

DIRITTO DELLE SUCCESSIONI
E DELLA FAMIGLIA

II

3, 2016



Edizioni Scientifiche Italiane

Diritto delle successioni e della famiglia, pubblicazione quadrimestrale edita con la collaborazione scientifica di:

- Dipartimento di Diritto ed Economia delle Attività Produttive dell'Università di Roma «La Sapienza»;
- Dipartimento di Diritto, Economia, Management e Metodi quantitativi dell'Università del Sannio;
- Dipartimento di Diritto Privato e Critica del Diritto dell'Università di Padova;
- Dipartimento di Diritto Privato e Storia del Diritto dell'Università Statale di Milano;
- Dipartimento di Economia e Giurisprudenza dell'Università di Cassino e del Lazio Meridionale;
- Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Bari;
- Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Catania;
- Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Genova;
- Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Parma;
- Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Siena;
- Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino;
- Dipartimento di Scienze Aziendali e Giuridiche dell'Università della Calabria;
- Dipartimento di Scienze Economiche e Politiche dell'Università della Valle D'Aosta;
- Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università del Salento;
- Dipartimento di Scienze Politiche «Jean Monnet» della Seconda Università di Napoli;
- Fondazione Emanuele Casale;
- Scuola di Specializzazione in Diritto Civile dell'Università di Camerino;
- Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile;
- Società Italiana per la Ricerca nel Diritto Comparato.

Direzione

Giuseppe Amadio, Vincenzo Barba, Giovanni Bonilini, Roberto Calvo, Ernesto Capobianco, Alessandro Ciatti, Nicola Cipriani, Fabio Padovini, Stefano Pagliantini, Massimo Paradiso, Giovanni Perlingieri, Giuseppe Recinto.

Comitato di direzione

Vincenzo Barba, Alberto Maria Benedetti, Vincenzo Verdicchio, Fabrizio Volpe.

Comitato di valutazione

Italia: Roberto Amagliani, Franco Anelli, Luca Barchiesi, Giovanni Francesco Basini, Mirzia Bianca, Roberto Bocchini, Enrico Camilleri, Roberto Carleo, Valeria Caredda, Achille Antonio Carrabba, Donato Carusi, Michela Cavallaro, Giovanna Chiappetta, Giovanni Chiodi, Cristiano Cicero, Vincenzo Cuffaro, Stefano Delle Monache, Giovanni D'Amico, Andrea D'Angelo, Maria Vita De Giorgi, Francesco Delfini, Enrico del Prato, Andrea Federico, Gilda Ferrando, Giampaolo Frezza, Lucilla Gatt, Emanuela Giacobbe, Fulvio Gigliotti, Patrizia Giunti, Attilio Gorassini, Gioacchino La Rocca, Elena La Rosa, Marcello Maggiolo, Manuela Mantovani, Antonio Masi, Marisaria Maugeri, Andrea Mora, Enrico Moscati, Mauro Orlandi, Rosanna Pane, Antonio Palazzo, Ferdinando Parente, Mauro Pennasilico, Dianora Poletti, Stefano Polidori, Francesco Prospero, Francesco Ruscello, Tommaso Vito Russo, Andrea Sassi, Pietro Sirena, Michele Tamponi, Antonella Tartaglia Polcini, Andrea Zoppini.

Estero: Roy Alain, Santiago Álvarez González, Ana Cañizares Laso, Margarita Castilla Barea, José Ramon de Verda y Beamonte, Anatol Dutta, Antoine Eigenmann, Antonio Estella de Noriega, Augusto Ferrero Costa, Cecilia Gómez-Salvago Sánchez, Freddy A. Hung Gil, Aida Kemelmajer de Carlucci, Anne Marie Leroyer, Mariel F. Molina de Juan, María Paz García Rubio, Juan Pablo Pérez Velazquez, Pedro Robles Latorre, Jeffrey Talpis, Teodora Torres, Stephan Wolf, Lihong Zhang.

Osservatorio

Salvatore Aceto di Capriglia, Antonio Albanese, Gianni Ballarani, Emanuele Bilotti, Andrea Bucelli, Ciro Caccavale, Gabriele Carapezza Figlia, Francesca Carimini, Cristina Coppola, Francesca Dell'Anna Misurale, Francesco Di Ciommo, Pietro Franzina, Andrea Fusaro, Marco Galli, Federica Giardini, Michele Graziadei, Mauro Grondona, Sara Landini, Ubaldo La Porta, Raffaele Lenzi, Francesco Macario, Renato Marini, Andrea Natale, Fabrizio Panza, Gian Maria Piccinelli, Massimo Proto, Vincenzo Putortí, Rolando Quadri, Giuseppe Werther Romagno, Domenico Giovanni Ruggiero, Roberto Siclari, Laura Tafaro, Marco Tatarano, Maria Francesca Tommasini, Francesco Paolo Traisci, Giuseppe Antonio Michele Trimarchi, Antonio Tullio, Loredana Tullio, Camillo Verde, Virginia Zambrano.

Comitato editoriale

Emanuela Migliaccio (caporedattore), Marcello D'Ambrosio (responsabile successioni), Maria Porcelli (responsabile famiglia), Davide Achille, Erica Adamo, Giovanni Adezati, Enrico Astuni, Francesca Bartolini, Francesco Bilotta, Pietro Boero, Barbara Borrillo, Ettore Bucciante, Emanuele Calò, Matteo Ceolin, Mauro Criscuolo, Luigi D'Alessandro, Elisa de Belvis, Stefano Deplano, Danila di Benedetto, Antonio di Fede, Alberto Paolo Di Flumeri, Ettore William Di Mauro, Nicola Di Mauro, Antonella Di Tullio, Paola D'Ovidio, Gaetano Roberto Filograno, Matteo Maria Franciseti Brolin, Rosario Franco, Francesco Antonio Genovese, Francesco Gerbo, Luca Ghidoni, Vittorio Gialanella, Giancarlo Iaccarino, Michele Labriola, Antonio Lacatena, Pasquale Laghi, Francesco Maiello, Carmine Maiorano, Giampaolo Maroz, Francesco Meglio, Vincenzo Miri, Antonio Musto, Gianluca Navone, Michele Nisticò, Rosanna Pagliuca, Gabriele Perano, Gaetano Petrelli, Carmine Romano, Maria Giovanna Ruo, Antonio Ruotolo, Domenico Russo, Claudio Santamaria, Benedetta Sirgiovanni, Stefania Stefanelli, Vera Tagliaferri, Giuseppe Trapani, Alberto Venturilli, Pietro Virgadamo.

Registrazione presso il Tribunale di Napoli al n. 2 del 10 febbraio 2015.

Responsabile: Fabrizio Volpe

I lavori pubblicati in questo numero sono di: Gianni BALLARANI, straord. Pontificia univ. Lateranense; Vincenzo BARBA, ord. «La Sapienza» univ. di Roma; Giovanni BONILINI, ord. univ. di Parma; Emanuele CALÒ dott.; Ernesto CAPOBIANCO, ord. univ. del Salento; Achille Antonio CARRABBA, ord. univ. di Bari; Cristiano CICERO, ord. univ. di Cagliari; Luca GHIDONI, ric. a t.d. univ. di Parma; Isabella MARTONE dott.; Anna Carla NAZZARO, ord. univ. di Firenze; Luca Ettore PERRIELLO, dott.; Maria PORCELLI, ric. univ. di Cassino; Vincenzo PUTORTI, ass. univ. di Firenze; Gabriele SALVI, dott.; Vincenzo VERDICCHIO, ass. univ. del Sannio; Virginia ZAMBRANO, ord. univ. di Salerno.

Criteri di valutazione e di selezione dei contributi pubblicati

I contributi pubblicati sulla Rivista *Diritto delle successioni e della famiglia* sono tutti sottoposti a una procedura di referaggio che garantisce l'anonimato dell'Autore e dei singoli revisori (c.d. *double blind peer-review*), nonché l'obiettività e la ponderatezza del giudizio grazie a una scheda che, oltre a esplicitare i criteri di valutazione, consente ai revisori di motivare il giudizio e di segnalare eventuali miglioramenti da apportare all'elaborato. A tal fine la Direzione potrà avvalersi di uno o più Responsabili della valutazione, i quali disgiuntamente sottopongono il contributo ad almeno due componenti del *Comitato di valutazione* e/o a *referee* esterni scelti tra i Professori ordinari di prima fascia, italiani e stranieri, in ragione della loro autorevolezza, della competenza specifica richiesta e dell'eventuale natura interdisciplinare del contributo. I *referee* ricevono l'elaborato da valutare senza l'indicazione dell'Autore; all'Autore non viene comunicata l'identità dei *referee*. Il giudizio motivato potrà essere positivo (pubblicabilità); positivo con riserva, ossia con l'indicazione della necessità di apportare modifiche o aggiunte (pubblicabilità condizionata); negativo (non pubblicabilità). Esso sarà trasmesso alla Direzione che, direttamente o tramite un Responsabile della valutazione, provvederà a comunicarlo all'Autore, sempre garantendo l'anonimato dei *referee*. I contributi giudicati meritevoli possono essere oggetto di pubblicazione nella Rivista in base all'insindacabile valutazione della Direzione. Qualora i *referee* esprimano un giudizio positivo con riserva, la Direzione, con la supervisione dei Responsabili della valutazione, autorizza la pubblicazione soltanto a seguito dell'adeguamento del contributo, assumendosi la responsabilità della verifica. Nell'ipotesi di valutazioni contrastanti dei *referee* sarà la Direzione a decidere circa la pubblicazione del contributo, anche affidando l'ulteriore valutazione a terzi. La Direzione può assumere la responsabilità delle pubblicazioni di studi provenienti da autori, stranieri o italiani, di consolidata esperienza e prestigio tali che la presenza del loro contributo si possa reputare di per sé ragione di lustro per la Rivista.

L'accettazione di un lavoro ai fini della pubblicazione implica il vincolo per l'Autore a non pubblicarlo altrove o a non pubblicare parti di esso in altra rivista senza il consenso scritto dell'Editore secondo le modalità concordate con l'Editore stesso.

Le medesime regole valgono anche per i *Quaderni* della Rivista.

INDICE

SAGGI

- GIANNI BALLARANI, La legge sulle unioni civili e sulla disciplina delle convivenze di fatto. Una prima lettura critica 623
- ERNESTO CAPOBIANCO e MARIA PORCELLI, Fondo patrimoniale e tutela dei minori d'età 653
- ANNA CARLA NAZZARO, Tutela del minore e unificazione degli *status* 671
- LUCA ETTORE PERRIELLO, Living Wills and End-of-Life Decisions: the Italian Case 691

DIALOGHI CON LA GIURISPRUDENZA

- ACHILLE ANTONIO CARRABBA, *Negotium mixtum cum donatione* (o donazione mista), donazione indiretta e disciplina applicabile (Nota a Cass., Sez. II, 16 giugno 2014, n. 13684) 718
- LUCA GHIDONI, La tutela anticipata dei potenziali legittimari fra simulazione negoziale privata, presunzione legale di affetti e ambizioni ereditarie concrete 734
- VINCENZO VERDICCHIO, Donazione dissimulata e attualità dei «diritti» del legittimario *in pectore* (Note a Trib. Cagliari, 21 maggio 2015) 754
- ISABELLA MARTONE, La Cassazione e la casa familiare: dalla opponibilità dell'assegnazione alla opponibilità della destinazione? (Nota a Cass., Sez. I, 21 maggio-11 settembre 2015, n. 17971) 787
- GABRIELE SALVI, Note in tema di *institutio ex re certa* e divisione testamentaria. L'assegnazione di quota di società di persone (Nota a Trib. Roma, sez. VIII, 24 giugno 2015) 822

OSSERVATORIO (CRONACHE E ATTUALITÀ)

- VINCENZO PUTORTÌ, Il divieto dei patti successori istitutivi alla luce del Regolamento UE 650/2012 845

ESPERIENZE STRANIERE E COMPARATE

- EMANUELE CALÒ, Vite (e morti) parallele di Michel Colombier e di Maurice Jarre: la colonna sonora dell'ordine pubblico internazionale successorio nel diritto italiano e francese 879

VIRGINIA ZAMBRANO, Differenti traiettorie e approccio sistematico nella retorica della riproduzione umana assistita: l'esempio argentino	907
PARERI	
GIOVANNI BONILINI, Diseredazione revocante la precedente istituzione a successore?	941
ATTUALITÀ DEL PASSATO E <i>FRAGMENTA IURIS</i>	
VINCENZO BARBA, Il legato di <i>facultas alternativa</i> nel pensiero di Mario Allara	955
RECENSIONI	
VINCENZO BARBA, I patti successori e il divieto di disposizione della delazione. Tra storia e funzioni [Cristiano Cicero]	975

ANNA CARLA NAZZARO

TUTELA DEL MINORE E UNIFICAZIONE DEGLI *STATUS*

SOMMARIO: 1. Significato e obiettivi della riforma della filiazione: un tentativo di rinuncia alla comparazione con il passato. – 2. Necessità di definizione dell'autonomia del minore muovendo dal suo rapporto con i genitori: l'interesse del minore. – 3. Rapporto genitori-figli e ruolo del giudice. – 4. Verifica della effettività della unificazione: la separazione dei genitori. – 5. Riflessioni conclusive. Necessità di valutare autonomamente l'interesse del figlio dalla responsabilità dei genitori.

1. Uno studio che si prefigga l'obiettivo di indagare i punti di contatto tra la tutela del minore e la nuova disciplina della filiazione, la quale impone il criterio dello *status* unico di figlio indipendentemente dai rapporti tra i genitori, deve innanzitutto contenere lo sforzo di sgombrare il campo dall'idea di fondo che si debba trattare della tutela del minore in quanto figlio minore e, dunque, che sia necessario (o quantomeno suggerito) circoscrivere l'ambito di analisi alle misure di protezione del figlio nato fuori del matrimonio nella sua equiparazione con i figli nati nel matrimonio¹ (secondo le locuzioni che a séguito della riforma della filiazione appaiono politicamente corrette).

Infatti, sembra possibile dare a questo titolo anche un significato ed un contenuto piú ampio (facendo comunque attenzione a non dilatare eccessivamente l'angolo di osservazione) per approdare ad un mutato modo di intendere e disciplinare i rapporti tra c.d. Minori e c.d. Maggiori di età e per far sí che l'opportuna introduzione del principio secondo cui «tutti i figli hanno lo stesso *status* giuridico» (art. 315 c.c.) non rappresenti l'en-

¹ V., ad esempio, M. SESTA, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Fam. dir.*, 2013, p. 231 ss., il quale legge le norme dettate dalla l. 10 dicembre 2012 n. 219 come una riprova della perdita di centralità della famiglia legittima. Si afferma, infatti, che «dalle norme sopra citate risulti radicalmente modificata la nozione di famiglia legale, che, ora, non appare piú necessariamente fondata sul matrimonio, considerato che i vincoli giuridici tra i suoi membri dichiaratamente prescindono da esso». Al di là dall'accogliibilità della considerazione ciò che non si condivide è il tentativo di ricavare dalla legge un significato ulteriore desumibile dal suo impatto sulla famiglia, trascurando invece l'obiettivo primario che è quello di tutela del minore indipendentemente dal tipo legale di rapporto genitoriale, o forse si potrebbe dire, indipendentemente dal nucleo (in senso lato) familiare nel quale è inserito.

nesima petizione di principio di una riforma annunciata ma che assume poi nei fatti uno scarso rilievo, prima sociale e poi giuridico².

Di certo, che il legislatore sia giunto (finalmente) a formalizzare l'assurdità (e forse anche l'illegittimità³) di una distinzione «di principio» tra figli legittimi e figli naturali, è un risultato al quale nessuno può evitare di dare plauso, anzi non si può che criticarne il ritardo eccessivo⁴.

Ritardo, tuttavia, temperato dal costante lavoro degli interpreti, e della magistratura in primo luogo, che, da tanto, affievoliscono le differenze e applicano (come è giusto che sia) le norme interpretandole alla luce del principio di eguaglianza e dei principi desumibili dall'intero sistema del c.d. diritto di famiglia⁵; primo fra tutti quello che la responsabilità dei genitori deriva dal fatto stesso della procreazione⁶.

² L'enfasi iniziale con la quale è stata accolta la riforma ha portato infatti parte della dottrina a dubitare della sua efficacia pratica. Parla di «norma manifesto» A. GRAZIOSI, *Una buona novella di fine legislatura: tutti i «figli» hanno eguali diritti dinanzi al tribunale ordinario*, in *Fam. dir.*, 2013, p. 263 ss. Di diverso avviso A. NICOLUSSI e A. RENDA, *Ragioni e implicazioni della «riforma» della filiazione*, in AA.Vv., *La nuova disciplina della filiazione*, Bologna, 2014, p. 29, il quale considera che «l'unificazione, facendo venir meno quella funzione selettiva e potenzialmente discriminatoria che, più che propria dello *status* in sé, è propria di una dualità di *status* nella quale quello perfetto (evidentemente, lo *status legitimitatis*) assevera per contrasto l'imperfezione dell'altro, si presta [...] ad una sorta di rinnovata giustificazione assiologica del concetto di *status*, poiché, esprimendo appartenenza permanente alla comunità costituita dalla procreazione, veicola più di ogni altra situazione soggettiva quel nucleo duro dell'identità personale, che è l'identità della persona in relazione alle sue origini».

³ Una efficace ricostruzione della considerazione costituzionale in merito alla distinzione tra figli legittimi e naturali è svolta da F. PATERNITI, *Lo status costituzionale dei figli*, relazione tenuta al Convegno annuale del Gruppo di Pisa «*La famiglia davanti ai suoi giudici*», svoltosi a Catania il 7-8 giugno 2013, in www.gruppodipisa.it.

⁴ La definisce «discriminazione sistematica» L. BALESTRA, *La dichiarazione giudiziale di paternità e maternità alla luce della riforma della filiazione*, in *Riv. trim.*, 2014, p. 1223 ss. Nello stesso senso cfr. M. DOGLIOTTI, *Nuova filiazione: la delega al governo*, in *Fam. dir.*, 2013, p. 279 ss.; M. DOSSETTI, C. MORETTI, M. MORETTI, *La riforma della filiazione. Aspetti personali, successori e processuali. L. 10 dicembre 2012, n. 219*, Bologna, 2013, p. 74 ss.

⁵ Sistema che implica innanzitutto il riconoscimento di un ruolo centrale all'art. 30 cost., ma anche la costante applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che all'art. 21 vieta qualsiasi forma di discriminazione fondata sulla nascita, e della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che agli artt. 8 e 14 riconosce il diritto al rispetto della vita privata e familiare sancendo il divieto di discriminazioni fondate sulla nascita.

⁶ La forza cogente dei doveri imposti dalla responsabilità genitoriale trova applicazione nelle decisioni giurisprudenziali che non solo riconoscono il diritto del figlio ad ottenere il risarcimento del danno in caso di mancato riconoscimento, ma attribuiscono al genitore l'obbligo di assumere un ruolo attivo nella verifica della paternità poiché «la consapevolezza non s'identifica con la certezza assoluta derivante esclusivamente dalla prova ematologica ma si compone di una serie d'indizi univoci, generati dall'indiscussa consumazione di rapporti sessuali non protetti all'epoca del concepimento» da cui discenderebbe un «preciso onere» di «ricorrere ad un'indagine tecnica al fine di verificare se l'indicazione [...] legata alle convergenti circostanze di fatto

Altra cosa è però valutare il contenuto della riforma dalla quale, oltre al lampante tentativo di unificazione, può trasparire il concetto stesso di minore accolto dal nostro legislatore e le modalità di tutela, che ora appartengono (o dovrebbero appartenere) anche ai figli nati fuori del matrimonio, per le quali tuttavia resta comunque necessaria una valutazione di congruità⁷.

Il problema maggiore che ha dovuto affrontare il legislatore è stato quello di definire una regola giuridica che riesca a conciliare le diverse esigenze di affermazione della verità materiale con quella, comunque rilevante, di rispetto del significato sociale⁸. E il primo scoglio da affrontare è proprio quello della definizione di minore.

Già su questo punto le risposte possono essere diversificate tra chi, fedele alla lettera dell'art. 2 c.c. riconosce valenza dirimente all'età dei 18 anni, e chi sulla scia delle numerose ipotesi nelle quali il legislatore anticipa il rilievo della volontà del minore ad età anche di molto inferiori ai 18 anni, professa la rilevanza di una capacità di discernimento che renderebbe non più rigida la dicotomia capacità/incapacità, ma necessiterebbe di una analisi condotta caso per caso in relazione ai numerosi parametri di valutazione della situazione concreta⁹.

La distinzione non è soltanto quantitativa ma qualitativa, poiché, accedendo alla seconda impostazione, ciò che si modifica è proprio la visione stessa del minore che da soggetto totalmente incapace, per scelta del legislatore, diviene soggetto di diritto, sia pure con le sue necessità di sviluppo e di formazione¹⁰.

emerse nel giudizio, fosse corretta oppure no e non attendere con inerzia la richiesta di riconoscimento giudiziale». Cass., 22 novembre 2013, n. 26205, in *Giur. it.*, 2014, p. 1593.

⁷ Illuminanti le riflessioni di C.M. BIANCA, *Diritto civile, 2.1, La famiglia*, Milano, 2014, p. 364 ss. il quale afferma nettamente che a séguito della riforma della filiazione prova legalmente sufficiente del rapporto «è quella avente ad oggetto il possesso di stato di figlio, che oggi, nei suoi elementi costitutivi del *tractatus* e della *fama* (art. 237 c.c.), riguarda indistintamente sia il figlio nato nel matrimonio sia quello nato fuori dal matrimonio».

⁸ Per queste riflessioni, sia pure non specificamente riferite alla riforma, v., S. PATTI, *Verità e stato giuridico della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, p. 237 ss.

⁹ Il tema è stato ampiamente dibattuto in passato, ma sulla rilevanza della capacità di discernimento la dottrina è oramai unanime. Cfr., senza pretesa di esaustività, P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Napoli, 1975, p. 166 ss.; L. TAFARO, *L'età per l'attività*, Napoli, 2003, p. 48 ss.; F. RUSCELLO, *Minore età e capacità di discernimento: quando i concetti assurgono a «supernorme»*, in *Fam. dir.*, 2011, p. 404 ss.; G. LISELLA, *La minore età e la capacità di agire*, in G. LISELLA e F. PARENTE, *Persona fisica*, in *Tratt. dir. civ.* CNN Perlingieri, Napoli, 2012, p. 185 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, 735 ss.

¹⁰ In questa prospettiva «la giurisdizione che riguarda le persone di età minore ha evidentemente una sua specificità poiché non è meramente contrappositiva, non è una giurisdizione

2. Certo è che la verifica del significato reale attribuito alla capacità di discernimento non può che condursi tramite una analisi dei poteri del minore nei singoli casi concreti¹¹.

Luogo privilegiato di analisi è proprio il rapporto con i genitori: il loro ruolo e le loro prerogative.

E anche qui si scontrano due idee differenti: la prima, temporalmente datata e forse oggi, almeno nelle intenzioni del legislatore, superata, basata sul concetto di potestà quale diritto-dovere e sulla correlativa situazione del minore quale soggetto bisognoso, non soltanto di protezione, ma anche di guida e di indirizzo¹².

La seconda, oggi accolta nella riforma, che prende le mosse dalla responsabilità genitoriale per valorizzare il contenuto di doverosità delle prerogative genitoriali assegnando loro il medesimo ruolo di educatori¹³ ma riempiendolo di diverso contenuto¹⁴.

di «torti e ragioni»: la giustizia civile in materia minorile (e di altri soggetti vulnerabili) mira piuttosto, nella crisi delle relazioni personali e familiari, che di per sé dovrebbero costituire la miglior tutela del diritto della persona di età minore al suo sviluppo, a realizzare un nuovo equilibrio in cui ciò sia possibile». Così, M.G. RUO, *Giustizia per le persone di età minore e le loro famiglie: criticità dell'oggi e prospettive solutive per il domani*, in *Iustitia*, 2015., p. 341 s.

¹¹ Mette in guardia da una considerazione generale e astratta della capacità di discernimento A. IANNELLI, *Stato della persona e atti dello stato civile*, Napoli, 1984, p. 129.

¹² Ripercorre l'iter dottrinale da una concezione dei figli come soggetti-oggetto a una di componenti attivamente responsabili della famiglia L. BARBIERA, *L'umanizzazione del diritto di famiglia*, in *Rass. dir. civ.*, 1992, p. 265. In passato la dottrina ha comunque sempre evidenziato un sia pur limitato contenuto di doverosità, cfr., A.C. PELOSI, *Potestà dei genitori sui figli*, in *Nuovo D. I., Appendice*, Torino 1984, 1127 ss.; A. BUCCIANTE, *La potestà dei genitori e l'emancipazione*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, IV, Torino 1982, 537 ss.; M. BESSONE, *Personalità del minore, funzione educativa dei genitori e garanzia costituzionale dei diritti inviolabili*, in *Giur. merito*, 1975, I, 346 ss.; A. NATUCCI, *L'obbligo di mantenimento del figlio maggiorenne*, in G. DE CRISTOFARO e A. BELVEDERE (a cura di), *L'autonomia del minore tra famiglia e società*, Milano 1980, 381 ss.; F. GIARDINA, *I rapporti personali tra genitori e figli alla luce del nuovo diritto di famiglia*, in *Riv. trim.*, 1977, p. 1376 ss.; M. BUONCRISTIANO, *Cura della persona e interesse del minore: due contrastanti pronunce della Corte Costituzionale*, in *Giur. it.*, 1988, I, 1, 1251 ss.;

¹³ Tanto che qualcuno dubita sulla opportunità di modifica del concetto di potestà G. BALLARANI e P. SIRENA, *Il diritto del figlio a crescere in famiglia e di mantenere i rapporti con i parenti nel quadro del superiore interesse del minore*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, 538. Ciò soprattutto in ragione del fatto che il concetto di responsabilità risulta ben più ampio di quello di potestà: G. RECINTO, *Legge n. 219 del 2012: responsabilità genitoriale o astratti modelli di minori di età?*, in *Dir. fam. pers.*, 4, 2013, 1475 ss.; M. SESTA, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, cit., p. 231 ss.; F. CARIMINI, *Il binomio potestà-responsabilità: quale significato?*, in R. PANE (a cura di), *Nuove frontiere della famiglia. La riforma della filiazione*, Napoli, 2014, p. 111 ss. Evidenzia invece il contenuto di responsabilità già presente nel concetto di potestà A. GORASSINI, *La responsabilità genitoriale come contenuto della potestà*, in M. BIANCA (a cura di), *Filiazione. Commento al decreto attuativo*, Milano, 2014, 91 ss.

¹⁴ Rimarcano il contenuto innovativo del concetto di responsabilità genitoriale rispetto alla

Il parametro¹⁵ resta sempre l'interesse del minore¹⁶, non piú quale concetto astratto da valutare in ragione di uno stereotipo, bensí quale parametro valutativo per la soluzione del caso concreto¹⁷, interesse del quale il minore capace di discernimento si fa portavoce¹⁸, interesse che serve ad

potestà C.M. BIANCA, *La legge italiana conosce solo figli*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, p. 1 ss.; E. AL MUREDEN, *La responsabilità genitoriale tra condizione unica del figlio e pluralità dei modelli familiari*, in *Fam. dir.*, 2014, p. 467; G. SERGIO, *Potestà versus responsabilità genitoriale. La sofferta evoluzione della regolazione giuridica dei rapporti tra genitori e figli*, in R. PANE (a cura di), *Nuove frontiere della famiglia. La riforma della filiazione*, cit., p. 81 ss.

¹⁵ Nel senso che rappresenta la priorità di tutela alla quale l'interprete si deve conformare. V., G. MAGNO, *Il minore è portatore di un semplice interesse oppure è titolare di diritti?*, in *Minorigiustizia*, 2011, p. 28.

¹⁶ La stessa sostituzione del concetto di potestà con quello di responsabilità genitoriale, a detta della *relazione* illustrativa allo schema di decreto legislativo volto a dare attuazione alla delega contenuta nella l. n. 219 del 2012, recante «*Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali*», è frutto della «diversa visione prospettica che nel corso degli anni si è sviluppata ed è ormai da considerare patrimonio condiviso: i rapporti genitori-figli non devono essere piú considerati avendo riguardo al punto di vista dei genitori, ma occorre porre in risalto il superiore interesse dei figli minori». Il concetto è da sempre presente nei dibattiti dottrinali: cfr., G. DOSI, *Dall'interesse ai diritti del minore: alcune riflessioni*, in *Dir. fam. pers.*, 1995, p. 1604 ss.; G. FERRANDO, *Diritti e interesse del minore tra principi e clausole generali*, in *Pol. dir.*, 1998, p. 167 ss.; E. QUADRI, *L'interesse del minore nel sistema della legge civile*, in *Fam. dir.*, 1999, p. 80 ss.; G. CHIAPPETTA, *Introduzione*, in AA. Vv., *La convenzione sui diritti dell'infanzia: conoscerla per rispettarla e farla rispettare*, in *Quad. sociali*, Catanzaro, 2009, p. 9; F. BOCCHINI, *Diritto di famiglia. Le grandi questioni*, Torino, 2013, p. 235 ss.

Significativa al riguardo è stata reputata l'abolizione del divieto di fecondazione eterologa a séguito dell'intervento di Corte costituzionale che ha riformato la l. 19 febbraio 2004, n. 40. Per questa considerazione v., E. ANDREOLA, *Il principio di verità nella filiazione*, in *Fam. dir.*, 2015, p. 88 ss.

¹⁷ In questo senso, v., esplicitamente, F. LONGOBUCCO, *Interesse del minore e rapporti giuridici a contenuto non patrimoniale: profili evolutivi?*, in *Dir. fam. pers.*, 2014, p. 1642 ss.; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Sul riconoscimento del figlio nato fuori del matrimonio dopo la riforma del 2012-2013*, in *Fam. dir.*, 2015, p. 182 ss., il quale distingue ipotesi di mancato riconoscimento che producono un danno per il minore da altri casi nei quali detto mancato riconoscimento potrebbe risultargli favorevole. Non sembra invece accoglibile la tesi che cerca di individuare *a priori* un interesse del minore identificandolo nell'acquisire lo *status* di figlio. Così, invece, E. GIACOBBE, *Il prevalente interesse del minore e la responsabilità genitoriale. Riflessioni sulla riforma "Bianca"*, in *Dir. fam. pers.*, 2014, p. 817ss.

¹⁸ Di ciò oggi un riconoscimento anche legislativo è rappresentato nell'attribuzione, in sede giurisdizionale, di un diritto all'ascolto. In dottrina cfr., M.C. CAMPAGNOLI, *L'ascolto del minore*, Milano, 2013, p. 7 ss. Tuttavia già da tempo, autorevole dottrina osserva che in «presenza di diritti che patrimoniali non sono, titolarità ed esercizio non possono non coincidere?». P. PERLINGIERI, *Sull'ascolto del minore*, in *Riv. giur. Molise Sannio*, 2012, p. 127 ss. Cfr., sul punto, anche, V. MONTARULI, *La mitezza nei procedimenti di responsabilità genitoriale*, in *Minorigiustizia*, 2015, p. 108 s., ove si desume dalla formulazione del terzo comma dell'art. 315-bis «l'obbligo dei genitori di confrontarsi con il figlio che abbia raggiunto una certa capacità quando si tratta di assumere decisioni per lui».

orientare i maggiori di età tanto nelle fasi fisiologiche quanto in quelle patologiche¹⁹.

L'evoluzione del concetto di interesse del minore è forse la chiave di lettura più significativa ed utile ad interpretare lo spirito che informa le norme in tema di diritto di famiglia²⁰. E, soprattutto nel rapporto tra figli nati dentro e fuori del matrimonio, trova una conferma del suo ruolo centrale nel dibattito avente ad oggetto la scelta tra *favor veritatis* e *legitimitatis*. Dibattito la cui evoluzione rende palese un significativo mutamento di prospettiva, allorché in tempi, anche non molto remoti si affermava che «il favor legitimitatis prevale sul favor veritatis, che non è un valore di rilevanza costituzionale assoluta da affermarsi comunque, com'è dimostrato dall'art. 30 Cost., ultimo comma, che, nel demandare al legislatore ordinario il potere di dettare le norme ed i limiti per la ricerca della paternità, attribuisce allo stesso la facoltà di privilegiare, nel rispetto degli altri valori costituzionali e di volta in volta, in conseguenza anche di particolari situazioni storiche e sociali, la paternità legale rispetto a quella biologica»²¹. Com'è noto, la tendenza è mutata sia ad opera della Corte

¹⁹ Del resto, già prima della riforma l'interesse del minore assumeva un ruolo centrale nella valutazione del giudice. Ciò che ora è mutato è proprio il metodo di valutazione di quell'interesse e la sua verifica che non può escludere il coinvolgimento di chi ne è titolare. Per una valutazione del ruolo centrale assunto dall'interesse del minore nella disciplina *ante* riforma cfr., P. VERCELLONE, *La potestà dei genitori: funzioni e limiti interni*, in G. COLLURA, L. LENTI e M. MANTOVANI (a cura di), *La filiazione*, in *Tratt. dir. fam.* Zatti, II, Milano, 2012, p. 1209 ss.; Id., *Libertà dei minorenni e potestà dei genitori*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, 530 ss.; P. STANZIONE, *Diritti fondamentali dei minori e potestà dei genitori*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, 446 ss.; F. RUSCELLO, *La potestà dei genitori. Rapporti personali*, in *Cod. civ. Comm.* Schlesinger, Milano, 2006, 39 ss.

²⁰ Numerose sono le norme che in tema di accertamento della filiazione impongono la verifica dell'interesse del minore. Si pensi alla l. 28 marzo 2001, n. 149 in materia di adozione, alla l. n. 4 aprile 2001, n. 154 per gli ordini di protezione contro le violenze endofamiliari, alla l. 8 febbraio 2006, n. 54 in materia di affidamento condiviso dei figli, e, in ambito internazionale, all'art. 3 della Convenzione di New York, ratificata con la l. 27 maggio 1991, n. 176, all'art. 24 della Carta di Nizza. Una loro lettura costituzionalmente orientata deve oggi necessariamente condurre ad una interpretazione che rinunci ad assegnare loro un significato di mera risoluzione di una dicotomia (*favor veritatis, legitimitatis, minoris, stabilitatis*) ma che privilegi quell'interesse nel caso concreto. Cfr., M. MANTOVANI, *La filiazione legittima e naturale*, G. COLLURA, L. LENTI, M. MANTOVANI (a cura di), *Filiazione*, cit., p. 49 ss. Cfr., altresì, M.G. RUO, *Giustizia per le persone di età minore e le loro famiglie: criticità dell'oggi e prospettive solutive per il domani*, cit., p. 339 ss., la quale, indicando le numerose sentenze della Corte costituzionale che si sono occupate dell'argomento, parla specificamente di costituzionalizzazione dell'interesse del minore.

²¹ Cass., 8 settembre 1995, n. 9463, in *Giust. civ.*, 1996, I, 1407 ss. Nello stesso senso, Cass., 17 agosto 1998, n. 8087, in *Fam. dir.*, 1998, p. 427 ss.; Cass., 30 gennaio 2001, n. 1264, in www.dejure.it; Cass., 22 ottobre 2002, n. 14887, in *Fam. dir.*, 2003, p. 5.

costituzionale²², sia ad opera dei giudici di Cassazione che hanno ammesso, ben prima della riforma, la prova ematologica indipendentemente da quella dell'adulterio²³.

La versione riformata della disciplina di disconoscimento della paternità, e in particolare l'art. 243-bis, nell'affermare il principio di libertà della prova, apre oggi ad una visione meno rigida e più conforme ad una valutazione concreta dell'interesse del minore²⁴.

L'interesse del minore informa comunque tutta la legislazione in materia di famiglia, ne sono una prova anche la sua considerazione in tema di adozione²⁵ e il suo ruolo nelle azioni di accertamento dello status²⁶.

Se questo è, o meglio dovrebbe essere, il quadro di novità della riforma²⁷, allora l'unificazione non deve essere letta soltanto come un ampliamento delle prerogative attribuite ai figli nati nel matrimonio anche a vantaggio dei figli nati fuori del matrimonio, ma si rende necessaria una valutazione rinnovata del ruolo del minore tanto nelle fasi fisiologiche delle sue scelte di vita, sia pure coadiuvate e filtrate dall'aiuto dell'adulto, tanto nelle fasi patologiche, nelle quali è proprio colui che dovrebbe supportare il minore a risultare non idoneo ad attendere al proprio compito di agire nel suo interesse²⁸.

²² Cfr., Corte cost., 28 novembre 2002, n. 494, in *Fam. dir.*, 2003, p. 119 ss., che ha ammesso anche i figli incestuosi in mala fede tra i legittimati ad esperire l'azione di dichiarazione giudiziale di paternità e maternità; Corte cost., 6 luglio 2006, n. 266, in *Fam. dir.*, 2006, p. 461 ss., che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 235, comma 1, n. 3 c.c. (ante riforma) che subordinava l'espletamento delle prove ematiche alla prova dell'adulterio.

²³ Cfr., Cass., 3 aprile 2007, n. 8356, in *Giust. civ.*, 2007, I, p. 1859, Cass., 22 febbraio 2007, n. 4175, in *Fam. dir.*, 2007, p. 787 ss.

²⁴ Anche se nella disciplina si rinviene la medesima necessità di bilanciamento del *favor veritatis* con quello, che se oggi non può più essere denominato *legitimitatis* è ridefinito come *favor stabilitatis*. V., R. ROSETTI, *Allineamento delle regole di accertamento della filiazione*, in M. BIANCA (a cura di), *Filiazione. Commento al decreto attuativo*, cit., p. 50 ss.

²⁵ Sulle diverse definizioni rintracciabili nei testi legislativi, v. L. DENTI e A. DANOVÌ, *L'interesse del minore nella legislazione e nella giurisprudenza italiane*, in V. POCAR e P. Ronfani (a cura di), *L'interesse del minore nella legge e nella pratica – Esperienze nazionali a confronto*, Milano, 2000, p. 167 ss. Più in particolare, sul ruolo dell'interesse del minore nei procedimenti di adozione, cfr., G. RECINTO, *Stato di abbandono morale e materiale del minore: dichiarazione e revoca della adottabilità*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 1161 ss.

²⁶ Sulle quali V., M. PORCELLI, *La contestazione e il reclamo dello status di figlio legittimo*, in *Dir. fam. pers.*, 2012, p. 1751 ss.

²⁷ V., le osservazioni di E. GIACOBBE, *Il prevalente interesse del minore e la responsabilità genitoriale. Riflessioni sulla riforma "Bianca"*, cit., p. 817 ss., ove anche l'introduzione del concetto di responsabilità genitoriale viene considerata significativa di « un vero e proprio cambiamento di rotta », il quale si rinviene « nell'affermazione della "prevalenza" dell'interesse del figlio, prevalenza insita nella necessità di una sua autonoma valutazione rispetto alle prerogative genitoriali? ».

²⁸ V., ancora, E. GIACOBBE, *Il prevalente interesse del minore e la responsabilità genitoriale*.

3. È necessario allora valutare, nel rapporto genitori-figli minori, il ruolo del giudice nella definizione delle liti.

Numerose sono le ipotesi nelle quali il giudice è chiamato ad intervenire: l'art. 316, comma 2, gli attribuisce una funzione di mediatore nei casi di disaccordo dei genitori in merito all'esercizio della responsabilità genitoriale; l'art. 316-*bis* gli assegna il potere di rendere effettivo l'obbligo di mantenimento in misura proporzionale dei genitori; l'art. 317-*bis* lo rende garante del diritto degli ascendenti di mantenere rapporti continuativi con i minori; l'art. 320 assegna al giudice tutelare il compito di vigilare sui conflitti patrimoniali intrafamiliari che coinvolgono i figli; l'art. 321 prevede la figura del curatore speciale, nominato dal giudice; l'art. 330 gli assegna il potere di sancire la decadenza dalla responsabilità genitoriale e l'art. 332 gli riconosce un ruolo nell'eventuale reintegrazione; l'art. 333 gli assegna il compito di vigilare sulla condotta dei genitori; l'art. 336, gli attribuisce, in generale, il potere di adottare provvedimenti urgenti. Tutta l'attività dei genitori è poi sottoposta alla vigilanza del giudice tutelare (art. 337). Il capo II detta numerose norme sul ruolo del giudice nei procedimenti di separazione o scioglimento del matrimonio o disgregazione della coppia genitoriale comunque formatasi. Numerose norme che prevedono un ruolo attivo del giudice sono dettate anche dalle leggi in tema di affidamento e adozione.

Ciononostante, ai fini del discorso che si intende qui portare avanti, sembra opportuno soffermarsi su due ipotesi.

La prima, se non per importanza, quanto meno per frequenza, è quella di separazione dei genitori (non più soltanto coniugi) e delle conseguenti decisioni relative all'affidamento dei figli. Le seconde sono le ipotesi di contrasto tra genitori e figli sulle scelte di vita di questi ultimi.

Sembra opportuno, nonostante il dato statistico lo sconsigli, prendere le mosse dai casi di conflitto in costanza di matrimonio o di convivenza. In queste eventualità è il nuovo testo dell'art. 316 c.c. che, nell'attribuzione della responsabilità ad entrambi i genitori, disciplina le modalità dell'intervento del giudice in caso di contrasto su questioni di particolare importanza: il giudice, adito senza formalità da uno dei genitori, suggerisce

riflessioni sulla riforma "Bianca", cit., p. 817 ss. che rimarca proprio il mutamento di prospettiva da una visione genitocentrica ad una regolamentazione che considera autonomamente dai genitori la soddisfazione dell'interesse del minore. In giurisprudenza v., Cass. 12 giugno 2012 n. 9546, in Giur. cost., 2012, 5, p. 3783 ss., ove si definisce un concetto di tutela inteso come «?protezione (art. 31, comma 2, Cost.) del preminente diritto dei figli alla salute e ad una crescita serena ed equilibrata e può assumere anche profili contenitivi dei rubricati diritti e libertà fondamentali individuali, ove le relative esteriorizzazioni determinino conseguenze pregiudizievoli per la prole che vi presenzi, compromettendone la salute psico-fisica e lo sviluppo?».

le determinazioni che ritiene più utili e, se il contrasto permane, «attribuisce il potere di decisione a quello dei genitori che, nel singolo caso, ritiene il più idoneo a curare l'interesse del figlio»²⁹.

Ma se il contrasto non è tra i genitori ma tra essi e il figlio? L'art. 320 c.c. prevede la nomina di un curatore speciale per le ipotesi in cui sorga un conflitto di interessi «patrimoniali»³⁰ tra figli e genitori e l'art. 321 disciplina l'ipotesi di nomina del curatore per gli atti di straordinaria amministrazione «in tutti i casi in cui i genitori congiuntamente, o quello di essi che esercita in via esclusiva la responsabilità genitoriale, non possono o non vogliono compiere uno o più atti di interesse del figlio»³¹. C'è poi la regola generale dettata dall'art. 78 c.p.c. secondo cui «si procede alla nomina di un curatore speciale al rappresentato, quando vi è conflitto di interessi col rappresentante», la nomina può essere anche chiesta dallo stesso minore (art. 79 c.p.c.), e la giurisprudenza è concorde nel reputare la norma «espressione di un principio generale, destinato ad operare ogniqualvolta sia necessario nominare un rappresentante all'incapace». «In particolare, il curatore speciale può essere designato quando appaia necessario che sia una terza persona a rappresentare il minore, per la temporanea inadeguatezza dei genitori a prendere di mira e salvaguardare l'interesse primario del figlio e per la situazione di insanabile contrasto tra gli stessi nella lettura della realtà dei fatti»³².

Per vero la questione dell'autonomia del minore soprattutto nel compimento delle scelte di vita non patrimoniali è problema che da molto tempo impegna gli studiosi³³, e anche il legislatore ne sembra consape-

²⁹ V., sul potere del giudice, M.G. RUO, *Giustizia per le persone di età minore e le loro famiglie: criticità dell'oggi e prospettive risolutive per il domani*, cit., p. 343 s., la quale evidenzia che il giudice può intervenire con provvedimenti anche fortemente intrusivi, d'ufficio e, anche, *inaudita altera parte*.

³⁰ Ma v., E. LA ROSA, *Sub art. 320*, in L. BALESTRA (a cura di) *Della famiglia. Artt. 177-342 ter*, in *Comm. Cod. civ.* Gabrielli, Torino, 2010, p. 909 ss., che distingue una funzione sostitutiva attinente a tutti gli atti civili e un'attività di amministrazione legata ai soli atti patrimoniali.

³¹ La dottrina tende comunque ad ammettere un certo grado di autonomia del minore anche nel compimento di attività patrimoniali. Cfr., M. DOGLIOTTI, *La potestà dei genitori e l'autonomia del minore*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* Cicu Messineo Mengoni, Schlesinger, VI, 2, Milano, 2007, p. 275 ss.

³² Trib. Milano, 15 maggio 2014, in *ilcaso.it*

³³ Per un'attenta analisi v., G. BALLARANI, *Diritti dei figli e della famiglia. Antinomia o integrazione?*, in G. DALLA TORRE (a cura di), *Teoria generale, Persone e Famiglia*, in *Studi in onore di Giovanni Jacobbe*, Milano, 2010, p. 473 ss. Opinione dominante è che i genitori debbano tendere alla realizzazione di un «progetto educativo» nel quale genitori e figli si muovano in un rapporto di pariteticità: G. GIACOBBE, *Potestà dei genitori e progetto educativo*, in A. BELVEDERE e G. DE CRISTOFARO (a cura di), *L'autonomia del minore tra famiglia e società*, Mi-

vole quando con numerose leggi è intervenuto a disciplinare singole questioni³⁴.

Pare orientata in questa prospettiva anche la nuova formulazione dell'art. 316 c.c. che, nel definire contenuto e limiti della responsabilità genitoriale, non soltanto funzionalizza il loro agire alle inclinazioni naturali e alle aspirazioni del figlio, ma impone la considerazione della sua capacità³⁵, con ciò esplicitando un ruolo attivo del minore nelle scelte riguardanti la propria vita³⁶. L'art. 316, lo ricordiamo, è applicabile a tutti i rapporti genitori-figli, senza alcun rilievo dell'esistenza di un matrimonio o di una convivenza.

Sembra, dunque, che al giudice spetti un ruolo di controllo e mediazione nelle decisioni più importanti di vita del minore³⁷, senza distinzione

lano, 1980, p. 301 ss. In questa prospettiva i genitori divengono custodi della libertà dei figli: G. GIACOBBE e G. FREZZA, *Ipotesi di disciplina comune nella separazione e nel divorzio*, in G. FERRANDO, E. FORTINO, F. RUSCELLO (a cura di), *Famiglia e matrimonio. Separazione e divorzio*, in *Tratt. dir. Fam. Zatti*, I, 2, Milano, 2002, p. 1325; F. GIARDINA, *I rapporti personali tra genitori e figli alla luce del nuovo diritto di famiglia*, cit., p. 1352.

³⁴ Si pensi, ad esempio alla l. 18 giugno 1986, n. 281 che riconosce al minore che si iscrive alla scuola secondaria superiore, il diritto di scegliere se avvalersi o meno dell'insegnamento della religione cattolica, o alla l. 22 maggio 1978, n. 194 in tema di procreazione responsabile, o ancora, la l. 21 ottobre 2005, n. 219, in merito agli atti di disposizione del proprio corpo - donazione placenta e sangue.

³⁵ Sulla nuova formulazione dell'art. 316 c.c. v., di recente, G. SERGIO, *Potestà versus responsabilità genitoriale. La sofferta evoluzione della regolazione giuridica dei rapporti tra genitori e figli*, in R. PANE (a cura di), *Nuove frontiere della famiglia. La riforma della filiazione*, cit., 81 ss.

³⁶ In questo senso F. LONGOBUCCO, *Interesse del minore e rapporti giuridici a contenuto non patrimoniale: profili evolutivi?*, cit., p. 1642 ss. Sulla considerazione del ruolo attivo del minore cfr., già prima della riforma, P. PERLINGIERI, *Diritto alla famiglia e minori senza famiglia*, in *Riv. giur. Molise Sannio*, 2003, p. 305; ID., *Persona e comunità familiare*, in *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, p. 391 s.; P. STANZIONE, *Diritti fondamentali dei minori e potestà dei genitori*, cit., p. 462 ss.; F. RUSCELLO, *La potestà dei genitori*, in M. SESTA e V. CUFFARO (a cura di), *Persone, famiglia e successioni nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 429 ss.; G. OPPO, *Declino del soggetto ed ascesa della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 829 ss.; M. PORCELLI, *La responsabilità genitoriale alla luce delle recenti modifiche introdotte dalla legge di riforma della filiazione*, in *Dir. fam. pers.*, 2014, p. 1628. Dal versante processuale, cfr. le riflessioni di G. SAVI, *L'esercizio dell'azione degli ascendenti nel nuovo art. 317-bis c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 549 s.

³⁷ La dottrina è incline, già da tempo, ad ammettere l'esercizio autonomo della libertà politica del minore (C.M. BIANCA, *Diritto civile. La norma giuridica. I soggetti*, I, 2^a ed., Milano, 2002, p. 237. Ma v. già M. GIORGIANNI, *In tema di capacità del minore di età*, in *Rass. dir. civ.*, 1987, I, p. 103 ss., nota 108; F.D. BUSNELLI, *Capacità ed incapacità d'agire del minore*, in *Dir. fam. pers.*, 1982, p. 54 ss.; G. VILLA, *Potestà dei genitori e rapporti con i figli*, in *Il diritto di famiglia*, Tratt. Bonilini e Cattaneo, 2^a ed., Torino, 2007, p. 337) autonomia è anche reputata la tutela del diritto all'immagine del minore ultrasedicenne il quale sarebbe il solo legittimato ad esprimere il consenso alla sua utilizzazione (V. SCALISI, *Famiglia e diritti del minore*, in *Fam.*

tra figli nati nel e fuori del matrimonio. Ruolo che, per vero, la giurisprudenza piú attenta si è già da tempo assunto affermando, soprattutto in tema di scelte mediche, la necessità di valutare la volontà del minore, in ragione della sua capacità di discernimento³⁸.

4. Le conclusioni da ultimo raggiunte vengono però presto smentite ove si volga lo sguardo alle singole ipotesi di conflitto, come ad esempio ai casi di separazione dei genitori.

La riforma non è recente. È oramai dal 2006 che vige la disciplina dell'affidamento condiviso³⁹, che estende il suo ambito di applicazione anche alle coppie non coniugate, uniformando formalmente la disciplina e prevedendo un penetrante controllo del giudice sulle decisioni in merito alla collocazione dei figli. Anzi, in ipotesi di separazione dei genitori (coniu-

pers. succ., 2006, p. 820); si discute in merito all'autonomia nella disciplina dei dati personali (V. CORRIERO, *Privacy del minore e potestà dei genitori*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 998 ss.).

³⁸ Trib. min. Milano, 15 febbraio 2010, in *Fam. dir.*, 2011, p. 401 ss., con nota di F. RUSCELLO, *Minore età e capacità di discernimento: quando anche i concetti assurgono a supernome*; nello stesso senso, Trib. min. Milano, 21 gennaio 2011, in *dirittominorile.it*; Trib. min. Milano, 30 marzo 2010, in *ilcaso.it*. In dottrina cfr., T. BONAMINI, *Rappresentanza legale del minore e rapporti giuridici non aventi contenuto patrimoniale*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, p. 773; B. LENA, *Trattamenti sanitari su minori: potestà dei genitori ed intervento del giudice*, in *Fam. pers. succ.*, 1999, p. 467 ss.; P. STANZIONE, *I trattamenti sanitari*, in P. STANZIONE e G. SCIANCALEPORE, *Minore e diritti fondamentali*, Milano, 2006, p. 101 ss.; L. LENTI, *Il consenso informato ai trattamenti sanitari per i minorenni*, in L. LENTI, E. PALERMO e P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina*, in *Tratt. biodiritto* Rodotà e Zatti, Milano, 2011, p. 417 ss.

³⁹ Non è questa la sede per richiamare i numerosi autori che hanno salutato con entusiasmo l'avvento della nuova disciplina. Tra i tanti cfr., F. RUSCELLO, *La tutela dei figli nel nuovo «affido condiviso»*, in *Famiglia*, 2006, I, p. 625 ss.; P. SCHLESINGER, *L'affidamento condiviso è diventato legge! Provvedimento di particolare importanza, purtroppo con inconvenienti di rilievo*, in *Corr. giur.*, 2006, p. 301 ss.; M. SESTA, *Le nuove norme sull'affidamento condiviso: a) profili sostanziali*, in *Fam. dir.*, 2006, p. 380 ss.; A. SCALISI, *Il diritto del minore alla «bigenitorialità» dopo la crisi o la disgregazione del nucleo familiare*, in *Famiglia*, 2007, p. 520 ss.; L. BALESTRA, *Brevi notazioni sulla recente legge in tema di affidamento condiviso*, in *Fam. dir.*, 2006, p. 655 ss.; C.M. BIANCA, *La nuova disciplina in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso: Prime riflessioni*, in *Dir. fam. pers.*, 2006, II, p. 676 ss.; L. D'AVACK, *L'affidamento condiviso tra regole giuridiche e discrezionalità del giudice*, in *Famiglia*, 2006, p. 609 ss.; G. DE MARZO, *L'affidamento condiviso, Profili sostanziali*, in *Foro it.*, 2006, III, p. 89 ss.; M. DELL'UTRI, *L'affidamento condiviso nel sistema dei rapporti familiari*, in *Giur. it.*, 2006, p. 1549 ss.; M. DOGLIOTTI, *Filiazione naturale e affidamento condiviso*, in *Fam. dir.*, 2006, p. 403 ss.; G. GIACOBBE, *L'affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio*, in *Trattato di diritto di famiglia* Zatti, VII, Agg. 2003-2006, Milano 2006, p. 200 ss.; D. VALENTINO, *Brevi note in tema di affido dei minori*, in *Dir. fam. pers.*, 2006, II, p. 1401 ss.; R. VILLANI, *La nuova disciplina sull'affidamento condiviso dei figli di genitori separati*, (Prima parte), in *Studium Iuris*, 2006, p. 519 ss.; A. Scalisi, *Il diritto del minore alla «bigenitorialità» dopo la crisi o la disgregazione del nucleo familiare*, in *Fam. dir.*, 2007, p. 520 ss.

gati e non) è il giudice che «adotta i provvedimenti relativi alla prole con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa». Tra questi provvedimenti poi la giurisprudenza individua concordemente anche quelli di affidamento (o meglio collocamento temporaneo) a terzi o in strutture di accoglienza⁴⁰.

Ma la forza penetrante dell'intervento del giudice giunge anche a rifiutare l'omologa in tutte le ipotesi che non si ritengono, anche in via di principio, conformi all'interesse del minore come, ad esempio casi nei quali il giudice rifiuta di omologare gli accordi tra coniugi che avevano proposto un affidamento esclusivo ad uno dei genitori, poiché non erano state indicate (o rinvenute) ragioni specifiche per escludere un affidamento condiviso⁴¹, o, in sede di dichiarazione giudiziale della paternità e nell'esercizio della facoltà attribuita dall'art. 277, comma 2, c.c., dispone l'affidamento esclusivo a favore della madre, la quale aveva promosso l'azione attribuendole anche il potere di assumere da sola le decisioni di maggiore interesse per la figlia⁴², o, infine, modifica le modalità definite di collocamento del figlio, ove il genitore collocatario voglia mutare la propria residenza abituale⁴³.

Certo è indicativo che in questi casi il minore ha un ruolo di primo piano stante l'introduzione del diritto all'ascolto, per cui il giudice, nel definire il suo interesse, non potrà non valutare la sua volontà⁴⁴.

Com'è noto la disposizione è applicabile, a norma dell'art. 337-*bis* c.c., ai casi di «separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili, annul-

⁴⁰ Cass., 26 settembre 2011/20 gennaio 2012, n. 784, in *dirittoegiustizia.it*.

⁴¹ Trib. Varese, 21 gennaio 2013, in *ilcaso.it*.

⁴² Ciò in considerazione del disinteresse manifestato dal padre alla vita della minore ed al fine di evitare atteggiamenti ostruzionistici: Trib. Milano, 24 febbraio 2014, in *ilcaso.it*. La giurisprudenza ha coniato in questi casi la locuzione di «affido super-esclusivo»; cfr., Trib. Milano, ord., 20 marzo 2014, in *ilcaso.it*; Trib. Torino, 8 ottobre 2014, in *personaedanno.it*.

⁴³ V., App. Milano, Sez. Minori e famiglia, 8-11 agosto 2014, in *ilcaso.it*, ove i giudici dispongono il cambio di collocamento dei figli a fronte della decisione della madre collocataria di trasferirsi negli Stati Uniti.

⁴⁴ Trib. Varese, 24 gennaio 2013, in *aiaf-avvocati.it*, ove il giudice dispone la necessaria audizione del minore in un caso di contestazione delle modalità di affidamento da parte della madre. Sul diritto all'ascolto, cfr., senza pretesa di completezza, S. POLIDORI *Affidamento dei figli minori in seguito alla crisi, diritto all'ascolto, responsabilità genitoriale*, in *Foro nap.*, 2014, p. 790 ss.; G. BALLARANI, *Contenuto e limiti del diritto all'ascolto nel nuovo art. 336-bis c.c.: il legislatore riconosce il diritto del minore a non essere ascoltato*, in *Dir. fam. pers.*, 2014, II, p. 841 ss.; G. CASABURI, *L'ascolto del minore: conferme dalla Cassazione*, in *Foro it.*, 2014, I, p. 1075 ss.; L. AIROLA TAVAN, *L'ascolto del minore nei procedimenti di separazione dei coniugi: da dovere del giudice a diritto del figlio*, in *Giur. it.*, 2014, p. 295 ss.; G. SAVI, *L'atto processuale dell'ascolto ed i diritti del figlio minore*, in *Dir. fam. pers.*, 2013, p. 1345 ss.; V. DI GREGORIO, *L'ascolto: da strumento giudiziale a diritto del minore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, p. 1031 ss.

lamento, nullità del matrimonio e nei procedimenti relativi ai figli nati fuori del matrimonio», dunque, con una perfetta equiparazione⁴⁵.

Peccato che nella cessazione di una convivenza senza matrimonio non esista nessuna norma che obblighi le parti a rivolgersi al giudice per definire gli effetti di detta cessazione nei confronti dei figli⁴⁶. Nè sembra che la condizione del minore sia stata oggetto di disciplina nella recente l. 20 maggio 2016, n. 76 in tema di «Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze» la quale, pur fornendo una definizione di convivenza e introducendo forme di stipula e di risoluzione del contratto di convivenza, nulla statuisce con riguardo agli accordi relativi ai figli. Peraltro, neanche risulta chiaro il ruolo del giudice che, ai sensi del comma 65, «stabilisce il diritto del convivente di ricevere dall'altro convivente gli alimenti qualora versi in stato di bisogno e non sia in grado di provvedere al proprio mantenimento», poiché alla cessazione della convivenza non è richiesto il suo intervento ma semplicemente quello del «professionista che ha ricevuto o autenticato il contratto di convivenza» (comma 62).

In fondo ciò è anche giusto, perché la separazione della coppia non dovrebbe mutare il rapporto genitoriale⁴⁷. Vero è tuttavia che la separazione crea la necessità di accordi pratici che, influenzando sulla vita quotidiana dei figli potrebbero compromettere anche gravemente il loro interesse⁴⁸. Pur tuttavia il giudice interverrà soltanto nelle ipotesi di conflitto,

⁴⁵ Anche se con diversità di riti. Lo evidenzia G. SAVI, *L'esercizio dell'azione degli ascendenti nel nuovo art. 317-bis c.c.*, cit., p. 547 ss.

⁴⁶ Cfr., sui profili processuali, F. TOMMASEO, *I profili processuali della riforma della filiazione*, in *Fam. dir.*, 2014, p. 526; F. DANOVI, *Il d.lgs. n. 154/2013 e l'attuazione della delega sul versante processuale: l'ascolto del minore e il diritto dei nonni alla relazione affettiva*, in *Fam. dir.*, 2014, p. 535; L. QUERZOLA, *La revisione delle norme in materia di filiazione: profili processuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 181.

⁴⁷ V., le considerazioni di M.G. RUO, *Giustizia per le persone di età minore e le loro famiglie: criticità dell'oggi e prospettive risolutive per il domani*, cit., p. 346, ove si riflette sul ruolo genitoriale che deve o dovrebbe essere nettamente separato da quello di coniugi o conviventi.

⁴⁸ Si valuti, ad esempio, la nuova posizione degli ascendenti ai quali è ora attribuito un diritto soggettivo a mantenere rapporti con i nipoti anche a séguito della separazione dei genitori. Anche se la qualificazione di tale diritto è accolta unanimemente dalla dottrina, parimenti si evidenzia la necessità di un suo bilanciamento con l'interesse del minore che nel caso concreto comunque prevale. V., G. BALLARANI e P. SIRENA, *Il diritto dei figli di crescere in famiglia e di mantenere rapporti con i parenti nel quadro del superiore interesse del minore*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, p. 534; G.F. BASINI, *La riformulazione dell'art. 317-bis c.c.: l'espressa previsione del diritto degli ascendenti «di mantenere rapporti significativi con i nipoti minorenni»*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, p. 368. Anche precedentemente, tuttavia, la dottrina tentava di recuperare in sede ermeneutica un diritto soggettivo a favore degli ascendenti. Cfr., M. BIANCA, *Il diritto del minore all'amore dei nonni*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, p. 155; G.F. BASINI, *La nonna*,

ove uno dei genitori a lui si rivolga (quando ad esempio non si raggiunga l'accordo su decisioni di maggiore interesse per i figli che la norma vuole comunque che siano assunte congiuntamente dai genitori⁴⁹), o nei casi, ancor più gravi di abbandono con conseguente segnalazione da parte dei servizi sociali.

Si consideri poi la novità introdotta dalla l. 10 novembre 2014, n. 162, che ha convertito il Decreto l. 12 settembre 2014, n. 132 recante «misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile» introducendo nel nostro ordinamento nuove regole semplificate da applicare alla separazione e al divorzio⁵⁰.

Le legge, che ammette la possibilità che i coniugi addivengano alla separazione o al divorzio in via stragiudiziale, prevede una procedura specifica in presenza di figli minori (articolo 6 n. 2)⁵¹; in questo caso gli avvocati che assistono la negoziazione dovranno trasmettere l'accordo al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale competente entro 10 giorni dalla sottoscrizione. Il Procuratore della Repubblica potrà autorizzare l'accordo se lo ritiene rispondente all'interesse dei figli, in caso contrario, nel termine di 5 giorni, lo dovrà trasmettere al Presidente del Tribunale, il quale, entro i successivi trenta giorni, dovrà fissare la comparizione delle

Cappuccetto rosso, e le visite: del c.d. «diritto di visita» degli avi, in *Fam. pers. succ.*, 2006, p. 433. In giurisprudenza prevale la presunzione che il mantenimento del legame con gli ascendenti sia rispondente all'interesse del minore, salvo poi la verifica nel caso concreto. Cfr., Cass., 11 agosto 2011, n. 17191, in *Fam. dir.*, 2012, p. 57; Cass., 14 maggio 2005, n. 10126, in *Giust. civ.*, 2006, I, p. 2487; Cass., 14 novembre 2003, n. 17298, in *Dir. fam. pers.*, 2004, p. 61; Cass., 9 maggio 2002, n. 6629, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, p. 657.

⁴⁹ V., ad esempio, il caso deciso da Trib. Minorenni Trento, 23 aprile 2013, nega alla madre collocataria (non coniugata, ma convivente) l'autorizzazione a trasferirsi con il figlio nel proprio Paese adducendo il pregiudizio per il minore privato di un rapporto continuativo con il padre.

⁵⁰ Il processo di degiurisdizionalizzazione è stato portato avanti anche con la normativa sul c.d. divorzio breve: l. 6 maggio 2015, n. 55. In dottrina, cfr., su entrambi gli argomenti, F. TOMMASEO, *La separazione e il divorzio: profili processuali e «degiurisdizionalizzazione» alla luce delle recenti riforme*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 1141 ss.; G. CASABURI, *Un utile passo avanti del legislatore: la l. 55/15 sul «divorzio breve»*, in *Foro it.*, 2015, I, p. 2304 ss.; M. PILLONI, *L'«ultima» riforma della giustizia civile: la legge n. 162/2014 di conversione del d.l. n. 132/2014 e gli interventi di degiurisdizionalizzazione per l'eliminazione dell'arretrato civile (Parte prima)*, in *Studium iuris*, 2015, p. 755 ss.; A. CARRATTA, *Le nuove procedure negoziate e stragiudiziali in materia matrimoniale*, in *Giur. it.*, 2015, p. 1287 ss.

⁵¹ Critico F. TOMMASEO, *La tutela dell'interesse dei minori dalla riforma della filiazione alla negoziazione assistita delle crisi coniugali*, in *Fam. dir.*, 2015, p. 162 ss., che dubita della legittimità costituzionale di una norma che permetta lo scioglimento del matrimonio, in presenza di figli minori, escludendo l'intervento del giudice. Senonché, il giudice interviene, sia pure in funzione di controllo dell'accordo raggiunto.

parti e provvedere senza ritardo. In caso di autorizzazione da parte del Procuratore Generale o di successivo positivo intervento del Tribunale, l'accordo dovrà essere trasmesso all'Ufficiale dello Stato Civile del Comune ove il matrimonio è stato iscritto o trascritto.

Si assiste dunque, in questi casi, ad una evidente disparità di tutele tra figli nati nel e fuori del matrimonio, poiché per i primi, anche nelle procedure c.dd. semplificate è comunque previsto un penetrante controllo del giudice⁵², per i secondi è dettata una norma di controllo (quella dell'art. 337-*bis*) senza la definizione, tuttavia, di altre norme di coordinamento che ne garantiscano l'applicazione.

Allora, se in un caso come quello richiamato prima deciso da Tribunale di Varese⁵³, ove i genitori/coniugi, entrambi idonei avevano optato per un affidamento esclusivo, fosse mancato il matrimonio? Quale spazio resta per l'affermazione del principio della bigenitorialità?⁵⁴ In quella ipotesi infatti, in mancanza di controllo sulla separazione, e senza necessità di intervento dei servizi, la definizione delle modalità di collocamento dei minori sono lasciate alla volontà dei genitori!

5. Una ulteriore novità derivante dalla riforma, salutata con entusiasmo dai commentatori, è poi la modifica dell'art. 251 c.c. che, nella nuova formulazione ammette la possibilità di riconoscimento anche per i figli nati da incesto⁵⁵. Per vero la norma è scritta in modo diverso poiché non li-

⁵² Controllo che deriva dalla necessità di evitare un pregiudizio per il minore. Sugli effetti pregiudizievoli che può assumere una separazione tra i genitori e per una critica al sistema di riparto delle competenze giurisdizionali che vede investito il Tribunale ordinario ogniqualvolta siano in corso procedimenti di separazione e divorzio v., M.G. RUO, *Giustizia per le persone di età minore e le loro famiglie: criticità dell'oggi e prospettive risolutive per il domani*, cit., p. 346 s.

⁵³ *Retro* nota 41.

⁵⁴ Principio ancora discusso nella dottrina ma che sembra trovare un saldo appiglio legislativo nell'introduzione della norma sull'affidamento condiviso. In questi termini, S. POLIDORI, *Affidamento dei figli minori in seguito alla crisi, diritto all'ascolto, responsabilità genitoriale*, cit., p. 791 ss.

⁵⁵ Com'è noto la norma previgente è stata a lungo criticata ed oggetto di decisioni della Corte costituzionale (Corte cost., 28 novembre 2002, n. 494, in *Giur. cost.*, 2002, p. 4068). Per i termini del relativo dibattito cfr., A.M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, II, Milano, 1984, p. 1856; U. MAJELLO, *Della filiazione naturale e della legittimazione*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1982, p. 134; V.M. TRIMARCHI, *Considerazioni sull'art. 279 del codice civile*, in *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, I, 2, Milano, 1978, p. 2100; 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 irrecognoscibili rimangono)*, in *Giur. cost.*, 2002, p. 4073 ss.; M. DOGLIOTTI, *La Corte costituzionale interviene solo a metà sulla filiazione incestuosa*, in *Fam. e dir.*, 2003, p. 123 s.; G. FERRANDO, *I diritti negati dei figli incestuosi*, in *Studi in onore di Cesare*

mita la possibilità di autorizzazione del tribunale dei minori e, quindi, di controllo del giudice, ai soli casi di buona fede dei genitori⁵⁶.

Tuttavia, ciò apre la breccia per riflessioni e dubbi di altro genere.

Sembra infatti che un controllo del riconoscimento nell'interesse del minore, limitato al solo caso richiamato, sconti più un pregiudizio sociale e giuridico per le relazioni incestuose che non un reale strumento di attuazione dell'interesse del minore⁵⁷. In altri termini, se è certo che un abuso

Massimo Bianca, II, Milano, 2006, p. 228 s.; T. AULETTA, *Riconoscimento dei figli incestuosi*, in C.M. BIANCA (a cura di), *La riforma della filiazione, Commentario sistematico*; in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, p. 483 ss.; B. DE FILIPPIS, *La nuova legge sulla filiazione: una prima lettura*, in *La riforma della filiazione. Le nuove disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali*, Milano, 2013, p. 293; G. LISELLA, *Dichiarazione giudiziale di maternità e paternità di figlio nato da relazione incestuosa e autorizzazione del giudice*, in *Fam. dir.*, 2014, p. 846 ss.

⁵⁶ La norma ha così accolto le richieste della dottrina che reputava maggiormente rispettoso dell'interesse del minore l'autorizzazione del tribunale anche per i genitori in mala fede. V., L. CARRARO, *Note introduttive agli artt. 250-268*, in G. CIAN, G. OPPO, A. TRABUCCHI, *Commentario al diritto italiano della famiglia*, IV, Padova, 1992, p. 115 ss. La centralità dell'interesse del minore è evidenziata da C.M. BIANCA, *La legge italiana conosce solo figli*, cit., p. 4 s., il quale specifica che soltanto un pregiudizio concreto che possa colpire il minore possa precludere il riconoscimento e non anche una condizione giuridica astratta di irricognoscibilità. Nello stesso senso, M. DOGLIOTTI, *La nuova filiazione fuori del matrimonio: molte luci e qualche ombra*, in *Fam. dir.*, 2014, p. 491 ss. Parte della dottrina sottolinea anche la necessità che si abbia il consenso del minore in ragione della sua capacità di discernimento. V., T. AULETTA, *Riconoscimento dei figli incestuosi (art. 251 c.c., come modificato dall'art. 1, comma 3°, l. n. 219/12)*, in C.M. BIANCA (a cura di), *La riforma della filiazione*, cit., p. 486 s.; M. VELLETTI, *Autorizzazione all'azione di dichiarazione giudiziale di paternità e maternità*, in M. BIANCA (a cura di), *Filiazione. Commento al decreto attuativo*, cit., p. 83; C. GARLATTI, *Diritti dei figli nati fuori del matrimonio non riconoscibili*, *ivi*, p. 238

⁵⁷ V., sul punto le riflessioni di E. GIACOBBE, *Il prevalente interesse del minore e la responsabilità genitoriale. Riflessioni sulla riforma "Bianca"*, cit., p. 817 ss., che sia pure dettate dalla necessità di tutela del figlio, mettono comunque in evidenza il discredito sociale che può colpire, non soltanto il genitore ma soprattutto i minori, in ipotesi di tal fatta: «Nel sistema introdotto da c.c. del 1942 la madre, che avesse subito la violenza ad opera del proprio congiunto e che, ciò nonostante, fosse stata disposta ad occuparsi del proprio figlio, lo avrebbe potuto riconoscere, sulla base del disposto dell'art. 251 c.c. originaria formulazione, senza con ciò infliggere sulla fronte di detto figlio il "marchio ignominioso" dell'origine incestuosa?».

Oggi, come pure a far tempo dalla riforma del diritto di famiglia del 1975, la vittima della violenza domestica, che pure ha intenzione di portare a termine la gravidanza?, non ha la possibilità di riconoscere il proprio figlio se non chiedendo la previa autorizzazione al giudice e, dunque, palesando quelle circostanze nelle quali il concepimento è avvenuto che si asseriscono "marchiare" figlio e madre, il tutto senza neanche quella cautela di segretezza, prevista un tempo dall'art. 274 c.c., la quale cadrà, unitamente all'intero articolo, per dichiaratoria di illegittimità costituzionale?».

Ecco allora che tale autorizzazione potrebbe non essere richiesta, non già, come pure si è detto, per non divenire rei confessi?, quanto, piuttosto, per vergogna propria o proprio per non "marchiare" il proprio figlio. Inoltre, richiedendosi da parte del nuovo art. 251 c.c. la previa

sulla donna compiuto da un ascendente sia senz'altro una condizione di pericolo da valutare (tuttavia) caso per caso⁵⁸, perché l'abuso compiuto da un estraneo resta invece assegnato alla volontà dei privati?⁵⁹ E le ipotesi poi di abusi endofamiliari? Anzi in queste ipotesi vige comunque la presunzione legale⁶⁰.

Infatti, la riforma pur uniformando (o potremmo dire avvicinando) la disciplina dei figli, ha dovuto (o voluto) mantenere la dicotomia presunzione di paternità e maternità e riconoscimento⁶¹, conservando peraltro il carattere volontario di quest'ultimo⁶² (a norma dell'art. 250 c.c. Il figlio può essere riconosciuto, non deve)⁶³, sia pure temperato dall'esistenza della dichiarazione giudiziale di paternità⁶⁴. Non sembra accoglibile l'idea che

autorizzazione, pur si mette in conto che detta autorizzazione, ancorché richiesta, non venga concessa?.

Cosa succede, allora, se, partorito il proprio figlio, la mamma, ma in effetti potrebbe anche essere il papà, lo riconosce senza nulla dire e nulla richiedere e, successivamente, dalla richiesta del secondo riconoscimento o *aliumde*, emerge la incestuosità della relazione carnale tra i genitori??

Evidentemente, in spregio ai principi di cui agli artt. 30 Cost. e 315 c.c. continua ad esistere la subcategoria dei non figli i quali, oggi, sono ancora meno tutelati che in passato, avendo il d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154 introdotto la necessità della previa autorizzazione giudiziale di cui all'art. 251 c.c. anche nel contesto dell'accertamento incidentale ex art. 279 c.c.

Con tale ulteriore innovazione non ci si mantiene affatto lungo la linea già tracciata dalla riforma del diritto di famiglia del 1975, ma si accendono i riflettori solo e soltanto sui figli, che tornano ad essere percepiti essi stessi come incestuosi, in luogo dei loro genitori».

⁵⁸ Tanto che il tribunale non fatica ad ammettere comunque l'esistenza di un interesse del minore al riconoscimento della madre: Trib. minori Caltanissetta, 20 dicembre 2013, in *Minori e giustizia*, 2014, 2, p. 284 ss.

⁵⁹ V., l'esempio di E. GIACOBBE, *Il prevalente interesse del minore e la responsabilità genitoriale. riflessioni sulla riforma "Bianca"*, cit. p. 817 ss.: «La verità, a noi sembra, è che il genitore incestuoso — e/o la di lui famiglia — non è necessariamente peggiore — ed anzi, nell'ipotesi della familiare che abbia subito una violenza, essa è certamente migliore — di uno stupratore, estraneo alla cerchia familiare, il quale può liberamente riconoscere il frutto della propria violenza, senza chiedere autorizzazione a chicchessia».

⁶⁰ In queste ipotesi, la dottrina opera una equiparazione con l'incesto in buona fede. V., P. VERCELLONE, *La filiazione legittima, naturale, adottiva e la procreazione artificiale*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* Vassalli, III, 2, Torino, 1987, p. 89 ss.

⁶¹ Per una critica a tale scelta legislativa cfr., M. MORETTI, *Le modifiche alla disciplina del riconoscimento dei figli nati fuori del matrimonio*, in M. DOSSETTI, M. MORETTI, C. MORETTI (a cura di), *La riforma della filiazione*, cit., p. 30; M. SESTA, *L'accertamento dello stato di figlio dopo il decreto legislativo n. 154/2013*, in *Fam. dir.*, 2014, p. 455.

⁶² Da sempre la natura giuridica del riconoscimento è discussa. Per un'analisi v., P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Sul riconoscimento del figlio nato fuori del matrimonio dopo la riforma del 2012-2013*, in *Fam. dir.*, 2015, p. 182 ss.

⁶³ Ma in senso contrario v., E. CARBONE, *Della filiazione*, in L. BALESTRA (a cura di), *Della famiglia*, 2, in *Comm. cod. civ.* Gabrielli, Torino, 2010, p. 516 ss.

⁶⁴ Ribadisce che la parità tra i figli, in quanto esseri umani dotati degli stessi diritti, non

si tratti di una scelta obbligata⁶⁵. Innanzitutto, perché almeno una presunzione, quella di maternità, poteva ben operare in entrambi i casi⁶⁶. In secondo luogo perché l'unificazione poteva operarsi tutta dal lato del riconoscimento, facendogli forse perdere parte di quel carattere di volontarietà e rendendolo maggiormente controllato dai pubblici poteri⁶⁷.

5. La verità è che ancora oggi si fa fatica a isolare l'interesse del figlio dalle responsabilità dei genitori, e tutta la normativa dell'instaurarsi della

esige l'uguaglianza delle regole di accertamento della filiazione M. BIANCA, *Tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico*, in C.M. BIANCA (a cura di), *La Riforma della filiazione*, cit., p. 507 ss. Ma v., in senso contrario P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Sul riconoscimento del figlio nato fuori del matrimonio*, cit., p. 186 ss., il quale evidenzia come anche le norme in tema di disconoscimento di paternità sono differenziate a seconda che si tratti di filiazione fuori o dentro al matrimonio.

⁶⁵ V., E. GIACOBBE, *Il prevalente interesse del minore e la responsabilità genitoriale. riflessioni sulla riforma "Bianca"*, cit., p. 817 secondo la quale « la differenza di meccanismi di accertamento della filiazione, rispettivamente dentro e fuori del matrimonio, lungi dall'essere discriminatoria, rinviene la propria fonte giustificativa nella "natura delle cose"».

⁶⁶ La scelta del legislatore è stata invece completamente opposta perché non soltanto ha mantenuto in vita l'art. 30, comma 1, d.p.r. 3 novembre 2000, n. 396, a norma del quale la partoriente può dichiarare di non essere nominata nell'atto di nascita, con ciò escludendo ogni possibilità di rapporto giuridico con il nato, ma ha anche rafforzato l'autonomia della madre poiché in sede di riforma non è stato previsto, come accade invece in altri ordinamenti, l'automatica costituzione dello stato di figlio nei confronti della madre, anche nell'ipotesi in cui quest'ultima non sia coniugata. La scelta è stata accolta criticamente in dottrina: cfr., M. MANTOVANI, *Questioni in tema di accertamento della maternità e sistema dello stato civile*, in G. FERRANDO e G. LAURINI (a cura di), *Genitori e figli: quali riforme per le nuove famiglie*, Milano, 2013, p. 53 ss.; G. FERRANDO, *La nuova legge sulla filiazione. Profili sostanziali*, in *Corr. giur.*, 2013, p. 533 s.; L. LENTI, *La sedicente riforma della filiazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, p. 205 s.; M. SESTA, *L'accertamento dello stato di figlio dopo il decreto legislativo n. 154/2013*, cit., p. 454 ss.; U. SALANITRO, *La riforma della disciplina della filiazione dopo l'esercizio della delega (II parte)*, in *Corr. giur.*, 2014, p. 675 s. Favorevole alla scelta legislativa, invece, C.M. BIANCA, *La riforma della filiazione: alcune note di lume*, in *Giust. civ.*, 2013, II, p. 440 s., il quale difende «?l'esigenza di lasciare la donna pienamente libera di non assumere la responsabilità materna e di sottrarsi per questa via alle conseguenze di una nascita indesiderata?». Resta non spiegato, tuttavia, perché questa esigenza sia riconosciuta soltanto alla madre e non anche al padre. V. sul punto, G. FERRANDO, *La nuova legge sulla filiazione. Profili sistematici*, cit., 525 ss.

⁶⁷ La scelta è reputata impraticabile da C.M. BIANCA, *La riforma della filiazione. Alcune note di lume*, in cit., p. 439 ss. Si sarebbe, invece così, anche superata una ulteriore finzione, quella della presunzione, che nella sua struttura risulta invece più una «attribuzione della qualità giuridica di padre». Cfr., L. BALESTRA, *La dichiarazione giudiziale di paternità e maternità alla luce della riforma della filiazione*, cit., nota 9. Non sembra, peraltro, che la speditezza dell'attribuzione dello status tramite la presunzione di paternità, sia pure accompagnata dalla possibilità di rimuovere quella attribuzione ove non veritiera, risponda sempre all'interesse del minore. Cfr., invece in tal senso, E. GIACOBBE, *Il prevalente interesse del minore e la responsabilità genitoriale. riflessioni sulla riforma "Bianca"*, cit., p. 817 ss.

filiazione risente piú di un regime che tende ad attribuire responsabilità ai genitori che non di una reale volontà di tutelare l'interesse del minore⁶⁸.

Si pensi all'incongruità della persistenza di una norma come l'art. 147 c.c. che, pur nella sua nuova formulazione, non sembra integrarsi con un sistema che attribuisce doveri ai genitori anche se non coniugi. Delle due l'una, o i genitori coniugi sono gravati da una responsabilità diversa se non piú cogente; ma la soluzione è inaccettabile. O la sopravvivenza della norma è frutto della incoerenza di una legge che ha voluto (o ha tentato di) modificare la filiazione senza intervenire, almeno formalmente, sulla famiglia⁶⁹. Quanto poi al richiamo della stessa disposizione all'art. 315-*bis*, esso potrebbe forse rappresentare la prova di un mutamento di prospettiva che tende a privilegiare la filiazione indipendentemente dalla «famiglia», (legittima o naturale) nella quale si attua, ma sarebbe stata necessaria una riforma piú profonda.

Sembra invece che sia necessario riconoscere la specificità della materia e la prevalenza in essa dei valori personali auspicando ulteriori interventi riformatori o, piú verosimilmente, un'accorta opera di adeguamento dell'interprete.

Si pensi ad esempio alla disciplina sulla dichiarazione giudiziale di paternità e maternità (art. 269 c.c.) che pure ottenuta può rappresentare un ristoro economico, o soddisfare un desiderio di vendetta, ma non può certo risolvere i problemi di cura, educazione e assistenza morale che i riformati artt. 147 e 315-*bis*. c.c. richiedono per lo sviluppo del minore. Infatti, anche se in linea di principio «la sentenza che dichiara la filiazione produce gli effetti del riconoscimento»⁷⁰, l'intervento del giudice si risolverà necessariamente nella definizione di interessi patrimoniali. Eppure nelle norme citate l'assistenza morale è un obbligo al pari di quella materiale.

Del resto chi chiederebbe mai l'esecuzione in forma specifica di un'obbligazione *intuitus persone* ove si sia persa la fiducia nel debitore? Ma è pur vero che il debitore inadempiente è tenuto al pagamento e all'eventuale risarcimento del danno; si ricorre allora al ristoro monetario.

⁶⁸ V., già, in questo senso, le riflessioni di G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Bologna, 1999, p. 138 ss.

⁶⁹ Sembra invece cogliere pienamente nel segno l'osservazione che l'introduzione della norma in parola, pur intervenendo formalmente soltanto sul rapporto di filiazione abbia comunque modificato radicalmente «la nozione di famiglia legale, che, ora, non appare piú necessariamente fondata sul matrimonio, considerato che i vincoli giuridici tra i suoi membri dichiaratamente prescindono da esso?»: M. SESTA, *L'unicità dello status di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, cit., p. 231 ss.

⁷⁰ A norma dell'art. 277 c.c.

Peccato che applicare questi principi all'interesse del minore non sia perfettamente congruo!

Abstract

Il sistema di tutela del minore compie sicuramente un passo in avanti grazie all'approvazione della L. 10 dicembre 2012, n. 219 e del successivo decreto attuativo del 28 dicembre 2013, n. 154. Entrambi, tuttavia non risolvono tutti i problemi di equiparazione tra i figli. L'unicità dello *status filiationis*, infatti, sconta la soluzione di numerosi problemi pratici di tutela dei minori figli di genitori non coniugati. Il problema non sembra risolto neanche dalla recente legge che regola le convivenze senza matrimonio.

The system of protection of the child definitely takes a step forward with the approval of Law 10 December 2012, n. 219 and the subsequent implementation decree of December 28, 2013 No. 154. Both, however, do not solve all the problems of equality among children. The uniqueness of filiationis status, in fact, affected the solution of many practical problems of protection of minor children of unmarried parents. The problem does not seem to even solved by the recent law regulating cohabitation without marriage.

Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a.

80121 NAPOLI - Via Chiatamone, 7

Tel. 0817645443 pbx - fax 0817646477

Condizioni di abbonamento per il 2016:

<i>Privati</i>	abbonamento € 80,00	Fascicolo € 32,00
<i>Enti</i>	abbonamento € 105,00	Fascicolo € 40,00
<i>Esteri</i>	abbonamento € 120,00	Fascicolo € 45,00

I prezzi si intendono comprensivi di IVA.

La sottoscrizione a due o più riviste, se effettuata in un unico ordine e direttamente presso la casa editrice, dà diritto ad uno sconto del 10% sulla quota di abbonamento.

Gli sconti non sono cumulabili.

L'abbonamento decorre dal 1° gennaio di ogni anno e dà diritto a tutti i numeri dell'annata, compresi quelli già pubblicati. Il pagamento può essere eseguito con queste modalità:

- Con versamento tramite bollettino postale sul n. c.c. 00325803, intestato a Edizioni Scientifiche Italiane S.p.a, via Chiatamone, 7 - 80121 Napoli.
- Sul modulo devono essere indicati, in modo leggibile i dati dell'abbonato (nome, cognome ed indirizzo) e gli estremi dell'abbonamento.
- Mediante bonifico bancario sul c/c 70, intestato a Edizioni Scientifiche Italiane S.p.a., via Chiatamone, 7 - 80121 Napoli; - Banca popolare dell'Emilia Romagna
IBAN IT48U0538703411000000000070.
- A ricevimento fattura (formula riservata ad enti e società)

Per garantire al lettore la continuità nell'invio dei fascicoli l'abbonamento che non sarà disdetto entro il 30 giugno di ciascun anno si intenderà tacitamente rinnovato e fatturato a gennaio dell'anno successivo.

I fascicoli non pervenuti all'abbonato devono essere reclamati entro 15 giorni dal ricevimento del fascicolo successivo. Decorso tale termine si spediscono contro rimessa dell'importo. Per ogni effetto l'abbonato elegge domicilio presso le Edizioni Scientifiche Italiane S.p.a.

Le richieste di abbonamento, le segnalazioni di mutamenti di indirizzo e i reclami per mancato ricevimento di fascicoli vanno indirizzati all'Amministrazione presso la casa editrice:

Edizioni Scientifiche Italiane S.p.a., via Chiatamone 7 - 80121 Napoli

Tel. 081/7645443 - Fax 081/7646477

Internet: www.edizioniesi.it

e-mail: periodici@edizioniesi.it; info@edizioniesi.it