marito, allontanato il figlio dal suo luogo abituale di residenza (portandolo a oltre 600 km in un'altra città).

¹⁷⁹ Trib. Milano, 18.6.2016, in *www.ilcaso.it*.

¹⁸⁰ Non è pertanto condivisibile Trib. Milano, ord. 18.6.2016, cit., secondo cui l'art. 709-ter c.p.c. è inapplicabile alle violazioni delle obbligazioni a contenuto patrimoniale. Questa tesi considera le «gravi inadempienze» e «gli atti che comunque arre-

Piuttosto va sottolineato come sia i provvedimenti opportuni sia le misure tipiche costituiscano un intervento estremo¹⁸¹. Quanto ai primi, l'art. 709-ter, co. 2, c.p.c., unitamente all'art. 337-ter, co. 3, c.c., si applica quando i genitori separati, divorziati o disgregati quali conviventi *more uxorio* siano in contrasto su questioni di particolare importanza riguardanti la prole¹⁸². In tali casi, diversamente dalla fattispecie di cui all'art. 316, co. 3 c.c., che presuppone un nucleo familiare ancora

chino pregiudizio al minore (...)» come effetti della controversia sull'esercizio della responsabilità genitoriale o sulle modalità dell'affidamento. L'inadempimento dell'obbligo di mantenimento del minore sarebbe un profilo estraneo alla responsabilità genitoriale. A ben vedere, però, anche a volere sostenere ciò, il profilo del mantenimento si intreccia indissolubilmente con le scelte e i desideri del minore, attuabili proprio attraverso l'esborso economico di ciascun genitore e quindi all'esercizio della responsabilità genitoriale.

¹⁸¹ Il Trib. Milano, 5.12.2012, in *www.ilcaso.it*, chiarisce che il giudice può intervenire con gli opportuni provvedimenti solo quando i genitori, a causa dell'aspra conflittualità esistente tra loro, paralizzino la vita del figlio su decisioni importanti. In questo caso il giudice ha il potere di intervenire, privando i genitori dell'esercizio della responsabilità genitoriale con riguardo a taluni atti. Nel dispositivo di questa pronuncia si legge che il tribunale «delega i Servizi Sociali del Comune di Milano (...) ad assumere, previa consultazione ed in contraddittorio con entrambi i genitori, le decisioni finali riguardanti i minori con riferimento alle scelte terapeutiche, ricreative, di sostegno scolastico e circa gli eventuali corsi parascolastici nel prevalente e superiore interessi dei figli minori». Il Trib. Nocera Inferiore, 22.5.2013, in *www.ilcaso.it*, che cita il precedente milanese, nega l'applicabilità dell'art. 709-ter c.p.c. con riguardo ad un caso di mantenimento del minore in misura inferiore rispetto al dovuto. Sul tema discusso dell'applicabilità dell'art. 709-ter c.p.c. all'inadempimento di un genitore all'obbligo di mantenimento del minore cfr. *infra* nel testo.

¹⁸² Il trib. Milano, 4.2.2015, in *Fam. e dir.*, 2016, 8-9-, 801 ss., con nota di F. TOMMASEO, *Conflitti tra genitori sulla scelta della scuola: quali criteri ha il giudice per valutare l'interesse del minore?* accertata la persistenza del conflitto tra i genitori e chiarita la distinzione tra l'ambito applicativo dell'art. 316, co. 3 c.c. e dell'art. 709-ter c.p.c., stabilisce che la minore deve essere iscritta alla scuola pubblica e non a quella privata internazionale. Ciò in applicazione del seguente principio giurisprudenziale: «laddove non esista, o non persista, un'intesa tra i genitori a favore di un qualsivoglia istituto scolastico privato e non emergano evidenti controindicazioni all'interesse del minore (in particolare riconducibili a sue insite difficoltà di apprendimento, a particolari fragilità di inserimento nel contesto dei coetanei, a esigenze di coltivare studi in sintonia con la dotazione culturale o l'estrazione nazionale dei genitori ecc.), la decisione dell'Ufficio giudiziario - in sé sostitutiva di quella della coppia genitoriale - non può che essere a favore dell'istruzione pubblica, secondo i canoni dell'ordinamento riconosciuti come idonei allo sviluppo culturale di qualsiasi soggetto minore residente nel territorio». Il trib. richiama Cass., n. 10174/2012, in *Corr. giur.*, 2013, 2, 209 ss., con nota di C. GABBANELLI, *In ipotesi di affidamento congiunto la scelta unilaterale della scuola del figlio esonera l'altro genitore dal pagamento della retta*, in *Fam. e dir.*, 2013, 2, 113 ss., con nota di A. ARCERI, *Onere di mantenimento della prole e spese straordinarie nella recente giurisprudenza della Cassazione*, e Cass., n. 14360/2000, in *Fam. e dir.*, 2001, 1, 38 ss., con nota di F. TOMMASEO, *Separazione coniugale, contrasti sull'educazione dei figli e questioni di competenza*. La preferenza per la scuola pubblica è motivata sulla base del fatto che tale tipo di scuola è «espressione primaria e diretta del sistema nazionale di istruzione (art. 1 l. n. 62/2000), nonché esplicazione principale del diritto costituzionale all'istruzione (art. 33, co. 2, Cost.)».

unito, il giudice non si limita ad attribuire il potere di decidere al genitore che, nel caso concreto, ritenga più idoneo, ma decide egli stesso nell'interesse del minore. Qui è dal fatto che nasce il rimedio più rispondente al bisogno di tutela, con il vantaggio di garantire più incisivamente il bene giuridico protetto.

Spostando il discorso sulle misure tipiche di cui all'art. 709-ter, co. 2, c.p.c., ampiamente analizzate dalla dottrina, preme soffermarsi sul problema della funzione del risarcimento del danno previsto dai nn. 2) e 3). Funzione che, secondo la tesi prevalente in giurisprudenza¹⁸³ ma non condivisa unanimemente dalla dottrina¹⁸⁴, non è com-

¹⁸³ Trib. Roma, 11.10.2016, n. 18799, cit., afferma espressamente che l'art. 709-ter c.p.c. svolge, attraverso le diverse misure contemplate, una «funzione punitiva o comunque improntata, sotto forma di dissuasione indiretta, alla cessazione del protrarsi dell'inadempimento degli obblighi familiari che, attesa la loro natura personale non sono di per sé coercibili né suscettibili di esecuzione diretta». Si legge nella pronuncia del trib. romano che la somma di euro 30.000, da corrispondere all'ex marito, ha la finalità di dissuadere la ex moglie «in forma concreta dalla protrazione delle condotte poste in essere [negative e denigratorie], la cui persistenza, potrà peraltro in futuro dare adito a sanzioni ancor più gravi ivi compresa la revisione delle condizioni dell'affido». Trib. Messina, 8.10.2012, in *Danno e resp.*, 2013, 4, 409 ss., con nota di P. PARDOLESI, *Vocazione sanzionatoria dell'art. 709-ter e natura polifunzionale della responsabilità civile*, Ivi, 2012, 12, 1261 ss., con nota di P. L. CARBONE, *Separazione dei coniugi e condotta impeditiva della conservazione del rapporto padre e figlio*, condanna la madre a corrispondere euro 2.500,00 in favore della Cassa delle Ammende ed euro 4.000,00 in favore del minore a titolo di risarcimento del danno ex art. 709-ter, co. 2, n. 2 (da versare in un libretto bancario intestato al minore). Le condotte della madre, censurate dal trib., sono: il trasferimento in altra città con il figlio senza aver preventivamente avvisato l'altro genitore, il mancato inserimento scolastico del figlio e l'interruzione delle comunicazioni con l'altro genitore, ciò che ha ostacolato i rapporti genitore/figlio. Il trib. Treviso, 21.10.2014, testo integrale in *Leggi d'Italia on line*, provate le violenze fisiche e psichiche ai danni della moglie e dei figli, condanna il marito a corrispondere euro 5.000,00 alla moglie ed euro 5.000 ad un figlio, dopo aver osservato che «il risarcimento del danno [ex art. 709-ter] ha natura sanzionatoria e non compensativa». Cfr. anche Corte App. Firenze, 29.8.2007, *Massime in Leggi d'Italia on line*, in cui si prevede un risarcimento del danno al minore poiché la madre aveva ostacolato la frequentazione del padre, nonché un risarcimento a favore di quest'ultimo.

¹⁸⁴ G. FERRANDO, *Responsabilità civile e rapporti familiari alla luce della l. n. 54/2006*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, 595 ss. ritiene che l'art. 709-ter c.p.c. non preveda una fattispecie di responsabilità civile caratterizzata da una speciale funzione sanzionatoria. D'accordo: A. NICOLUSSI, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, in *Eur. e dir. priv.*, 2008, 951 ss.; P. CORDER, *Il figlio minore, privato degli incontri con il padre, ha diritto al risarcimento del danno*, in *Corr. merito*, 2008, 563. *Contra*: F. D. BUSNELLI, *Atto illecito e contratto illecito: quale connessione?* in *Contr. e impr.*, 2013, 4-5, 875 ss. (versione in *Leggi d'Italia on line*, cfr. p. 19), secondo il quale l'art. 709-ter c.p.c. prevede «misure palesemente sanzionatorie»; D'ANGELO, *Il risarcimento del danno come sanzione? Alcune riflessioni sul nuovo art. 709-ter c.p.c.*, in *Familia*, 2006, 1042 ss. e G. DE MARZO, *L'affidamento condiviso. Profili sostanziali*, in *Foro it.*, 2006, pt. V, 95 ss., affermano la natura di pena privata dei rimedi previsti dall'art. 709-ter c.p.c.; A. FIGONE, *In tema di risarcimento del danno ex art. 709-ter c.p.c.*, in *Danno e resp.*, 2008, 801 ss., riconduce le due fattispecie di risarcimento del danno di cui all'art. 709-ter c.p.c. ai *punitive damages* di origine nordamericana. Per una sintesi delle

pensativa né solidaristico-satisfattiva, bensì *sanzionatoria e deterrente*. Il legislatore avrebbe inteso, da un lato, punire il responsabile, inducendolo a non commettere più la condotta pregiudizievole della sfera giuridica del minore, dall'altro, dissuadere dal tenere o reiterare comportamenti analoghi¹⁸⁵.

La finalità dell'art. 709-ter è di garantire l'attuazione dei provvedimenti di affidamento, esercitando una coazione indiretta sull'obbligato, analogamente a quanto è stato previsto per gli obblighi di *facere* infungibili (art. 614-bis c.p.c.). Coerentemente, l'art. 709-ter c.p.c. si concentra sulla condotta del danneggiante, senza alcun cenno alla posizione soggettiva del danneggiato, né a un eventuale pregiudizio da questi subito.

L'accoglimento della tesi in parola, rispetto all'altra che propende per la funzione risarcitoria, ha ricadute di carattere sostanziale e processuale. Il ricorrente non deve provare di aver subito un danno, essendo questo in *re ipsa* nell'inosservanza del provvedimento giudiziale. Di più: il danno può anche mancare in concreto, poiché l'ordinamento non attribuisce uno strumento di reazione a fronte del pregiudizio subito, ma intende punire quelle condotte che pregiudichino la vita del minore o dell'altro genitore al fine di garantire - è questo l'interesse protetto - un corretto esercizio della responsabilità genitoriale.

C'è un'altra conseguenza di non poco conto: la domanda ex art. 709-ter nn. 2 e 3 c.p.c. potrebbe essere accolta anche nell'ipotesi di rigetto della domanda risarcitoria per violazione di un diritto fondamentale del figlio o del genitore. Con l'art. 709-ter c.p.c. si è inteso favorire, fortemente, l'attuazione del diritto alla bigenitorialità, attraverso misure coercitive indirette di tipo sanzionatorio.

Diviene improcrastinabile una domanda, atteso che, com'è noto, si usa assumere che la finalità precipua della responsabilità civile sia quella di restaurare la sfera giuridica del soggetto, lesa dal terzo e niente di più, rimanendo estraneo al sistema lo scopo punitivo. Ove si accolga la tesi della funzione sanzionatoria del risarcimento ex art. 709-ter c.p.c., si crea forse, in ragione della supposta unicità della funzione

diverse impostazioni cfr.: E. LA ROSA, *Il nuovo apparato rimediabile introdotto dall'art. 709-ter c.p.c. I danni punitivi approdano in famiglia?*, in *Fam. e dir.*, 2008, 65 ss.; N. DE SALVO, *Il risarcimento del danno ex art. 709-ter c.p.c. come pena privata*, in *Fam. e dir.*, 2012, 2, 612 ss.

¹⁸⁵ Cass., n. 1183/2007, in *Foro it.*, 2007, I, 1461 ss., con nota di G. PONZANELLI, *Danni punitivi: no, grazie*, in *Danno e resp.*, 2007, 11, 1125 ss., con nota di P. PARDOLESI, *Danni punitivi all'indice?* in *Corr. giur.*, 2007, 4, 497 ss., con nota di P. FAVA, *Punitive damages e ordine pubblico: La Cassazione blocca lo sbarco*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, 9, 10981 ss., con nota di S. OLIARI, *I danni punitivi bussano alla porta: la Cassazione non apre*, rigetta la richiesta di delibazione di una sentenza pronunciata negli Stati Uniti di condanna a pagare una ingente somma a titolo di danno punitivo, poiché tale istituto è contrario all'ordine pubblico. Alcuni autori hanno fatto leva su questa pronuncia per sostenere la natura risarcitoria/riparatoria - contestata da altra dottrina - e non punitiva delle fattispecie di cui all'art.709-ter c.p.c.

della responsabilità civile, una disarmonia sistematica (in quanto tale da avversare) rispetto al principio della natura esclusivamente compensativa o solidaristico-satisfattiva della responsabilità civile?

Secondo un'autorevole dottrina¹⁸⁶, la giurisprudenza ha portato a compimento con le cosiddette sentenze di San Martino «il disegno di stradicamento dell'art. 2059 dalle sue origini sanzionatorio-deterrenti: Corte di Cassazione e Corte costituzionale hanno concorso a “devitalizzarlo”, «visto che ...proprio in quanto integrato dai principi costituzionali, diventa un art. 2043-*bis*». A questo processo evolutivo si è affiancato, come ha riconosciuto la medesima dottrina, una controtendenza legislativa a introdurre fattispecie sanzionatorie rafforzative della tutela di determinati diritti fondamentali.

Tali novità normative meritano una sottolineatura, perché dimostrano come la funzione riparatoria o compensativa della responsabilità civile, seppur prevalente nel nostro ordinamento, non assurga al rango di valore costituzionale imprescindibile. Il legislatore può derogare ad essa, tant'è che, in coerenza con ciò, la Cassazione ha dubitato del proprio precedente orientamento giurisprudenziale secondo cui è sempre illegittima la delibazione della sentenza straniera che abbia condannato ai *punitive damages*¹⁸⁷.

¹⁸⁶ Così F. D. BUSNELLI, *Atto illecito e contratto illecito: quale connessione?*, cit. 17 (versione *on line*), il quale, nella parte finale della sua riflessione, riprende le parole di D. MESSINETTI, *Pluralismo dei modelli risarcitori. Il criterio di «ingiustizia» tradito*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 567. Cfr. anche C. SCOGNAMIGLIO, *Danno morale e funzione deterrente della responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 2499 ss.

¹⁸⁷ Cass., n. 9978/2016, in *Danno e resp.*, 2016, 8-9, 827 ss., con note di P. G. MONATERI, *La delibabilità delle sentenze straniere comminatorie di danni punitivi finalmente al vaglio delle Sezioni unite*, e di G. PONZANELLI, *Possibile intervento delle Sezioni unite sui danni punitivi*, in *Corr. giur.*, 2016, 7, 909 ss., con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *I danni punitivi e le funzioni della responsabilità civile*, in *Foro it.*, 2016, I, 1981 ss., con nota di E. D'ALESSANDRO, *Riconoscimento in Italia dei danni punitivi: la parola alle Sezioni unite*, rimette alla valutazione del Primo Presidente della Corte di Cassazione la sottoposizione alle Sezioni unite del tema della contrarietà all'ordine pubblico dell'ingresso nell'ordinamento italiano delle sentenze straniere che contengano una statuizione di danni punitivi. La Cassazione da un lato ricostruisce, in modo ineccepibile, la nozione di ordine pubblico internazionale, dall'altro, sottolinea come il legislatore italiano abbia previsto diverse ipotesi di risarcimento con funzione sanzionatoria. Sul primo aspetto, e in estrema sintesi, la Suprema Corte conclude che l'ordine pubblico opera come limite alla delibazione della pronuncia straniera, solo quando quest'ultima aggredisca valori essenziali dell'ordinamento interno, «da valutarsi in armonia con quelli della comunità internazionale». Circostanza, questa, che la Cassazione sembra escludere con riguardo ai *punitive damages*; del resto la Costituzione non li bandisce affatto. Semmai, soggiungono i Supremi giudici, una statuizione punitiva potrebbe essere ritenuta contraria ai valori essenziali della comunità internazionale ove dovesse risultare abnorme, alla luce delle «circostanze del caso di specie e dell'ordinamento giuridico dello Stato membro del giudice adito». Nonostante queste affermazioni, rileva M. SESTA, *Il danno nelle relazioni familiari tra risarcimento e finalità punitiva*, cit., 293, la possibilità di riconoscere sentenze straniere di condanna ai *punitive damages* rimane problematica. Ciò - secondo l'autore - soprattutto in ragione degli

Quest'ultimo sintagma allude all'obbligo previsto da una pronuncia giudiziale di corrispondere una somma di denaro, al fine esclusivo di sanzionare la condotta di un soggetto. Sarebbe un fuor d'opera trattenerne il discorso su questa tematica. Interessa piuttosto rilevare come l'intento punitivo sia presente in diversi ambiti dell'ordinamento¹⁸⁸, soprattutto in quello del diritto di famiglia, con riguardo al quale sono da ricordare gli ordini di protezione contro gli abusi familiari (art. 342-*bis* c.c.) e l'obbligo a carico del coniuge di mala fede, in caso di matrimonio putativo, di corrispondere una congrua indennità all'altro, anche in mancanza di prova del danno sofferto (art. 129-*bis* c.c.).

Se nel nostro sistema ordinamentale vi sono fattispecie in cui si prevedono rimedi risarcitori con funzione non già riparatoria ma sanzionatoria (*rectius*: prestazione sanzionatoria), come l'art. 709-*ter*

artt. 23 e 25, co. 2, Cost., che pongono, rispettivamente, una riserva di legge per imporre una prestazione patrimoniale e anche per punire l'autore di una condotta riprovata dall'ordinamento. Anche C. SCOGNAMIGLIO, *Quale futuro per i danni punitivi?*, cit., 22-24, circoscrive la riconoscibilità delle sentenze straniere di condanna ai danni punitivi, ma svolge un ragionamento più ampio. Egli pone a fondamento della delibazione il principio di effettività della tutela, da bilanciare con la situazione giuridica soggettiva sottostante alla condotta lesiva e con il principio di proporzionalità. Di grande interesse sono le linee guida che Scognamiglio suggerisce per orientare il giudice nel giudizio di delibazione. Sulle fattispecie legali di danni in cui spicca la funzione punitiva si tornerà *infra* in nota.

¹⁸⁸ Cass., n. 9978/2016, cit., a dimostrazione della non contrarietà con l'ordine pubblico internazionale di una sentenza straniera che abbia condannato al pagamento di una somma di denaro a titolo di sanzione (*punitive damages*), richiama i seguenti articoli di legge in cui il risarcimento/pagamento è disposto in funzione preventiva e repressiva: 1) art. 12 l. n. 47/1948 (*Disposizioni sulla stampa*) stabilisce che la persona diffamata col mezzo della stampa, «oltre al risarcimento dei danni ai sensi dell'art. 185 del Codice penale», può chiedere una ulteriore somma «determinata in relazione alla gravità dell'offesa e alla diffusione dello stampato»; 2) art. 96, co. 3, c.p.c., introdotto dalla l. n. 69/2006, prevede, in aggiunta al risarcimento del danno di cui al comma 1, la condanna della parte soccombente al pagamento alla controparte processuale «di una somma equitativamente determinata» a tutela dell'interesse pubblico - è previsto il potere di disporre d'ufficio - a un uso corretto della giustizia. Qui la somma è disposta in funzione sanzionatoria dell'abuso del processo [analogamente cfr. art. 26 d. lgs. n. 104/2010 (*riordino del processo legislativo*) in cui si prevede una sanzione pecuniaria - qui circoscritta entro precisi limiti - «quando la parte soccombente ha agito o resistito temerariamente in giudizio»; 3) art. 709-*ter* c.p.c.; 4) art. 158, co. 2, l. n. 633/1941 (*diritto d'autore*) e art. 125, co. 3, d. lgs. n. 30/2005 (*Codice della proprietà industriale*), in cui si prevede la condanna al pagamento di una somma corrispondente ai profitti realizzati scorrettamente dall'autore della violazione. Spicca la funzione preventiva e deterrente, giacché il potenziale autore dell'illecito sa di non poter trarre vantaggio da questo; 5) art. 187-*undecies* d. lgs. n. 58/1998 (*testo unico sull'intermediazione finanziaria*) prevede che la Consob, nei procedimenti penali per reati di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato, possa costituirsi parte civile e richiedere «una somma determinata dal giudice, anche in via equitativa, tenendo comunque conto dell'offensività del fatto, delle qualità personali del colpevole e dell'entità del prodotto o del profitto conseguito dal reato»; 6) artt. 3-5 d. lgs. n. 7/2016 (*abrogazione di reati e introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie civili*) prescrive, a fronte di diverse condotte, sanzioni civili entro certi limiti.

c.p.c. per ammissione della stessa Cassazione¹⁸⁹, si deve convenire sulla polifunzionalità del sistema della responsabilità civile¹⁹⁰. Non solo: dovrebbe essere ammessa la riconoscibilità in Italia dell'efficacia di una sentenza straniera che disponga danni punitivi quanto meno in ragione della violazione dei doveri genitoriali¹⁹¹, salvo il controllo di proporzionalità della sanzione.

Come si diceva, la domanda di risarcimento del danno ex art. 709-ter, co. 2, nn. 2 e 3 c.p.c. è diversa da quella di riparazione monetaria del danno non patrimoniale per lesione di un diritto fondamentale avvenuta nell'ambito familiare. Di conseguenza, secondo un orientamento giurisprudenziale, mentre il risarcimento del danno ex art. 709-ter può essere chiesto nello stesso giudizio di separazione/divorzio (per inosservanza dei provvedimenti presidenziali o per inadempimento del provvedimento di separazione personale/scioglimento del matrimonio), il danno non patrimoniale, per sua stessa natura, deve essere trattato e deciso in un altro processo con rito ordinario di cognizione¹⁹².

Quanto ai mezzi di impugnazione, secondo la giurisprudenza teorica, il provvedimento che disponga il risarcimento del danno o che irroghi la sanzione amministrativa pecuniaria è ricorribile in Cassazione¹⁹³.

¹⁸⁹ Cass., n. 9978/2016, cit., afferma che il risarcimento del danno di cui all'art. 709-ter nn. 2 e 3 c.p.c. «assume sembianze punitive».

¹⁹⁰ Cass., n. 9978/2016, cit. Cfr. anche Cass., n. 1126/2015, in *Leggi d'Italia on line*, che, con riguardo ad un caso di omofobia, dà rilevanza, ai fini della quantificazione del danno, alla «gravità dell'offesa».

¹⁹¹ M. SESTA, *Il danno nelle relazioni familiari tra risarcimento e finalità punitiva*, cit., 295, svolge sul punto un'argomentazione convincente. Egli rileva in particolare come con l'art. 709-ter c.p.c. possa dirsi certamente rispettata la riserva di legge costituzionale prevista dagli artt. 23 e 25, co. 2.

¹⁹² Trib. Treviso, 21.10.2014, cit.; Cass., n. 18870/2014, in *Foro it.*, 2015, I, 2464 ss., esclude che, nel caso di specie, si sia in presenza di una connessione «per subordinazione» o «forte», tale per cui entrambe le cause andrebbero decise col rito ordinario. Si scrive nella pronuncia che: «nella specie, la connessione tra la domanda di risarcimento danni e quella di separazione personale con addebito è riconducibile alla previsione dell'art. 33 cod. proc. civ. - trattandosi di cause tra le stesse parti e connesse solo parzialmente per *causa petendi* -, rimanendo pertanto esclusa una ipotesi di connessione «forte». Ne consegue che le due domande non potevano essere proposte nel medesimo giudizio» (ha errato, perciò, la Corte d'appello ad accogliere la domanda di risarcimento del danno non patrimoniale cagionato alla coniuge per violazione del dovere di fedeltà, proposta nel procedimento di separazione personale).

¹⁹³ Cass., n. 4176/2014 e Cass., n. 18977/2013, entrambe in *Leggi d'Italia on line*, motivano la ricorribilità in Cassazione in ragione dei caratteri della decisorietà e della definitività del provvedimento giudiziale all'esito del reclamo. Di contro è inammissibile il ricorso in Cassazione contro il provvedimento di ammonimento (art. 709-ter n. 1 c.p.c.), «attesa la natura meramente esortativa della misura e la mancanza di decisorietà e definitività della stessa».

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

IL RAPPORTO DI FATTO QUALE FONDAMENTO DELLA FILIAZIONE E DELLA FAMIGLIA.

L'evoluzione della filiazione nei suoi aspetti più rilevanti, costituiti dal fondamento, dai diritti dei figli e dalle relative tutele, ha contribuito a far emergere come la Costituzione sia aperta alla pluralità dei modelli familiari. I quali si sono affermati nel tempo in conseguenza del mutamento dei costumi, dello sviluppo della tecnologia, della circolazione delle persone e dei diritti. Tutti elementi, questi, che hanno favorito gli interventi legislativi da noi esaminati e valorizzati in un quadro unitario.

L'art. 29, co. 1, Cost. - è stato lucidamente argomentato¹ - non va interpretato come una disposizione che imponga un unico storico modello di famiglia.

¹ F. PROSPERI, *Parentela e famiglia nel prisma dell'unicità dello stato di filiazione*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, a cura di R. Pane, Napoli, 2015, 19 ss., correttamente non isola l'interpretazione dell'art. 29, co. 1, Cost. dal resto della Carta fondamentale. Cfr. anche R. PANE, *Il nuovo diritto di filiazione tra modernità e tradizione*, cit., 26, la quale afferma a chiare lettere come la Costituzione, pur riconoscendo un particolare rilievo alla famiglia fondata sul matrimonio, «non propone un modello esclusivo, cioè tale da lasciar presumere che soltanto attraverso l'atto matrimoniale si possano perseguire finalità di tipo familiare e, al contempo, realizzare scopi meritevoli di tutela in quanto attuativi di valori sovraordinati». Si aggiunga - lo rileva la stessa autrice - che la legge n. 219/2012, introducendo il principio della unicità dello stato di figlio, con quanto ne consegue in ordine alla parentela, ha sciolto il binomio matrimonio-famiglia. F. CAGGIA, *Modelli e fonti del diritto di famiglia*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da N. Lipari-P. Rescigno, *La famiglia*, Milano, 2009, II, 42 ss., pone l'accento, da un lato, sul matrimonio come concetto relativo e storico - così va interpretata la formulazione dell'art. 29, co. 1 Cost. - dall'altro, sulla riconduzione di altri modelli familiari nell'art. 2 Cost. Anche la convivenza di fatto, se dotata di certi caratteri (quelli di cui all'art. 1, co. 36, l. n. 76/2016), è avvolta dalla garanzia costituzionale. Caggia amplia il discorso sulla rilevanza degli altri modelli familiari, richiamando le fonti di diritto europeo. È significativo che l'art. 9 Carta dei diritti fondamentali UE affianchi al diritto di sposarsi il diritto di costituire una famiglia, a significare non solo che la famiglia possa esistere fuori dal matrimonio, ma anche che è la persona ad avere diritto di realizzare sé stessa in una compagine familiare. Sotto questo profilo l'art. 9 della Carta cit. può essere collegato all'art. 2 Cost., così da specificare adeguatamente la clausola dei «diritti inviolabili dell'uomo».

Sarebbe eccessivo riprendere ora le diverse tesi, propugnatte da insigni giuristi², sul significato della locuzione «famiglia come società naturale»³. Interessa piuttosto rilevare come siffatta espressione non possa essere riferita né a un ordinamento giuridico originario diverso da quello dello Stato (e quale?), né a un immutabile ordine naturale, non fosse altro perché spetta al diritto stabilire quando e in quali forme rilevino le relazioni affettive stabili (matrimonio, unioni civili, convivenze di fatto)⁴, quando si costituisca lo stato di figlio e a quali condizioni i rapporti di filiazione di fatto divengano giuridicamente rilevanti.

Se si ragiona in termini di causa effetto, non è lontano dal vero osservare che sono stati soprattutto gli sviluppi del diritto della filiazione ad aver arricchito le possibili strutture della famiglia, la quale si è progressivamente slegata dal matrimonio quale unico contenitore formale e dall'eterosessualità dei genitori, entrambi ritenuti in passato elementi ontologicamente irrinunciabili.

L'andamento storico dei fatti e del diritto è stato determinante nel far emergere il significato più attuale dell'art. 29, co. 1, Cost.⁵

² R. NICOLÒ, *La filiazione legittima nel quadro dell'art. 30 Cost.*, in *Dem. dir.*, 1960, 2, 3; C. GRASSETTI, *Famiglia (diritto privato)*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1961, VII, 48 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *Indissolubilità del matrimonio e referendum popolare*, in *Libertà e autorità nel diritto civile. Altri saggi*, Padova, 1977, 182 ss.; A. TRABUCCHI, *Natura, legge, famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, I, 1 ss.; P. BARCELLONA, voce *Famiglia (Diritti di)*, in *Enc. dir.*, 1967, 782.

³ Ne dà conto G. CATTANEO (aggiornamento di M. DOSSETTI), *La famiglia e i rapporti familiari nella costituzione, nel codice civile e nelle altre leggi ordinarie*, cit., 21 ss.

⁴ L. BALESTRA, *La convivenza di fatto. Nozione, presupposti, costituzione e cessazione*, in *Fam. e dir.*, 2016, 10, 919 ss.; E. AL MUREDN, *Le famiglie ricomposte tra matrimonio, unione civile e convivenze*, in *Fam. e dir.*, 2016, 10, 966 ss.; R. FADDA, *Le unioni civili e il matrimonio: vincoli a confronto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 10, 1386 ss.; N. CIPRIANI, *Le unioni civili*, in *Famiglia e successioni tra libertà e solidarietà*, a cura di R. Pane, Napoli, 2017, 39 ss.; G. BONILINI, *Unione civile, convivenza di fatto e successioni mortis causa*, in *Famiglie e successioni tra libertà e solidarietà*, Napoli, 2017, a cura di R. Pane e ivi cfr. anche A. CARRABBA, *Pianificazione ereditaria tra conviventi e divieto dei patti successori*, 167 ss. e V. BARBA, *Norme applicabili agli uniti civili ed effettività della tutela successoria*, 111; M. RIZZUTI, *Il problema dei rapporti familiari poligamici. Precedenti storici e attualità della questione*, Napoli, 2017, 178 ss.

⁵ P. GROSSI, *Il giudice civile. Un interprete?* cit., 1146, sottolinea come la lettura dei Padri Costituenti della società che l'Italia stava vivendo dopo il 1943, trasfusa nei 139 articoli di un testo scritto, «non esaurì tutta la dimensione costituzionale della Repubblica, viva e vitale anche nell'ordine ordinante, non scritto ma vigoroso, formante la cosiddetta Costituzione materiale. Compito di invenzione che, sciolta l'Assemblea costituente, è toccato ordinariamente al lavoro della Corte costituzionale quale suprema istituzione di garanzia, lavoro che si è tradotto in una fertilissima sequela di interventi inventivi, rendendo espressi in sentenze e in ordinanze ciò che, *sia pure a livello inespresso, viveva in un fondativo sostrato valoriale*» (corsivo mio). Secondo l'illustre autore anche il giudice civile ha lo stesso compito del giudice costituzionale di trovare

Il lemma «naturale» allude a una comunità che, per sua natura, è capace di auto-organizzarsi prima ancora dell'intervento statale, pertanto il legislatore deve preservare questa autonomia⁶. Ciò non significa che la libertà e l'autonomia dei privati, nel dar vita a nuove compagini familiari e nel regolamentare i rapporti di convivenza, possa essere intesa come assoluta. Indugiamo appena su quest'ultima affermazione.

L'attuazione dei diritti fondamentali è senz'altro un criterio idoneo a giustificare nuove articolazioni della famiglia. Si pensi a quella composta da due genitori dello stesso sesso, dove uno è il genitore naturale, l'altro è tale in forza dell'adozione in casi particolari (art. 44, co. 1 let. d l. n. 184/1983). Si consideri altresì la rilevanza assunta dalla figura del genitore sociale sia nei casi di cessazione della convivenza di fatto (cfr. *supra* cap. III-sez. III, § 6) che di uccisione del minore ad opera di un terzo (cfr. *supra* cap. III-sez. III, § 8). Non c'è spazio, invece, secondo l'impostazione più diffusa, nell'attuale contesto culturale e giuridico per ritenere giuridicamente rilevanti la poligamia, dove si ha l'unione di un uomo con più donne (poliginia) o di una donna con più uomini (poliandria). Ma anche questa posizione meriterebbe un attento ripensamento.

Sul profilo dell'autonomia privata dei membri delle famiglie, occorre distinguere. Se l'intesa riguarda i figli, l'art. 337-ter c.c. utilizza più volte il termine accordo, ma il giudice ha il potere di controllarne il merito nell'interesse della prole minorenni o di intervenire in via sussidiaria. Anche l'accordo raggiunto successivamente alla convenzione di negoziazione assistita, da un lato, è assoggettato ad un controllo *di merito* da parte del Procuratore della Repubblica se vi sono figli minori o maggiorenni non economicamente autosufficienti, incapaci o portatori di handicap grave (art. 6, co. 2, d.l. n. 132/2014 conv. con modifiche in l. n. 162/2014), dall'altro, è governato dalla regola dell'efficacia

il diritto nel sistema dei valori espressi dalla società e assorbiti dalla Costituzione. La quale, sollecitata dalla sempre nuova fattualità, svela le sue potenzialità attraverso l'opera inventiva (come direbbe Grossi) del giudice.

⁶ F. CAGGIA, *Modelli e fonti del diritto di famiglia*, cit., 39, nel discorrere del rapporto tra famiglia e ordinamento giuridico dello Stato, rileva, lucidamente, come esso sia governato dall'autonomia riconosciuta ai singoli membri del gruppo familiare. I quali possono, pertanto, «darsi un regime di regole conforme alle proprie esigenze» a fronte di un disegno costituzionale che «fissa i limiti dell'intervento del legislatore statale nel regolare lo svolgimento dei rapporti familiari». Il potere legislativo, e non di ordinamenti extra-statali, ha ampi spazi per disciplinare aspetti della famiglia al fine, come si è già rilevato, di favorire lo svolgimento del rapporto o di proteggere un soggetto in posizione di debolezza. Che sia il principio di autonomia a caratterizzare la relazione tra famiglia e ordinamento giuridico è desumibile, con chiarezza, anche dagli artt. 8 Cedu e 7 Carta diritti fondamentali UE che pongono la garanzia del «rispetto della propria vita privata e familiare». Rileva inoltre l'autore che il fenomeno delle famiglie transfrontaliere, con il portato di problemi di riconoscimento di istituti e regole di diritto di famiglia, conduce ad un allargamento del principio di sussidiarietà rispetto a quanto stabilito dall'art. 6 TFUE.

rebus sic stantibus delle pattuizioni di natura patrimoniale (art. 337-*quinquies* c.c., artt. 6, co. 2 e 9, co. 1, l. n. 898/1970 e art. 5, co. 2, d.l. 132/2014 conv. in l. n. 162/2014).

Se l'intesa riguarda diritti economici del coniuge, vi è un'autonomia privata non assoluta, come dimostra la validità a certe condizioni degli accordi coevi o successivi alla separazione o al divorzio⁷ e l'indisponibilità dell'assegno post-matrimoniale se non nei limiti della disciplina della corresponsione dello stesso in unica soluzione (art. 160 c.c. e art. 5, co. 8, l. n. 898/1970)⁸. Anche i conviventi di fatto possono disciplinare i rapporti patrimoniali inerenti la vita in comune, nel rispetto però delle norme imperative, dell'ordine pubblico (art. 1, coo. 50-51, l. n. 76/2016) e dei limiti previsti dalla stessa legge n. 76/2016 (art. 1, coo. 56, 57, 61, 65).

La famiglia, quindi, è un territorio in cui ai consociati non è precluso di creare nuovi modelli di vita in comune, né di regolare i rapporti economici, ma il legislatore e il giudice intervengono rispettivamente regolando il modello (come è accaduto con le unioni civili) e valutando le intese raggiunte al fine di proteggere gli interessi di rilevanza pubblica (come quello del coniuge economicamente debole e della prole) o quelli che la convivenza stabile fa sorgere.

Se così è ed è stato, il discorso deve ritornare all'art. 29 Cost. Una parte della dottrina⁹ ha sottolineato che il comma 1 riconosce

⁷ Ampia è la dottrina su questo tema. Più di recente cfr.: A. CARRATTA, *La Casazione e gli accordi fra i coniugi in pendenza del giudizio di separazione*, in *Fam. e dir.*, 2016, 8-9, 747 ss.; S. SCUDIERI, *I trasferimenti patrimoniali in occasione della separazione dei coniugi*, in *Fam. e dir.*, 2016, 12, 1142 ss. Sugli accordi prematrimoniali cfr. G. OBERTO, *Suggerimenti per un intervento in tema di accordi preventivi sulla crisi coniugale*, in *Fam. e dir.*, 2014, 1 88 ss.

⁸ Trib. Milano, decr. 15-16.3.2015, in *Fam. e dir.*, 2016, 5, 496 ss., con nota di B. GAZZINI, *Assegno di divorzio: «doppia una tantum e indisponibilità del diritto»*, dopo aver affermato la natura assistenziale e tendenzialmente pubblicistica dell'assegno divorzile, nega che il trasferimento immobiliare reciproco sia equo e quindi idoneo a produrre l'effetto di precludere successive domande economiche (art. 5, co. 8, l. n. 898/1970). Si condivide l'affermazione della natura pubblicistica dell'assegno di divorzio, mentre, invece, non sembra ragionevole negare in assoluto la legittimità dell'*una tantum* reciproca. Infatti se i valori dei beni trasferiti sono diversi, l'*una tantum* può essere espressa dall'eccedenza di valore propria del bene trasferito all'(ex) coniuge economicamente più debole, rispetto al valore inferiore del bene trasferito all'(ex) coniuge più abbiente (d'accordo Gazzini che ha annotato il decreto). Come pure non si condivide la tesi del tribunale milanese sulla nullità dell'accordo giudicato non equo; la non equità del patto non determina la sua invalidità, precludendo soltanto l'effetto estintivo dell'*una tantum* di ulteriori domande di contenuto economico.

⁹ Ne parla G. CATTANEO (aggiornamento di M. DOSSETTI), *La famiglia e i rapporti familiari nella costituzione, nel codice civile e nelle altre leggi ordinarie*, cit., 23 ss. Ma diversamente M. BESSONE, *Sub. art. 29*, in *Comm. Cost. Branca, Rapporti etico-sociali*, Bologna-Roma, 1976, 36, il quale sostiene che l'art. 29, co. 1, Cost. e l'art. 2 Cost. devono essere letti in combinato disposto. Ne deriva che l'ordinamento si impe-

alla famiglia, soprattutto a quella fondata sul matrimonio, una posizione di particolare rilievo rispetto alle altre formazioni sociali. Ad avviso di chi scrive la questione di maggiore valenza teorico-pratica non è tanto quella alimentata dalla preoccupazione che, opinando diversamente, l'art. 29, co. 1, c.c. verrebbe svuotato di contenuto, deter-

gna a riconoscere la società familiare, in quanto fatto naturale, anche se essa sia riconducibile ad una formazione sociale qual è la convivenza di fatto. Dunque anche per Bessone, l'art. 29, co. 1, Cost. non preclude la rilevanza giuridica di altri modelli familiari non fondati sul matrimonio; anzi di più: sia al matrimonio che alla famiglia di fatto va riconosciuta una tutela costituzionale analoga (Cattaneo è contrario). Ora a prescindere dalla esattezza di questa impostazione che svaluta la primazia del modello di famiglia scolpito nell'art. 20, co. 1, Cost., preme svolgere un altro breve ragionamento. Se il matrimonio non è più un'istituzione sovraordinata al singolo, se all'apice della gerarchia dei valori c'è la persona e se questa sviluppa la propria personalità all'interno di formazioni sociali centrate sull'affettività anche diverse da quelle formalizzate con il matrimonio, come la convivenza *more uxorio*, non si può ritenere che quest'ultima valga (giuridicamente) meno del matrimonio. Opinando diversamente, l'ordinamento finirebbe col trascurare la vita della persona nella convivenza *more uxorio*, con conseguente assenza o *deminutio* di tutela. Non è un caso che la Cassazione e la Corte costituzionale abbiano enucleato diversi diritti, notissimi, all'interno della convivenza non matrimoniale, valorizzando il rapporto tra i conviventi e l'affidamento nella continuità del progetto di vita in comune. Pertanto è da accogliere con favore la legge, più volte ricordata, n. 76/2016 nella parte in cui riconosce e regola la condizione del convivente di fatto con riguardo a taluni aspetti di particolare rilievo. Insomma sfuma, perdendo di centralità, il discorso sulla primazia del matrimonio. Il *punctum pruriens* è un altro: anche la convivenza di fatto gode di una copertura costituzionale, come pure il diritto degli omosessuali non già di sposarsi (come ha ritenuto la Corte costituzionale), ma di costituire una famiglia. Pertanto il legislatore era obbligato a istituire quanto meno le unioni civili, per porre fine all'inattuazione di tale diritto costituzionale. L'opposizione radicale alla equivalenza tra convivenza *more uxorio* e il matrimonio è condivisibile se è volta a distinguere le due situazioni e non a porre l'accento sulla preminenza del matrimonio. È certo che esse sono diverse, ed è questo l'aspetto decisivo. Il convivente di fatto non vuole contrarre matrimonio, quindi è corretto che la rispettiva disciplina giuridica non coincida. Così, salvo qualche disposizione discutibile della l. n. 76/2016, il legislatore correttamente ha distinto la regolamentazione della convivenza di fatto da quella dell'unione civile modellata sul matrimonio. Ad esempio è condivisibile quella disposizione che consente alle parti, conviventi di fatto, di scegliere il regime patrimoniale della comunione dei beni di cui alla sezione III del capo VI del titolo VI del libro primo del codice civile (art. 1, co. 53 let. c l. n. 76/2016). La comunione dei beni, quindi, diversamente da quanto previsto per il matrimonio, non opera come regime patrimoniale legale della convivenza di fatto. Così come può essere condivisa la scelta di non prevedere la successione legittima tra conviventi di fatto, come pure di regolare il diritto di ricevere gli alimenti in caso di cessazione della convivenza di fatto. Andrebbe, invece, avviata una riflessione sull'art. 6, co. 4, l. n. 184/1983 che preclude alle coppie conviventi *more uxorio* di adottare. Ciò in quanto l'art. 1, co. 36, l. n. 76/2016 prevede tra i requisiti costitutivi della convivenza di fatto l'unione stabile di legami affettivi. Ora è difficile ritenere (se non in ragione di una petizione di principio) che, nella società attuale, il matrimonio dia maggiori garanzie di tenuta della famiglia, in considerazione anche della introduzione del cosiddetto divorzio breve (l. n. 55/2015). La scelta di adottare un minore è frutto di una maturazione profonda della coppia, pronta ad accogliere e a crescere un bambino. Ciò dovrebbe avere un valore e un riconoscimento giuridico ai fini dell'adozione non solo nel matrimonio, ma anche nella convivenza di fatto.

minandosi un'assimilazione della famiglia matrimoniale alle altre formazioni sociali¹⁰. Piuttosto è utile rilevare che la disposizione costituzionale *de qua* non ha impedito l'ampliamento dei modelli familiari con il loro corredo normativo e di tutele specifiche¹¹, né ha rappresentato un baluardo contro l'«unione libera»¹² che, in verità, libe-

¹⁰ Così G. CATTANEO (aggiornamento di M. DOSSETTI), *La famiglia e i rapporti familiari nella costituzione, nel codice civile e nelle altre leggi ordinarie*, cit., 25. Ma P. PERLINGIERI, *Relazione conclusiva*, al Convegno «Famiglie e successioni tra libertà e solidarietà», tenutosi presso l'Università degli Studi del Sannio, il 14-15 2016, Atti a cura di R. Pane, Napoli, 2017, 246, rileva come per effetto della libertà religiosa e del pluralismo culturale, non tiene l'idea che vi sia «un'unica soluzione normativa a un rapporto fondato sull'affetto e sull'amore disciplinandone in forma rigida e puntuale tutti gli obblighi, soprattutto quelli di natura non patrimoniale». Ecco che l'interpretazione dell'art. 29 Cost. non può essere estremizzata al punto da arginare la rilevanza di altre compagini familiari. Come pure, ad avviso di scrive, dall'art. 30, co. 1, Cost., come si è cercato di dimostrare, non può desumersi l'indicazione che l'unico fondamento della filiazione sia la generazione se, come sottolinea lo stesso Pietro Perlingieri, il diritto alla continuità affettiva, il diritto del minore alla famiglia e il diritto dello stesso di essere ascoltato assurgono a elementi decisivi della tutela del minore. È evidente allora come la valorizzazione della filiazione di fatto non possa essere liquidata come soluzione eversiva, in contrasto con i principi costituzionali. Anche G. RECINTO, *La genitorialità tra favor legitimitatis, veritatis e affectionis*, cit., 67, mostra di condividere quest'impostazione, sostenendo che dagli artt. 30 e 29 Cost. non possa trarsi «la prevalenza della verità biologica o del legame legale rispetto ad altri modelli».

¹¹ V. SCALISI, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità ad oggi*, cit., 1317, afferma esattamente che una realtà familiare non fondata sul matrimonio non va trattata come una deviazione da un modello; occorre piuttosto attribuirle «corrispondenti e diversificati effetti a seconda della particolare e specifica situazione familiare di che trattasi». La giurisprudenza di legittimità ha seguito questa linea di analisi che invita a distinguere le diverse situazioni familiari, dimostrando di non attribuire al matrimonio un argomento *a priori* decisivo per la soluzione dei conflitti tra posizioni giuridiche diverse. Un esempio aiuta a chiarire. La Cassazione ha affermato che la convivenza stabile incide sui diritti economici del coniuge separato e divorziato, nel senso di limitarli o di escluderli. A certe condizioni va negato l'assegno di divorzio, qualora l'avente diritto abbia costituito una famiglia di fatto (Cass., n. 17195/2011, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 1, 10045, con nota di L. OLIVERO, *Nuovi amori e vecchi assegni di divorzio*, Cass., 25845/2013, in *Leggi d'Italia on line*). Anche D. MESSINETTI, *Diritti della famiglia e identità della persona*, cit., 3-4 (versione in *Leggi d'Italia on line*) non ragiona in termini di deviazione da un modello. Egli svolge la seguente riflessione: «se la famiglia, per il diritto, de[ve] essere costituita secondo natura, e cioè secondo quanto la natura dell'uomo suggerisce, la qual cosa piuttosto che negare la possibilità che si celebrino matrimoni di coppie omosessuale, sembra, implicitamente, ammettere tale eventualità qualora in un dato momento storico essa corrisponda, nel mutato contesto culturale, alla natura delle cose e cioè allo spirito della società in cui i fenomeni in parola si sviluppano». Ora poiché l'art. 29 Cost. non contiene un divieto di «creare tipi di famiglia diversi da quello [in esso] cristallizzato», deve ammettersi la piena compatibilità con il dettato costituzionale di altri modelli di famiglia. Cfr. le considerazioni del costituzionalista A. RUGGERI, *Unioni civili e convivenze di fatto: "famiglie" mascherate?*, in *www.giur.cost.org*, 2016, II, 251 ss., che esclude problemi di costituzionalità con riguardo all'art. 29 Cost., senza escluderli, invece, con riferimento a specifiche mancate previsioni da parte del legislatore della legge n. 76/2016.

¹² L. MENGONI, *La filiazione fuori del matrimonio*, in *La riforma del diritto di fa-*

ra dal diritto non è affatto, come dimostrano la regolamentazione legislativa di taluni profili anche delle convivenze di fatto (l. n. 76/2016) e prima ancora gli interventi giurisprudenziali a tutela di interessi giuridicamente rilevanti del convivente *more uxorio* (dalla contribuzione quale obbligazione naturale¹³, alla tutela possessoria e al diritto di permanere nella casa familiare per un tempo ragionevole in sorta la crisi del rapporto¹⁴).

L'art. 29 Cost. - questo è il punto - non può vivere scisso dall'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e dall'art. 8 della CEDU come interpretato dalla Corte EDU¹⁵. Sicché si deve ammettere che i rapporti familiari di fatto, in particolare quelli di filiazione, danno luogo a compagini familiari¹⁶ e non a qualcosa di diverso, semplice-

miglia, Atti del secondo convegno di Venezia svoltosi l'11-12.3.1972, Padova, 1972, 143, scriveva che l'unione libera, tanto più se macchiata dall'adulterio, non è riconosciuta dalla Costituzione. Cfr. anche l'impostazione di A. TRABUCCHI, *Natura, legge, famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, I, 1 ss. e le aperture di M. GIORGIANNI, *Problemi attuali del diritto familiare*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1956, 752 ss.

¹³ Cass., n. 285/1989, Cass., n. 11330/2009.

¹⁴ Cass., n. 7214/2013, cit., Cass., n. 7/2014, cit.

¹⁵ V. SCALISI, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità ad oggi*, cit., 1305.

¹⁶ Cass., 6855/2015, in *Fam. e dir.*, 2015, 6, 553 ss., con nota di G. FERRANDO, *«Famiglia di fatto» e assegno di divorzio. Il nuovo indirizzo della Cassazione*, in *Corr. giur.*, 2016, 5, 626 ss., con nota di R. GELLI, *Finita la convivenza more uxorio il diritto all'assegno divorzile non rivive*, in *Giur. it.*, 2015, 10, 2078 ss., con nota di D. BUZZELLI, *Assegno divorzile, la Cassazione e l'incidenza della convivenza more uxorio sull'assegno divorzile*, afferma che quando la convivenza tra due soggetti «assume i connotati di stabilità e di continuità, e i conviventi elaborino un progetto e un modello di vita comune (analogo a quello che di regola caratterizza la famiglia fondata sul matrimonio [n.d.r. cioè arricchimento e sviluppo della personalità di ciascuno, solidarietà, trasmissione di valori educativi ai figli]), la mera convivenza si trasforma in una vera e propria famiglia di fatto» (corsivo mio). La cui costituzione, secondo la Suprema Corte, integra un'ulteriore causa, rispetto a quella espressamente prevista dall'art. 5, co. 10, l. n. 898/1970, di cessazione *definitiva* dell'assegno di divorzio disposto a beneficio di chi abbia iniziato una convivenza con i predetti caratteri. L'esistenza di una nuova famiglia, ancorché di fatto, fa venir meno «il parametro dell'adeguatezza dei mezzi rispetto al tenore di vita goduto durante la convivenza matrimoniale da uno dei partner. «Si rescinde [continua la Cass.] ogni connessione con il tenore e il modello di vita caratterizzanti la pregressa fase di convivenza matrimoniale e, con ciò, ogni presupposto per la riconoscibilità dell'assegno divorzile». Precisa la Suprema Corte che, rispetto all'ipotesi di estinzione dell'assegno divorzio di cui all'art. 5, co. 10, l. n. 898/1970, non vi è alcun automatismo legale, occorrendo un accertamento e una pronuncia giudiziale. La nuova famiglia di fatto fa venir meno ogni connessione con il precedente modello di vita familiare (diversamente, ma erroneamente, Cass., n. 17195/2011, secondo cui la cessazione dell'assegno di divorzio non è definitiva, rimanendo essa in stato di quiescenza fino al termine della convivenza *more uxorio*). Va segnalata un'altra pronuncia interessante (trib. Roma, 21.4.2015, n. 58), la quale, con riguardo alla pensione di reversibilità e segnatamente al concorso tra il coniuge divorziato e il coniuge superstite, afferma che, al fine della ripartizione della pensione, rileva anche il periodo prematrimoniale di convivenza *more uxorio*. Ciò in quanto il criterio temporale previsto dall'art. 9, co. 3, l. n. 898/1970 va riferito «non già al rapporto formale ma anche alla convivenza prematrimoniale [così da dare rilievo] all'effettiva comunione di

mente perché non si trovano sotto l'ombrello del matrimonio o dello stato di figlio¹⁷.

Un'autorevole dottrina ha individuato un *doppio criterio di qualificazione della relazione familiare*: «l'essere il rapporto (genitoriale o di coppia) rispondente ai principi di sistema, in quanto conforme al dover-essere della persona, ma al tempo stesso l'avere un tal rapporto base e radice nei valori dell'ordinamento (...)»¹⁸. Ebbene si può affermare che la filiazione, in forza di alcune disposizioni di legge interne e sovranazionali, dei principi e dei valori dell'ordinamento giuridico attuale, possa originare anche dal legame di fatto. Dal quale si perviene alla costituzione o al mantenimento dello stato di figlio, ovvero ad ammettere la rilevanza del rapporto con il genitore sociale.

vita con le due mogli, stante la parificazione oramai consolidata che assimila la convivenza *more uxorio* al rapporto matrimoniale». Ritorna qui quanto si sosteneva *supra* in alcune note: la famiglia non fondata sul matrimonio non riceve dalla Costituzione una tutela inferiore rispetto a quella fondata sul matrimonio, né ha molto senso parlare di gerarchia di valori tra i diversi modelli familiari. Vi sono piuttosto problemi concreti che non possono essere risolti attribuendo una primazia al matrimonio quale unico contenitore formale della famiglia. Le pronunce appena riportate dimostrano la rilevanza del rapporto familiare di fatto, il quale, in certi casi, riceve una tutela addirittura maggiore rispetto al matrimonio sebbene sciolto.

¹⁷ Diversa è la posizione di C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., 78, il quale lega la filiazione alla generazione, salvo il caso dell'adozione. Egli afferma che «l'interpretazione sistematica dell'art. 30 e dell'art. 29 cost. mette in evidenza che si tratta della procreazione all'interno del matrimonio, e anche fuori da esso, ma sempre nell'ottica di quella «società naturale» alla quale si riferisce l'art. 29». Chi scrive, invece, ha cercato di replicare a quest'autorevole posizione dottrinale - senz'altro connotata da pregnanti argomenti - sottolineando che: 1) l'art. 30 Cost. non immobilizza il fondamento della filiazione nella sola generazione, ma pone una regola di responsabilità e di tutela della filiazione extramatrimoniale; 2) vi sono indici normativi nuovi, sui quali ci siamo soffermati, dai quali desumere la rilevanza della filiazione di fatto; 3) il diritto all'identità personale del minore e la tutela del suo preminente interesse esige, in certi casi, di ammettere, attraverso forme attuative diverse, la rilevanza giuridica del rapporto di filiazione non basato sul legame genetico.

Sul rilievo che ha acquisito la filiazione di fatto non è il caso di insistere ancora, se non rimarcando che la Corte EDU ha più volte riconosciuto l'esistenza della vita familiare anche quando il rapporto di filiazione non sia fondato sul legame genetico o qualora rilevi il legame tra persone dello stesso sesso (art. 8, co. 1, Cedu). Del resto l'art. 9 Carta dei diritti fondamentali dell'UE, nel distinguere tra il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia, è sintomatica dell'evoluzione storica che ha indotto gli ordinamenti europei a emancipare la famiglia dal matrimonio. Le conseguenze di ciò sono notevoli. Anche dal rapporto di fatto nascono pretese e quindi diritti; lo si è visto con riguardo alla filiazione, ma lo schema si ripete per gli adulti che convivano come fossero una famiglia. A tale ultimo proposito la Cassazione, nella citata sentenza n. 7214/2013, ha affermato che il rapporto con la casa destinata ad abitazione comune si fonda «sul negozio a contenuto personale alla base della scelta di vivere insieme e di instaurare un *consorzio familiare*, come fale socialmente riconoscibile». Da qui la Suprema Corte muove per attribuire all'ex convivente *more uxorio*, allontanato dalla casa familiare a seguito della crisi di coppia, l'azione di reintegrazione di cui all'art. 1168 c.c.

¹⁸ V. SCALISI, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità ad oggi*, cit., 1316.

Insomma la Costituzione, oltre al *favor matrimonii*, esprime un *favor familiae et filiationis*; di conseguenza gli artt. 34, co. 4, 36, co. 1 e 37, co. 1 Cost. sono da riferirsi anche ai rapporti familiari di fatto.

Sono ancora in essere due linee evolutive convergenti, che coinvolgono e uniscono filiazione e famiglia: una legislativa, l'altra più marcatamente giurisprudenziale. Da un lato il legislatore ha regolato le unioni civili tra persone dello stesso sesso e le convivenze di fatto, sostanzialmente riconoscendo che la famiglia - sebbene la legge n. 76/2016 non adoperi mai questo termine - origina anche da legami diversi da quelli formalizzati nel matrimonio. Istituito questo che, pur avendo cambiato radicalmente fisionomia dal 1942 ad oggi (concentrandosi il fulcro di ogni valutazione sul rapporto coniugale), resiste al singolare¹⁹. Dall'altro la centralità e la prevalenza rispetto ad altri interessi - anche di natura pubblicistica (cfr. *supra* cap. II-sez. II, § 10) - della tutela del minore di età ha contribuito a determinare il superamento dell'idea dell'unicità del modello di famiglia.

È da condividere, pertanto, l'affermazione secondo cui vi è stato un «progressivo “slittamento” del diritto di famiglia» che [è] trascolato verso il diritto della filiazione»²⁰. Ciò significa non solo che il

¹⁹ La giurisprudenza di legittimità è stata compatta nel ritenere che il divieto attualmente vigente di matrimonio tra omosessuali è del tutto compatibile con la Costituzione e con la normativa sovranazionale, come del resto ha rilevato la Corte EDU (Corte Cost., n. 138/2010, cit., Corte Cost., n. 170/2014, cit., in cui si ribadisce che la Cedu (artt. 8 e 12) e la Carta dei diritti fondamentali UE (art. 9) impongono agli Stati non già di riconoscere il diritto al matrimonio omosessuale, ma di assicurare tutela giuridica alle unioni omosessuali attraverso, se del caso, un istituto apposito come le unioni civili (di recente cfr. Corte EDU, 21.7.2015, *Oliari and others v. Italy*, ric. n. 18766/11 and 36030/11). È proprio sulla base della diversità di sesso dei nubendi quale condizione di efficacia (non più di esistenza) del matrimonio che, di recente, il Consiglio di Stato ne ha vietato la trascrizione qualora sia contratto all'estero tra cittadini italiani dello stesso sesso (Cons. di Stato, n. 4897/2015, afferma che la diversità di sesso emerge dalle regole codificate negli artt. 107, 108, 143, 143 *bis* e 156 *bis* c.c. Questo elemento è coerente «con la concezione del matrimonio afferente alla millenaria tradizione giuridica e culturale dell'istituto, oltre che all'ordine naturale costantemente inteso e tradotto nel diritto positivo come legittimante la sola unione coniugale tra un uomo e una donna». Contro la trascrivibilità del matrimonio contratto all'estero da cittadini italiani si era già espressa Cass., n. 4184/2012). Questa impostazione andrebbe rimeditata alla luce dei recenti interventi della Cassazione, già sopra citati, secondo cui la nozione di ordine pubblico internazionale non rimanda semplicemente alle norme imperative, bensì ai vincoli e ai valori costituzionali nonché al diritto sovranazionale. L'esistenza, inoltre, di una disciplina delle unioni civili tra persone dello stesso sesso (l. n. 76/2016), quindi di un apposito istituto che avvicina molto la disciplina del rapporto tra persone dello stesso sesso a quello tra i coniugi, dovrebbe indurre le autorità interne a riconoscere il matrimonio *same sex* contratto validamente all'estero.

²⁰ M. PARADISO, *Potestà dei genitori, abuso e «interesse morale e materiale della prole»*, cit., 218, quasi a conclusione del saggio, coglie perfettamente il punto di un'evoluzione che è ancora in atto nei suoi diversi profili attuativi. Si legge quanto segue: «il figlio diviene così centro e ragione della famiglia, fino a costituire elemento determinante per la stessa esistenza di una «comunità familiare»: la costituisce là dove manchi

vecchio «interesse superiore della famiglia» è stato sostituito dall'interesse prevalente dei figli, come si è constatato innanzi sul piano delle tutele - si pensi alla misura dell'allontanamento del genitore o del convivente dalla casa familiare, art. 342-ter c.c. (cfr. *supra* cap. III-sez. I, §§ 5 ss.) - ma anche che l'unità del gruppo rileva altresì con riguardo alla famiglia fondata su relazioni di fatto²¹.

una unione coniugale tra i genitori, la prolunga là dove quell'unione sia venuta meno» [corsivo mio]. È proprio questo l'aspetto di maggior rilievo: le nuove normative e l'attenzione della giurisprudenza all'attuazione dell'interesse concreto del minore, anche contro l'ordine pubblico interno, hanno ampliato, di riflesso, la nozione di famiglia, sciogliendola dall'istituzione matrimoniale e dalla eterosessualità dei genitori. La rilevanza dello stato di figlio e della filiazione di fatto hanno determinato una salvifica evoluzione dell'interpretazione delle norme della Costituzione sulla famiglia. L'art. 29, co. 1, Cost. non può essere letto come una norma preclusiva di altri modelli familiari diversi da quello incentrato sul matrimonio. Una siffatta interpretazione, dalla quale non sembra rimasto immune il legislatore che ha disciplinato le unioni civili (l. n. 76/2016), contrasterebbe, tra l'altro, con la posizione giuridica soggettiva del minore. Ciò è già emerso innanzi quando si è trattato della figura del genitore sociale, rilevante soprattutto in funzione attuativa di diritti del minore. Il quale beneficia di un'effettiva tutela soltanto se l'ordinamento riconosce la sua compagine di vita come di tipo familiare.

²¹ G. CATTANEO (aggiornamento di M. DOSSETTI), *La famiglia e i rapporti familiari nella costituzione, nel codice civile e nelle altre leggi ordinarie*, cit., 36, invece aderisce all'opinione diffusa prima della riforma della filiazione e della legge sulle unioni civili e convivenze di fatto secondo cui il legislatore è interessato non già alla convivenza *more uxorio*, tanto meno a ricondurla ad unità in quanto gruppo, ma alla filiazione all'interno di quest'ultima. Il che, continua la dottrina in esame, sarebbe stato confermato dalla riforma 2012/2013 della filiazione il cui obiettivo «è stato quello di dettare una disciplina unitaria del rapporto tra genitori e figli, indipendentemente dalle scelte di vita dei genitori stessi». Di conseguenza «pare evidente che il parametro dell'«unità familiare», cui fa riferimento il terzo comma dell'art. 316 cod. civ. e che dovrebbe guidare il giudice nel suggerire le soluzioni nel caso di contrasto tra i genitori, non potrebbe essere applicato quando questi non sono coniugati». A siffatta impostazione si possono indirizzare alcune repliche, incentrate sia sul nuovo capo I del titolo IX del libro primo del codice civile, sia sulla più volte richiamata legge n. 76/2016. Il capo I contiene una disciplina incentrata sui diritti del figlio e sull'esercizio della responsabilità genitoriale. La quale è funzionale all'attuazione di tali diritti, nonché a favorire lo sviluppo della personalità e dell'identità del minore. Uno dei presupposti affinché ciò si realizzi è proprio l'unità della famiglia, dunque l'art. 316, co. 3, c.c. deve essere ritenuto applicabile anche quando i genitori non siano sposati tra loro. Inoltre, per effetto della legge n. 76/2016, si dovrebbe oramai ammettere che la convivenza di fatto sia stata considerata dal legislatore come una formazione sociale di tipo familiare che costituisce una unità. I diritti che la legge in parola riconosce ai conviventi si giustificano proprio in ragione dell'unità familiare. L'art. 1, co. 38, l. 76/2016 stabilisce che i conviventi di fatto hanno i medesimi diritti spettanti al coniuge secondo le statuizioni della normativa penitenziaria. Il comma 39 attribuisce a ciascun convivente diversi diritti collegati alla malattia o al ricovero del proprio compagno di vita. Ancora: il comma 46 aggiunge nel codice civile il nuovo art. 230-ter che attribuisce diversi diritti patrimoniali al convivente di fatto che «presti stabilmente la propria opera all'interno dell'impresa dell'altro convivente». Sono state così superate le discussioni dottrinali sull'applicabilità dell'art. 230-bis al convivente *more uxorio*. Addirittura l'art. 1, co. 40, l. n. 76/2016 consente al convivente di designare l'altro per interloquire con il medico, in caso di incapacità di intendere e di volere, per assumere le decisioni

Si può affermare con sufficiente sicurezza che vi sono statuti normativi differenziati dei soggetti in famiglia, a seconda della forma giuridica prescelta per rappresentare il proprio progetto di vita: matrimonio, unione civile, convivenza e filiazione di fatto. Ma se può destare

più opportune nell'ambito della salute, comprese quella riguardanti la fine della vita. Anche le disposizioni sulla «casa di comune residenza» (familiare) postulano una unità tra i conviventi derivata dalla stabilità del legame affettivo e dall'impegno a prestarsi «reciproca assistenza morale e materiale». (art. 1, co. 36, l. n. 76/2016). Vi è anche una significativa giurisprudenza, già sopra ricordata, che considera la convivenza *more uxorio* elemento incidente sulla cessazione dell'assegno di divorzio, perché la stabilità e la continuità della convivenza trasforma quest'ultima «in una vera e propria famiglia di fatto» [(art. 5, co. 10, l. n. 898/1970) cfr. Cass., n. 6855/2015, cit. e Cass., n. 12879/2017, in www.cassazione.net, che conferma il principio anche se il nuovo compagno non possa provvedere all'assistenza materiale della *partner* perché dichiarato fallito] e sul diritto alla pensione di reversibilità [ove rileva anche il periodo di convivenza prematrimoniale, in caso vi sia una seconda moglie (cfr. Trib. Roma, 21.4.2015, n. 58, cit.)]. Insomma non si può scindere la filiazione (e i diritti del figlio) dall'unità della famiglia. Diversa è, come si diceva, l'autorevole opinione del Cattaneo secondo cui «è la famiglia fondata sul matrimonio l'unica famiglia che venga presa in considerazione dal codice civile in quanto tale, e non solo come termine riassuntivo per indicare una categoria di rapporti interindividuali». Tuttavia non si può fare a meno di rilevare che il codice civile contiene disposizioni che postulano l'esistenza di una famiglia (unità) anche qualora si tratti di conviventi *more uxorio*. L'art. 408, co. 1, c.c., nella scelta dell'amministratore di sostegno, prescrive al giudice tutelare di preferire, ove possibile, la persona stabilmente convivente, la quale è legittimata a proporre il relativo ricorso (artt. 406 e 417, co. 1, c.c.). Vi sono disposizioni al di fuori del codice civile che valorizzano la convivenza *more uxorio*; disposizioni che, secondo Cattaneo (Dossetti), non sarebbero sufficienti a desumerne un riconoscimento della famiglia di fatto. In verità tutti questi articoli di legge postulano - anche nell'inconsapevolezza del legislatore - l'idea che la stabilità della convivenza basata su un legame affettivo e su un progetto di vita comune giustifica un trattamento normativo uguale o simile a quello riservato ai coniugi. Discorrere di contrapposizione tra famiglia fondata sul matrimonio e altri «fenomeni sociali» come la convivenza di fatto (etero e omosessuale) rischia, quale ricaduta pratica, di depotenziare i diritti del figlio e di creare una gerarchia assiologica tra le diverse unioni familiari. La Corte costituzionale, nella sentenza n. 138/2010, cit., prima della legge sulle unioni civili, pur negando che vi sia un diritto degli omosessuali, desumibile dalla Costituzione, di contrarre matrimonio, non ha escluso che essa stessa potesse essere chiamata a pronunciarsi sulla legittimità di una determinata disposizione di legge, al fine di garantire un trattamento omogeneo della coppia omosessuale rispetto a quello riservato ai coniugi. La necessità del trattamento omogeneo non può che fondarsi sulla somiglianza delle fattispecie concrete, cioè sul fatto che anche l'unione omosessuale postula gli stessi presupposti che animano l'unione eterosessuale formalizzata nel matrimonio. Ma allora l'art. 29, co. 1, Cost. tutela la famiglia fondata sul matrimonio più che altro da forzature antistoriche e autoritarie (proprie della legislazione dei regimi totalitari) che potrebbero provenire dal legislatore (P. BARCELLONA, voce *Famiglia (Diritti di)*, cit., 782) ma non nega, se non al prezzo di un cortocircuito esiziale con il principio personalistico, il valore (non inferiore) di altri modelli familiari. Affermare o negare che la convivenza di fatto dia luogo a una famiglia non è questione meramente teorica. Ci sono diverse disposizioni costituzionali che si riferiscono alla famiglia. L'art. 34 Cost. che garantisce l'effettività del diritto allo studio dei giovani meritevoli attraverso assegni alle famiglie; l'art. 36 Cost. che impone una retribuzione del lavoratore «sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza» libera e dignitosa».

qualche perplessità, rispetto all'evoluzione normativa qui tratteggiata, la distinzione accolta dal nostro legislatore tra matrimonio e unione civile, soprattutto se si guarda alla giurisprudenza americana²², costituisce certamente un progresso irreversibile l'ampliamento del fondamento della filiazione, legato non più esclusivamente al dato genetico, ma anche alla durata e alle caratteristiche del rapporto di tipo genitoriale tra l'adulto e il minore.

²² La Supreme Court of the United States, *Obergefell et al. v. Hodges, Director, Ohio Department of health, et al.*, June 26, 2015, ha argomentato dal Quattordicesimo Emendamento della Costituzione Americana, l'illegittimità delle leggi di quattro Stati nella parte in cui escludono le coppie dello stesso sesso dal matrimonio civile. Lo sviluppo della motivazione è complesso e di grande interesse, soprattutto perché valorizza l'evoluzione del matrimonio e la crescente considerazione sociale e giuridica degli omosessuali. Si vede benissimo in questa pronuncia come i fatti sociali premano sull'interpretazione della Costituzione e sul legislatore. Interessa perciò sintetizzare i seguenti passaggi argomentativi: 1) si richiama il diritto di compiere scelte personali, intime, come quella di sposarsi. Si aggiunge che, alla luce del contenuto del matrimonio, quest'ultimo non possa essere negato alle coppie dello stesso sesso; 2) sposarsi è un diritto fondamentale e la possibilità di dare vita ad una «*intimate association*» deve essere garantita anche alle *same sex-couples*; 3) il diritto di sposarsi è garantito a tutte le persone anche perché in tal modo si salvaguardano i bambini (figli di un membro della coppia), i quali, altrimenti finirebbero per considerare la propria famiglia come una formazione sociale inferiore rispetto alle altre famiglie strutturate diversamente; 4) il nesso tra libertà (*liberty*), legata al *due process of law*, e uguaglianza (*equality*) esige che vi sia un pari trattamento tra *same-sex couples* e *opposite-sex couples* quanto alla facoltà di sposarsi. L'argomento di cui al punto 3 è di particolare rilievo. Degne di riflessione sono le seguenti parole della Supreme Court: «*A third basis for protecting the right to marry is that it safeguards children and families and thus draws meaning from related rights of childrearing, protection, and education*». Una legge che preveda il matrimonio tra persone dello stesso sesso - aggiunge la Corte - «*allows children to understand the integrity and closeness of their own family and its concord with other families in their community and in their daily lives*». Altrimenti i bambini che vivono con una coppia di omosessuali o di lesbiche «*suffer the stigma of knowing their family are somehow lesser*». Queste parole aiutano a capire perché le problematiche della filiazione non sono separabili da quelle della famiglia e del rapporto tra i genitori/conviventi. C'è un'altra affermazione della sentenza che merita una particolare sottolineatura: i diritti fondamentali devono essere sottratti dalle vicissitudini della politica e dai suoi indirizzi, non dipendendo la loro esistenza dall'esito di alcuna votazione. Su questo aspetto sono tornati, più di recente, insigni giuristi come S. RODOTÀ, *Diritto d'amore*, cit., 81-82, G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti*, Torino, 2005, 22 ss.