

“Tutele crescenti della persona e status familiari in Italia e nell’Unione Europea”

Por Andrea Sassi

Catedrático de Derecho Privado del Departamento de Derecho de la Universidad de Perugia. Coordinador del Doctorado en europeo e internacional "Sociedad del Conocimiento y de la disciplina del mercado común".



1. Gradi di tutela della persona e stato di figlio.

La tutela della persona umana trova attuazione nei sistemi evoluti secondo tre livelli, a seconda dell'accertamento compiuto da parte dell'ordinamento giuridico in merito all'esistenza della persona stessa e dei suoi rapporti con altri soggetti cui è legata da discendenza biologica o sociale (adozione, fecondazione eterologa, ecc.). Così, esiste: a) una tutela di base legata alla nascita come fatto giuridico e, quindi, al venire ad esistenza da parte del nuovo soggetto, che, in quanto tale, gode dello statuto della persona umana previsto dalle convenzioni internazionali e dalle Costituzioni dei vari Stati, nonché dalle fonti primarie di quei sistemi che realizzano l'integrazione regionale, come quello dell'Unione Europea; b) una tutela legata all'accertamento della nascita e all'iscrizione del nato nei registri dello stato civile di un dato Paese, di modo che l'evento nascita sia noto nell'ambito di quel sistema e il soggetto possa accedere agli strumenti sociali predisposti per chi vi risiede; c) una tutela legata all'accertamento della discendenza, a seguito del quale il nato diviene giuridicamente figlio di uno o due soggetti determinati, verso i quali egli ha i diritti derivanti dall'esistenza dello status di filiazione.

Della tutela sub a) si occupano gli studiosi dei diritti umani. Essa prescinde dall'accertamento della nascita e della filiazione e trascende i confini nazionali e di applicazione dei vari sistemi giuridici.

Viceversa, compito del civilista è quello di approfondire le differenze dei due livelli di tutela derivanti dall'applicazione delle norme del diritto privato, che abbiamo individuato sub b) e c).

Va subito precisato che l'accertamento della filiazione è negli ordinamenti europei requisito essenziale per la titolarità e l'esercizio di situazioni giuridiche soggettive derivanti dal rapporto filiale. Infatti, sebbene i diritti fondamentali del figlio quale individuo e soggetto debole, riconducibili all'art. 30 della Costituzione italiana del 1948 e all'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (C.d.f.U.E.), sorgano per effetto della nascita, quello che difetta, per attribuire loro rilevanza giuridica nel sistema della filiazione, è il rapporto e, quindi, il soggetto verso cui farli valere: il nato è potenzialmente titolare di situazioni giuridiche verso il genitore biologico, o verso quello sociale che abbia prestato consenso esplicito o implicito ex art. 9, l. 19 febbraio 2004, n. 40, ma, sino a che non interviene l'accertamento, non esiste il rapporto giuridico che lega i due soggetti e, di conseguenza, la titolarità concreta ed attuale delle predette situazioni.

In altri termini, se è vero che i diritti fondamentali si acquisiscono con la nascita e possono essere fatti valere nei confronti di chiunque, taluni di essi, che assumono rilevanza nel diritto civile, possono trovare attuazione soltanto attra-

verso rapporti giuridici da questo disciplinati¹. Sono quei diritti che abbiamo definito «patrimonialmente neutri», proprio perché, pur inerendo a situazioni della persona, si inseriscono in un rapporto giuridico di carattere privatistico, producendo conseguenze (anche) di carattere patrimoniale². Essi si rinvergono non solo in fattispecie a carattere contrattuale (ad esempio, consenso informato al trattamento sanitario, senza il quale il medico non può intraprendere la terapia e, quindi, dare attuazione al contratto con prestazione medica³), ma soprattutto nei rapporti familiari. È in quest'ambito, infatti, che i diritti fondamentali della persona assumono rilevanza, con particolare riferimento a quelli dei soggetti deboli (cfr. art. 30 Cost. italiana, artt. 24 e 25 C.d.f.U.E.), e le categorie civili tradizionali mostrano la loro difficoltà ad adattarsi a situazioni in cui vengono in rilievo diritti fondamentali dell'individuo, i quali, all'evidenza, non possono essere in alcun modo compressi o limitati da una loro applicazione rigida, essendo le prime volte all'at-

tuazione degli interessi della persona e non viceversa⁴.

Tuttavia, non v'è dubbio che detti diritti fondamentali, solennemente proclamati dalle fonti primarie, per esplicitarsi hanno bisogno dell'individuazione dei soggetti obbligati e della conseguente costituzione del rapporto giuridico, senza le quali essi rimangono mere enunciazioni di principio.

Così, è certo che il figlio ha diritto di essere mantenuto, istruito ed educato dal genitore, ma, senza la sua individuazione e la costituzione del rapporto giuridico tramite l'accertamento di status, non vi può essere titolarità in senso tecnico e il diritto fondamentale non può trovare attuazione. In sostanza, prima dell'accertamento può configurarsi soltanto un diritto alla genitorialità, cioè a dire un diritto ad acquisire lo status di figlio o, comunque, a farlo accertare e valere, ma non esistono le singole situazioni giuridiche soggettive da esso derivanti, mancando il soggetto obbligato.

2. Accertamento della nascita e accertamento della filiazione in Italia.

Nel sistema italiano – recentemente riformato ad opera della l. 10 dicembre 2012, n. 219 e del successivo d.lg. 28 dicembre 2013, n. 154, entrato in vigore il 7 febbraio 2014 – non v'è mai attribuzione automatica della genitorialità, ma è sempre necessario un atto di accertamento a prescindere dal documento che lo contiene e dalla sua provenienza⁵. Al contrario, in altri ordinamenti, come quello

1. È il diverso atteggiarsi in tale ambito delle «permanenze», cioè di quelle costanti etiche insuperabili che segnano tutta la storia del diritto e che, derivando dalla relazione inscindibile tra strumenti interpretativi e diritti fondamentali espressi dai principi, costituiscono la coincidenza tra i diritti civili permanenti e le diverse culture etiche, costanti poi trasfuse sotto forma di situazioni giuridiche soggettive nelle fonti primarie del diritto dell'Unione Europea e nelle Costituzioni degli Stati membri: nel diritto civile, sovente, la loro attuazione necessita di un rapporto giuridico costituito, che lega due o più persone determinate, poiché la situazione giuridica può essere fatta valere soltanto verso i singoli soggetti obbligati che ne hanno la relativa titolarità assieme al beneficiario. L'individuazione della categoria fondamentale delle «permanenze» si deve ad Antonio Palazzo: cfr., in particolare, PALAZZO, A., FERRANTI, I., *Etica del diritto privato*, Cedam, Padova, 2002, I, p. 2 ss., spec. pp. 3 ss. e 117 ss.; PALAZZO, A., SASSI A., SCAGLIONE, F., *Permanenze dell'interpretazione civile*, Iseg, Roma-Perugia, 2008, p. 1 ss., spec. p. 19 ss.; PALAZZO, A., "Permanenze del diritto civile", in *Diritto e processo. Annuario giuridico dell'Università degli Studi di Perugia, 2006-2009*, p. 479 ss. (consultabile anche in www.rivistadirittoeprocesso.eu); di recente, Id., "Permanencias", in ÁLVAREZ LEDESMA, M.I., CIPPITANI, R. (coord.), *Diccionario analítico de derechos humanos e integración jurídica*, Iseg, Roma-Perugia-México, 2013, p. 502 ss.

2. SASSI, A., *Equità e interessi fondamentali nel diritto privato*, Iseg, Roma-Perugia, rist. 2011, spec. pp. 17 s. e 93 ss.; PALAZZO, A., SASSI A., SCAGLIONE, F., *Permanenze dell'interpretazione civile*, op. cit., pp. 39 ss. e 377 ss.; SASSI, A., "Diritti patrimonialmente neutri", in *Diritto e processo. Annuario giuridico dell'Università degli Studi di Perugia, 2006-2009*, p. 455 ss. (consultabile anche in www.rivistadirittoeprocesso.eu); di recente, Id., "Derechos patrimonialmente neutros (en el ordenamiento civil)", in ÁLVAREZ LEDESMA, M.I., CIPPITANI, R. (coord.), *Diccionario analítico de derechos humanos e integración jurídica*, op. cit., p. 213 ss.

3. Sul punto si rinvia a SASSI, A., *Equità e interessi fondamentali nel diritto privato*, op. cit., p. 93 ss.; PALAZZO, A., SASSI A., SCAGLIONE, F., *Permanenze dell'interpretazione civile*, op. cit., p. 377 ss.; SASSI, A., "Autodeterminazione e consenso informato tra diritto interno e fonti europee", in CASSETTI, L. (coord.), *Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo*, Jovene, Napoli, 2012, p. 313 ss.; Id., "Consentimento informato a los tratamientos terapéuticos (en Europa)", in ÁLVAREZ LEDESMA, M.I., CIPPITANI, R. (coord.), *Diccionario analítico de derechos humanos e integración jurídica*, op. cit., p. 70 ss.; v. anche PALAZZO, A., SASSI, A., *Trattato della successione e dei negozi successori*, 1, *Categorie e specie della successione*, Utet, Torino, 2012, p. 206 ss.; concetti sviluppati e approfonditi da S. STEFANELLI, *Autodeterminazione e disposizioni sul corpo*, Iseg, Roma-Perugia, 2011, spec. p. 79 ss.

4. È quanto, da ultimo, si ricava anche dalla preziosa analisi a tutto tondo, relativa al diverso atteggiarsi delle situazioni giuridiche soggettive nella realtà attuale, di MAZZU, C., *La logica inclusiva dell'interesse legittimo nel rapporto tra autonomia e sussidiarietà*, Giappichelli, Torino, 2014, spec. pp. 16 ss., 66 ss. e 79 ss.

5. Sono i risultati cui è pervenuta la dottrina più autorevole che da decenni si occupa di questi problemi: v., in particolare, PALAZZO, A., *La filiazione fuori del matrimonio*, Giuffrè, Milano, 1965, spec. p. 171 ss.; sino ai recenti Id., "Atto di nascita e riconoscimento nel sistema di accertamento della filiazione", in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, p. 145 ss.; Id., *La filiazione*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, 2^a ed., Giuffrè, Milano, 2013, spec. p. 251 ss.; e, dopo la riforma del 2012, Id., "La riforma dello status di filiazione", in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, p. 245 ss.; Id., "I vuoti normativi tra codice, leggi speciali e legge 219/2012", in CIPPITANI, R., STEFANELLI, S. (coord.), *La parificazione degli status di filiazione*, Iseg, Roma-Perugia-México, 2013, spec. p. 12 ss.; RUSSO, E., "Il problema della filiazione", in *Dir. fam.*, 2001, p. 3 ss., ora in Id., *Studi sul diritto di famiglia*, Gangemi Ed., Roma, 2009, p. 513 ss., spec. p. 517 ss.; ma v. già CICU, A., *La filiazione*, in *Tratt. Vassalli*, 2^a ed., Utet, Torino, rist. 1954, p. 2 ss., che parla di «Titolo dello stato di filiazione», affermando in particolare: «I diritti e doveri connessi con lo stato di filiazione non possono essere fatti valere se non in quanto lo stato consti legalmente cioè sia documentato»; e GIORGIANNI, M., "Madre", in *Enc. dir.*, XXV, Giuffrè, Milano, 1975, p. 135, secondo cui «l'accertamento della generazione fisiologica (...) avviene nel nostro ordinamento attraverso le indicazioni contenute nell'atto di nascita, redatto in base alla "dichiarazione di nascita"»; v. anche BONILINI, G., "Lo status o gli status di filiazione?", in DONATI, Alb., GARILLI, A., MAZZARESE, S., SASSI, A. (coord.), *Diritto privato. Studi in onore di Antonio Palazzo*, Utet, Torino, 2009, 2, p. 100 ss., spec. pp. 101 e 107, ove correttamente si sottolinea che il rapporto filiale presuppone l'esistenza dello status, che, a sua volta, presuppone l'avvenuto accertamento della filiazione; e SESTA, M., "Stato unico di filiazione e diritto ereditario", in *Riv. dir. civ.*, 2014, I, p. 18 s.; Id., "L'accertamento dello stato di figlio

francese o tedesco, l'attribuzione della maternità è automatica, a meno che la madre decida di ricorrere all'anonimato: art. 326 del code civil e § 1591 BGB⁶.

L'accertamento della filiazione è conseguente a quello della nascita, sebbene normalmente coincidente sul piano temporale, e da esso distinto.

Il secondo, infatti, ha ad oggetto un mero fatto giuridico, dal quale deriva l'esistenza di quelle situazioni giuridiche soggettive fondamentali che l'ordinamento riconnette al verificarsi dell'evento nascita⁷; e, a tal fine, basta la dichiarazione di nascita resa da uno qualunque dei legittimati ex art. 30, d.p.r. 3 novembre 2000, n. 396 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento di stato civile), affinché l'ufficiale di stato civile possa stilare l'atto di nascita ai sensi del precedente art. 29.

Al contrario, l'accertamento della filiazione è molto più complesso. Esso non avviene necessariamente con l'accertamento della nascita. Lo status non si costituisce e sussistono i presupposti per la dichiarazione di adottabilità secondo l'art. 11, 2° comma, l. adozione: a) nella filiazione matrimoniale qualora la madre eserciti il diritto all'anonimato in base all'art. 30, 1° comma, d.p.r. n. 396/2000; b) riguardo al figlio nato fuori del matrimonio, quando nessuno dei genitori proceda al riconoscimento. Inoltre, il predetto accertamento può essere effettuato anche successivamente alla nascita, ovvero, attraverso il ricorso al giudice (accertamento di grado maggiore), si può incidere su uno status già costituito e risultante dai registri di stato civile, con conseguente annotazione ex art. 49, d.p.r. citato.

Più precisamente, la riferibilità della generazione discende esclusivamente dalla provenienza e dal contenuto della dichiarazione di nascita, eventualmente integrati dal sistema di matrimonialità di cui agli artt. 231 ss. c.c., e/o dalle singole attività compiute dai genitori. Infatti: a) se il

figlio è matrimoniale, sempre che la partoriente non abbia esercitato il diritto all'anonimato, la costituzione del relativo stato è conseguenza della dichiarazione resa dai genitori o da uno solo di essi, che hanno denunciato il figlio come nato dalla loro unione, ovvero da quella effettuata dai legittimati in subordine ex art. 30, d.p.r. n. 396/2000 (medico od ostetrica o altra persona che abbia assistito al parto); anche in quest'ultimo caso, l'accertamento o il mancato accertamento della filiazione deriva da un'attività consapevole della madre biologica (esercizio o meno dell'anonimato); b) se il figlio nasce fuori del matrimonio, occorre sempre un atto di autoresponsabilità del singolo genitore, in difetto del quale il rapporto di filiazione non si costituisce.

In sostanza, occorre avere ben chiara la distinzione tra i vari atti di accertamento conseguenti alla nascita di un individuo, a cui corrispondono i diversi gradi di tutela approntati dall'ordinamento civile, tesi a realizzare lo sviluppo della persona umana secondo i principi fondamentali specificamente ricavabili dagli artt. 2, 3 e 30 Cost.

Così, la dichiarazione di nascita – che dev'essere obbligatoriamente e tempestivamente effettuata, nei termini previsti dall'art. 30, 4° comma, d.p.r. n. 396/2000 (al massimo dieci giorni dalla nascita), dai soggetti indicati nel 1° comma della citata disposizione per non incorrere nel reato di soppressione di stato di cui all'art. 566 c.p. – consente di completare la fattispecie di cui all'art. 1 c.c., attraverso l'attribuzione dei segni distintivi della persona [nome, identità, cittadinanza nei casi previsti dall'art. 1, 1° comma, lett. b) e 2° comma, l. 5-2-1992, n. 91, ecc.] e il riconoscimento giuridico della sua esistenza, garanzia di accesso ai servizi basilari predisposti dallo Stato in favore della stessa (istruzione, assistenza, prevenzione sanitaria, ecc.). Viceversa, gli obblighi genitoriali propriamente intesi, enunciati e disciplinati dagli artt. 315 bis ss. c.c., così come i reciproci diritti patrimoniali (alimenti, successione legale, ecc.), nonché l'acquisto della cittadinanza per discendenza ex art. 1, 1° comma, lett. a), della citata l. n. 91/1992, vengono in essere esclusivamente con l'accertamento della filiazione e la costituzione del rapporto giuridico tra genitore e figlio, in mancanza dei quali il nato è tutelato come «individuo», ma non come «figlio».

In altri termini, per la riferibilità della generazione non è sufficiente l'accertamento della nascita compiuto ai sensi dell'art. 29, 6° comma, del richiamato d.p.r. sull'ordinamento di stato civile, occorrendo inevitabilmente o un atto di autoresponsabilità del genitore, o un provvedimento del giudice, o comunque – con riferimento alla filiazione matrimoniale – l'operare del sistema di cui agli artt. 231 ss. c.c.⁸.

Quindi, sebbene siano il fatto procreativo e la succes-

dopo il decreto legislativo n. 154/2013", in *Famiglia e dir.*, 2014, p. 455. Nella giurisprudenza italiana, detti concetti sono stati espressi in modo esplicito, tra le altre, da Cass., 10 ottobre 1992, n. 11073, in *Arch. civ.*, 1993, p. 308; in *Dir. fam.*, 1993, p. 408; Id., 27 agosto 1997, n. 8059, in *Famiglia e dir.*, 1998, p. 79; più di recente, Id., 19 aprile 2010, n. 9300, in *leggidigitaliprofessionale.it*; per la giurisprudenza di merito, Trib. Milano, 25 gennaio 2012, *ivi*.

6. Sulle differenze tra l'accouchement sous x e la disciplina italiana, per tutti, RENDA, A., *L'accertamento della maternità. Profili sistematici e prospettive evolutive*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 16 ss.; sul funzionamento del § 1591 BGB, di recente, v. in generale SCHLÜTER, W., *BGB-Familienrecht*, 14^a ed., Heidelberg-München-Landsberg-Frechen-Hamburg, 2012, p. 205, nt. a margine 268; per una lettura relazionata anche alla legislazione italiana, PALAZZO, A., *La filiazione*, op. cit., p. 255 s. (nt. 3).

7. In questo senso – come individuato dalla dottrina più autorevole [SACCO, R. (in coll. con CISIANO, P.), *Il fatto, l'atto, il negozio*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2005, 7 ss., spec. 10 ss.] – il fatto è causa della vicenda giuridica che, a sua volta, è conseguenza del fatto, cioè, nella fattispecie in esame, della nascita. Così, ad esempio, il diritto al nome sorge indipendentemente dall'accertamento della filiazione, tanto è vero che nel caso in cui il dichiarante non dia un nome al bambino, o non siano sconosciuti i genitori, vi supplisce l'ufficiale di stato civile, che attribuisce al nato un nome ovvero un nome e un cognome (art. 29, 4° e 5° comma, d.p.r. n. 396/2000 sull'ordinamento di stato civile).

8. Producono la costituzione dello status di figlio matrimoniale della coppia in virtù del predetto sistema: a) la dichiarazione resa da uno solo dei coniugi, che ha effetto anche nei confronti dell'altro; b) in mancanza di questa, la dichiarazione effettuata dal personale sanitario, qualora la partoriente nominata nel certificato di assistenza al parto risulti coniugata, prescindendo quindi dall'atto di autoresponsabilità dei genitori (art. 29, 2° comma, d.p.r. n. 396/2000).

siva nascita del figlio i presupposti per il sorgere della responsabilità del genitore, questa viene in essere e produce effetti giuridici, compresi quelli di carattere patrimoniale, soltanto a seguito di accertamento dello status di filiazione. E detto accertamento può essere di diversa natura e avere conseguenze differenti: a) accertamento diretto (di regola proveniente dal genitore o da un giudice), da cui deriva la costituzione con efficacia erga omnes dello status e l’acquisto della relativa titolarità secondo gli atti di stato civile; b) accertamento indiretto (normalmente da parte del giudice, ma che potrebbe essere compiuto anche in via transattiva), che ha come conseguenza il sorgere di una responsabilità patrimoniale (comunque fondata sul fatto procreativo) senza che avvenga la costituzione dello status verso il genitore nei cui confronti l’accertamento è stato esperito o comunque ottenuto. Come si vede, in entrambi i casi, la titolarità è conseguenza dell’atto di accertamento.

Questo è a nostro avviso un punto fondamentale ai fini di una corretta comprensione del sistema attuale, anche alla luce dei diversi gradi di accertamento della filiazione riconducibili sia ad atti di autoresponsabilità che a provvedimenti giurisdizionali, gradi che la dottrina⁹ ha da quarant’anni evidenziato e che il legislatore ha fatto propri specialmente con l’ultima riforma (l. n. 219/2012 e d.lg. n. 154/2013), con cui si è inteso – almeno tendenzialmente – equiparare lo status dei figli.

In definitiva, è soltanto l’accertamento della filiazione che se avviene in via diretta: a) produce la titolarità del rapporto tra genitore e figlio e, quindi, delle singole situazioni giuridiche soggettive da esso derivanti (titolarità sostanziale); b) consente di operare le registrazioni previste dal citato d.p.r. n. 396/2000 (titolarità formale)¹⁰. Viceversa, se si verifica indirettamente, essendo prodromico al sorgere di un rapporto giuridico patrimoniale tra il figlio e il proprio genitore biologico (o i suoi successori), esso è meramente incidentale – rappresentando la causa petendi su cui si fonda la richiesta economica – e non ha effetti costitutivi dello status di filiazione, con la conseguenza che non è idoneo ad attribuirne la titolarità secondo i registri di stato civile¹¹.

In detto quadro, l’atto di nascita, contenendo l’indi-

cazione, tra l’altro, delle generalità dei genitori legittimi o di coloro che abbiano proceduto a riconoscimento, costituisce il documento (cfr. art. 236 c.c.) da cui risulta l’evento nascita e la riferibilità della generazione, a prescindere dal legame che unisce i genitori¹²: in altri termini, questo rappresenta il titolo dell’esistenza del rapporto filiale, ma in sé non costituisce, né può costituire, accertamento della filiazione che preesiste, poiché con esso ci si limita a prendere atto dell’intervenuta dichiarazione di nascita ed eventualmente dell’operare del sistema di matrimonialità di cui agli artt. 231 ss. c.c. E l’esistenza del rapporto filiale risultante dall’atto di nascita (e/o dal possesso di stato) può essere rimossa soltanto a seguito di un accertamento di massimo grado compiuto dal giudice nell’ambito di un’azione di stato, come si ricava dal combinato disposto degli artt. 238 e 253 c.c., relativi, il primo alla filiazione matrimoniale e, il secondo, alla non matrimoniale.

Consegue che, secondo il disposto dell’art. 29, 6° comma, d.p.r. n. 396/2000, l’ufficiale di stato civile accerta unicamente un fatto giuridico, cioè l’avvenuta nascita, attraverso il certificato di assistenza al parto o, in difetto, la dichiarazione sostitutiva, ma in nessun caso accerta la discendenza e, quindi, la riferibilità della procreazione ad un dato soggetto.

Riepilogando, la titolarità della filiazione deriva: a) quella sostanziale: a1) da un atto di autoresponsabilità dei genitori o di uno di essi, contenuto nella dichiarazione di nascita ovvero, in mancanza di questo, dalla stessa dichiarazione resa dai terzi legittimati ai sensi dell’art. 30, 1° comma, d.p.r. ordinamento stato civile se la filiazione è matrimoniale e la madre non ha esercitato il diritto all’anonimato; a2) da un provvedimento del giudice che accerta la discendenza biologica o sociale nel caso previsto dall’art. 9, l. n. 40/2004, ovvero dichiara l’adozione ai sensi della l. n. 184/1983; b) quella formale: b1) dalle registrazioni di cui all’art. 28, d.p.r. ordinamento di stato civile, conseguenti alla redazione dell’atto di nascita: se la dichiarazione è compiuta dinanzi l’ufficiale di stato civile il momento in cui sorgono titolarità sostanziale e formale coincide (il richiamato art. 28 parla difatti di «iscrizioni»), mentre negli altri casi quella sostanziale viene in essere con l’atto di accertamento, mentre la formale con la sua registrazione negli atti di stato civile (la citata norma parla di «trascrizioni»); b2) dal compimento delle annotazioni previste dall’art. 49, d.p.r. citato, se l’accertamento avviene successivamente alla nascita.

9. PALAZZO, A., La filiazione fuori del matrimonio, op. cit., p. 171 ss.; *Id.*, “Atto di nascita e riconoscimento nel sistema di accertamento della filiazione”, op. cit., p. 145 ss.; *Id.*, La filiazione, op. cit., spec. p. 251 ss.; e, con specifico riferimento alla riforma di cui alla l. n. 219/2012, *Id.*, “La riforma dello status di filiazione”, op. cit., p. 245 ss.; *Id.*, “I vuoti normativi tra codice, leggi speciali e legge 219/2012”, op. cit., p. 9 ss.

10. Diversamente, secondo parte della dottrina (da ultimo, BIANCA, C.M., Diritto civile, 2.1, La famiglia, 5ª ed., Milano, 2014, spec. p. 359 ss.) la titolarità sostanziale deriverebbe automaticamente dal fatto naturale della procreazione, salvo dover ammettere (p. 332, nt. 21) che i diritti connessi alla filiazione non sono esercitabili in via giudiziaria finché il rapporto di filiazione non sia formalmente accertato, in contrasto con l’art. 24 Cost. Per una corretta individuazione degli effetti e della natura giuridica degli atti di accertamento dello status, di recente, PALAZZO, A., La filiazione, op. cit., p. 251 ss.

11. In questo senso, si è correttamente rilevato che l’art. 279 c.c. si connota per la sua neutralità con riguardo all’esclusività del contenuto patrimoniale che lo caratterizza, corrispondente alle conseguenze della responsabilità da atto lecito per fatto biologico della procreazione: PALAZZO, A., La filiazione, op. cit., spec. p. 460.

12. Concetti, questi, chiaramente espressi in PALAZZO, A., La filiazione, op. cit., 274 ss., spec. p. 277. Analoghe considerazioni meritano di essere compiute in ordine al possesso di stato: nell’operatività della riforma v., correttamente, SESTA, M., “L’accertamento dello status di figlio dopo il decreto legislativo n. 154/2013”, op. cit., p. 464 s., il quale sottolinea come il principio si ricavi anche dal successivo art. 237, 2° comma, c.c., ove, in relazione al possesso di stato, si prende in considerazione il comportamento sociale del singolo genitore, prescindendo dalla presenza del vincolo matrimoniale.

3. Tipologie di accertamento della filiazione.

Si è vista nei precedenti paragrafi l'essenzialità dell'accertamento dello status nel sistema attuale. È ora necessario fornire un quadro più preciso degli strumenti idonei a costituire il rapporto filiale e ad attribuire la relativa titolarità delle situazioni giuridiche soggettive da esso derivanti.

Come accennato, il rapporto giuridico fondato sulla discendenza – sia esso qualificabile come filiale in senso proprio ovvero avente natura meramente patrimoniale, sebbene sempre fondato sul fatto procreativo – sorge nei seguenti casi: a) in presenza di dichiarazione di nascita o riconoscimento del figlio operati dal genitore; b) in virtù dell'estensione degli effetti della dichiarazione riguardo al figlio matrimoniale, per l'operare del sistema di cui agli artt. 231 ss. c.c.; c) sulla base di un provvedimento del giudice che: c1) dichiara l'adozione, ovvero c2) accerta la filiazione; in quest'ultima ipotesi, a seconda del *petitum*, l'accertamento può avvenire: c21) in via principale, attraverso le azioni di matrimonialità del figlio di cui agli artt. 234, 239 e 240 c.c.¹³ o di dichiarazione giudiziale della genitorialità secondo il successivo art. 269; c22) in via incidentale, con la dichiarazione di responsabilità per il mantenimento e/o la condanna alla corresponsione dell'assegno a carico del genitore ai sensi dell'art. 279 c.c., o dei suoi eredi, legatari e donatari ex artt. 580 e 594 c.c.¹⁴; analogo risultato, proprio perché manca l'attribuzione formale dello status e per la natura meramente patrimoniale del diritto azionato, può raggiungersi anche attraverso atti di autonomia privata: così, potrebbe accadere che, per evitare un contenzioso a seguito del quale magari il fatto procreativo diviene di dominio pubblico, il genitore o i suoi eredi, legatari e/o donatari, che siano certi della discendenza biologica, potrebbero volontariamente riconoscere e soddisfare il diritto patrimoniale all'assegno senza aspettare il provvedimento del giudice¹⁵.

13. Con l'ultima riforma il legislatore ha previsto azioni per l'accertamento positivo della matrimonialità del figlio: reclamo dello stato di figlio (art. 239 c.c.) e contestazione dello stato di figlio (art. 240 c.c.). In questo modo, si è accolta l'impostazione della dottrina più attenta che ne aveva individuato l'esistenza già nel vigore della normativa precedente, pur in un sistema tutto orientato (sebbene con limiti ben precisi) verso le azioni di accertamento negativo volte alla rimozione della stessa: v. PALAZZO, A., *La filiazione*, op. cit., p. 321 ss. (e, nella 1ª ed., Milano, 2007, p. 303 ss.).

14. Cfr. PARADISO, M., "Status di filiazione e diritti successori nella riforma", CIPPITANI, R., STEFANELLI, S. (coord.), *La parificazione degli status di filiazione*, op. cit., p. 242.

15. È quanto deciso da Cass., 9 giugno 1990, n. 5633, in *Giust. civ.*, 1991, I, p. 75 (ivi erroneamente indicata come 19 giugno 1990, n. 5833), che, nonostante qualche imprecisione terminologica, esprime in modo chiaro concetti del tutto condivisibili. Questo il caso. Con scrittura privata del 1975, redatta e sottoscritta in Svizzera, ma intercorsa tra i cittadini italiani Tizio e Caietta (nel cui nome e per conto, essendo essa minore perché nata qualche mese prima, interviene quale rappresentante legale un addetto al locale Ufficio di assistenza sociale) il predetto Tizio ammette di essere il padre della piccola, nata dalla sua unione naturale con Caia; dichiara che tale ammissione avviene «senza legittimazione di stato» e si impegna a versare mensilmente in suo favore un assegno di mantenimento sino al raggiungimento della maggiore età. Con ricorso del 1980, Caia, in qualità di genitore esercente la potestà sulla minore, premesso che Tizio è inadempiente e che v'è pericolo del venir meno della garanzia patrimoniale, chiede ed ottiene sequestro conservativo sui beni dello stesso. Instaurato il procedimento per la convalida e la condanna al pagamen-

In tutte le ipotesi indicate, ad eccezione di quella sub c22), l'accertamento avviene in modo diretto e la fattispecie produce la costituzione dello status di filiazione (*ex novo*, ovvero uno diverso se già uno status preesisteva). La dichiarazione di nascita o il provvedimento giudiziale vanno, quindi, inquadrati negli atti di accertamento con effetti costitutivi erga omnes e debbono risultare dagli atti dello stato civile¹⁶. Essi attribuiscono giuridica rilevanza al rapporto tra genitore e figlio e, dando attuazione ai diritti fondamentali facenti capo a ciascun individuo per effetto della nascita, comportano il sorgere della responsabilità genitoriale secondo quanto prevedono il reg. CE 27-11-2003, n. 2201 e il codice civile italiano nel Titolo IX del Libro I (artt. 315 ss.).

Viceversa, sub c22) il provvedimento o l'atto di autonomia privata assumono i caratteri di meri atti di accertamento indiretto della filiazione. Pur concernendo lo stato giuridico del nato, essi sono produttivi di effetti limitati e prodromici al riconoscimento di situazioni giuridiche a carattere patrimoniale a favore di questo (assegno per mantenimento, alimenti, istruzione ed educazione): come tali, sono idonei ad attribuire giuridicità al rapporto filiale in sé considerato e, quindi, a determinare la titolarità formale dello status. Certamente, anche a seguito di detto accertamento si instaura tra genitore biologico e figlio un rap-

to, nella contumacia del convenuto, il Tribunale adito respinge la domanda, rilevando che l'obbligazione da questi assunta ha «causa invalida stante la carenza del riconoscimento della paternità naturale effettuato nelle forme di legge». A seguito di gravame proposto dalla soccombente, la Corte d'Appello, in totale riforma della sentenza di prime cure, non definitivamente pronunciando, dichiara valida l'obbligazione assunta da Tizio con la citata scrittura e dispone la prosecuzione del giudizio in ordine alla determinazione dell'assegno e alla convalida del sequestro. Tizio propone immediato ricorso per cassazione, sostenendo che le obbligazioni a carico del genitore, ivi compresa quella di mantenimento, sono subordinate al riconoscimento dello status, in mancanza del quale non è configurabile alcuna di esse, con la conseguenza che il relativo impegno al mantenimento assunto nei confronti di un soggetto del quale si ammette di essere genitore naturale ma che non si vuol riconoscere pur essendo possibile, ha causa illecita e come tale è colpito da nullità radicale. La S.C. conferma la sentenza impugnata e osserva: a) il rapporto dedotto in giudizio rimane assoggettato alla regolamentazione della legge italiana, pur essendo venuto in essere il suo evento genetico in territorio di uno Stato estero ma pur sempre da cittadini italiani, poiché il negozio in questione ha natura contrattuale, posto che con esso le parti hanno regolato – su un piano convenzionale – i rapporti di natura esclusivamente patrimoniale conseguenti alla procreazione; b) l'art. 279 c.c., ove correttamente interpretato alla luce della normativa costituzionale, attribuisce al figlio non matrimoniale, una volta accertato il rapporto materiale di filiazione, il diritto al mantenimento, all'educazione ed all'istruzione, quand'anche non sia stato riconosciuto formalmente pur essendo ciò possibile e, quindi, indipendentemente dalla qualifica formale dello status; c) comunque, anche a voler ammettere – secondo un'interpretazione restrittiva – che la norma citata attribuisce il diritto al mantenimento solo in favore dei figli irricognoscibili e non anche di quelli che, pur sussistendo i presupposti e l'ammissibilità, non abbiano ancora tale status formale, non v'è dubbio che rimane pur sempre prevista nel nostro ordinamento positivo la configurabilità di un diritto al mantenimento avulso dalla qualifica formale di figlio. Ovviamente, la natura e gli effetti dell'atto sono diversi da quelli di un provvedimento giudiziale, che per sua natura costituisce un accertamento di grado superiore: v. PALAZZO, A., *La filiazione*, op. cit., spec. p. 418 ss. 16. V., di recente, Cass., 16 gennaio 2012, n. 430, in *Famiglia e dir.*, 2012, p. 304, che, nel confermare la pronuncia di merito, qualifica la sentenza di disconoscimento di paternità come sentenza costitutiva, inerente allo status di una persona, opponibile con forza di giudicato erga omnes.

porto giuridico, ma questo ha natura obbligatoria, sebbene derivi sempre dal fatto procreativo, essendo conseguenza del riconoscimento – da parte del giudice o dei soggetti interessati mediante l'atto di autonomia – di una situazione giuridica di tale natura e della titolarità attiva e passiva della stessa. Da esso deriva in capo al genitore biologico una responsabilità (patrimoniale) da mantenimento.

Dalle considerazioni che precedono emerge come nel sistema della filiazione la titolarità non vada riferita unicamente alle situazioni giuridiche facenti capo ai vari soggetti e, quindi, non identifichi soltanto l'appartenenza delle stesse, ma concerna specialmente e preventivamente il rapporto che si instaura tra genitore e figlio¹⁷, rapporto che si identifica con il concetto stesso di status e dal quale derivano le predette situazioni giuridiche di cui il secondo è titolare, e non viceversa. In sostanza, per poter accedere alla titolarità della singola situazione giuridica azionabile, il nato deve preventivamente avere quella del rapporto di filiazione, che, pertanto, dev'essere giuridicamente accertato.

In altri termini, la titolarità della singola situazione giuridica consegue alla titolarità del rapporto filiale e trova giustificazione unicamente in essa. Difatti, i singoli diritti verso un adulto esistono e sono azionabili soltanto in presenza di un rapporto fondato sul fatto procreativo, in mancanza del quale, come si è ricordato anche nel precedente paragrafo, il nato viene tutelato come persona fisica al pari di qualsiasi altro individuo (se minore di età, ovviamente, in misura maggiore), ma non sulla base del rapporto filiale che, come tale, manca.

Così, ad esempio, il diritto al mantenimento verso il genitore presuppone l'esistenza del rapporto filiale e del suo preventivo accertamento, senza i quali esso non può trovare attuazione nel sistema, come del resto avviene in tutte quelle situazioni giuridiche che presuppongono l'esistenza di un rapporto intersoggettivo su cui la situazione stessa si fonda¹⁸.

In quest'ottica, appare corretta l'impostazione della Suprema Corte di cassazione italiana, secondo cui sussiste responsabilità aquiliana da illecito endofamiliare del genitore che non abbia proceduto a riconoscimento e, di conseguenza, provveduto al relativo obbligo di mantenimento, istruzione ed educazione del figlio biologico, ove egli, pur nella piena possibilità di essere consapevole della probabilità della propria discendenza, ne abbia ignorato tutti i

segnali¹⁹. Nella fattispecie, infatti, non essendo presente il rapporto di filiazione, i diritti del nato trovano una tutela esclusivamente aquiliana quali situazioni giuridiche dell'individuo in quanto tale (diritti fondamentali) e prescindono, quindi, dall'avvenuto accertamento dello status, che, come detto, produce la costituzione del rapporto, con conseguente inadempimento in senso tecnico delle obbligazioni da esso derivanti²⁰.

In sostanza, in mancanza di accertamento, sussiste una violazione del diritto alla genitorialità e, quindi, all'acquisizione dello status, che comporta, a sua volta, la violazione degli obblighi genitoriali di cui all'art. 315 bis c.c., violazione fonte di responsabilità aquiliana una volta accertata la discendenza: dall'atto lecito della procreazione derivano comunque conseguenze giuridiche²¹, che possono sfociare nel fatto illecito, qualora l'autore di essa, sempre che si accertato come tale, violi i diritti fondamentali del figlio.

Da ciò si originano conseguenze coerenti anche sul piano equitativo, poiché è evidente che gli elementi costitutivi della responsabilità del genitore giuridicamente tale non possono essere analoghi a quelli del soggetto il cui rapporto non sia stato mai costituito e/o accertato. Mentre nel primo caso gli obblighi del genitore esistono in virtù del citato rapporto e, quindi, la loro mancata attuazione comporta (oltre ad una lesione del diritto fondamentale del figlio) un inadempimento in senso tecnico, con conseguente onere in capo al genitore medesimo di provare che l'inadempimento non dipende da causa a lui imputabile (art. 1218 c.c.), nel secondo la responsabilità sussiste soltanto in presenza della prova rigorosa dell'elemento soggettivo del fatto illecito (art. 2043 c.c.), cioè a dire – per usare le parole della S.C. – del fatto che il genitore biologico, pur nella piena possibilità di essere consapevole della probabilità della propria discendenza, ne abbia ignorato tutti i segnali²². In altri termini, la condotta omissiva del genitore che sia stato accertato o dichiarato tale non può avere

17. E, in conseguenza di questo, il rapporto tra il figlio e gli altri soggetti legati col genitore da vincolo di parentela.

18. Concetti, questi, chiaramente espressi dalla giurisprudenza più recente; cfr. Cass., 4 aprile 2014, n. 7986, in *leggiditaliaprofessionale.it*, che in merito all'azione intentata dal genitore che ha allevato il figlio contro quello biologico volta al rimborso delle spese sostenute per il mantenimento, nel confermare la pronuncia di merito, afferma: il diritto non è utilmente azionabile se non dal momento della sentenza di accertamento della filiazione, che conseguentemente costituisce il dies a quo della decorrenza della ordinaria prescrizione decennale. Così, ad esempio, anche nella successione legale a causa di morte, la cui operatività dipende dal particolare rapporto esistente tra il de cuius e il suo potenziale successore: cfr., in generale, PALAZZO, A., SASSI, A., *Trattato della successione e dei negozi successori*, 1, *Categorie e specie della successione*, op. cit., p. 422 ss.

19. Di recente, Cass., 22 novembre 2013, n. 26205, in *Giur. it.*, 2014, p. 1593, con nota di TASSONE, B., "Mancato riconoscimento del figlio naturale e danno non patrimoniale"; Id., 10 aprile 2012, n. 5652, in *Danno e resp.*, 2012, p. 868, con nota di AMRAM, D., OLARI, S., "Ambo della Cassazione in materia di danno intrafamiliare"; in *Corr. giur.*, 2012, p. 750, con nota di CARBONE, V., "Filiazione naturale e mantenimento del figlio", e p. 1457, con nota di FORTE, F., "Il risarcimento del danno non patrimoniale da colposo ritardo nel riconoscimento della paternità naturale"; in *Giur. it.*, 2013, p. 43, con nota di MALAVENDA, G., "Responsabilità dei genitori per violazione dell'obbligo di mantenimento dei figli naturali non riconosciuti"; per la giurisprudenza di merito, Trib. Sulmona, 26 novembre 2012, in *Foro it.*, 2013, I, c. 689, secondo cui il genitore, di cui venga dichiarata la paternità naturale, ove fosse a conoscenza della nascita della figlia e se ne sia completamente disinteressato, è tenuto a risarcire il danno non patrimoniale da quest'ultima subito per essere cresciuta senza l'assistenza del padre.

20. In tal senso, sebbene nella peculiarità della singola situazione esaminata, taluni concetti condivisibili possono ricavarsi da Cass., 3 settembre 2013, n. 20137, in *leggiditaliaprofessionale.it*, in base alla quale la domanda di mantenimento proposta dal figlio nato fuori del matrimonio nei confronti del proprio genitore naturale è autonoma e diversa, per causa petendi e petitum, rispetto alla domanda di risarcimento dei danni subiti dal figlio stesso quale conseguenza della condotta omissiva del genitore in ordine agli obblighi nascenti dalla procreazione.

21. PALAZZO, A., *La filiazione*, op. cit., spec. p. 489 s.

22. Cfr., in particolare, Cass., 22 novembre 2013, n. 26205, cit.

conseguenze analoghe a quella di chi ignorava la propria discendenza, magari senza sua colpa, ad esempio perché era erroneamente convinto di aver avuto accesso ad un rapporto sessuale protetto e l'altro autore della procreazione non l'ha mai informato.

Consegue che la posizione giuridica del figlio, discendente dall'esistenza del rapporto, è complessa e data da una triade di elementi fondamentali tra loro consequenziali, rappresentati da: a) accertamento della filiazione; b) titolarità del rapporto; c) e, quindi, titolarità delle singole situazioni giuridiche soggettive tutelate.

4. Principio di verità biologica.

Posti questi principi fondamentali, va precisato che l'impianto normativo attuale privilegia normalmente il principio di verità biologica, tendenzialmente attribuendo la genitorialità con riguardo alla trasmissione del patrimonio genetico.

Si tratta di scelta condivisibile, peraltro accreditata in alcune pronunce della Corte costituzionale italiana²³, che permette di realizzare pienamente il rapporto tra genitore e figlio, oltre a consentire a quest'ultimo di avere informazioni complete sulle proprie origini a tutela della propria salute fisica e psichica²⁴. Essa trova riscontro normativo

nella previsione in capo al nato di un diritto fondamentale, e come tale imprescrittibile, all'accertamento dello stato in quanto veridico, nella legittimazione generale all'azione nel caso di supposizione di parto o sostituzione di neonato (artt. 239 e 240 c.c.) e di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità (art. 263 c.c.), nonché nel fatto che la filiazione può essere provata con ogni mezzo (artt. 241 e 269, 2° comma, c.c.). Consegue che la verità biologica, almeno in via potenziale, prevale indipendentemente dalla volontà dei genitori biologici o sociali e dalle risultanze dei registri di stato civile²⁵.

Questi elementi debbono a nostro avviso guidare l'interprete – almeno in prima istanza – anche nella soluzione di casi particolarmente delicati verificatisi nella pratica, quale quello dello scambio di embrioni nella fecondazione medicalmente assistita, a seguito del quale, per errore, sono stati impiantati nella donna embrioni provenienti da altra coppia, di cui ovviamente possiedono le caratteristiche genetiche, senza il consenso dei fornitori di gameti.

Anche nella fattispecie deve normalmente prevalere il criterio di discendenza biologica (come avviene nel caso di sostituzione di neonato ex artt. 239 e 240 c.c.), non essendo applicabile l'art. 9, l. n. 40/2004. La norma impedisce il disconoscimento al soggetto che abbia prestato il consenso esplicito o implicito all'eterologa²⁶, nonché l'esercizio dell'anonimato per la partoriente, escludendo, al contempo, la possibilità per il nato di instaurare rapporti con il donatore di gameti. Ma è evidente che nell'ipotesi in esame difetta sia il consenso della coppia «ricevente», che non ha

23. V., ad esempio, Corte cost., 6 luglio 2006, n. 266, in Guida dir., 30/2006, p. 30, con nota di FIORINI M., "Disconoscimento di paternità: prove genetiche senza più dimostrare l'adulterio della moglie"; in Corriere giur., 2006, p. 1367, con nota di CARBONE, V., "Basta la prova del Dna e non più l'adulterio per disconoscere la paternità"; in Famiglia e dir., 2006, p. 461, con nota di BOLONDI, E., "L'azione di disconoscimento della paternità può essere accolta anche sulla base delle sole risultanze delle indagini genetiche o ematologiche"; in Notariato, 2006, p. 537; in Foro it., 2006, I, c. 3290 ed ivi, 2007, I, c. 705, con nota di FORTINO, M., "Diritto di famiglia: il favor veritatis vince un'altra battaglia, ma non diventa valore assoluto"; in Giur. it., 2007, p. 1381; in Fam. pers. succ., 2007, p. 628, con nota di BEMBO, M.D., "Prova dell'adulterio e indagini ematogenetiche: la svolta della Consulta, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del precedente art. 235 c.c. (ora abrogato), relativo al disconoscimento di paternità, nella parte in cui subordinava la prova diretta del Dna a quella indiretta dell'adulterio: v. PALAZZO, A., La filiazione, op. cit., p. 264 ss.; e, per i profili attuali, Id., "La riforma dello status di filiazione", op. cit., p. 250 ss. 24. Ciò è dimostrato, nel caso di parto anonimo e/o di adozione, dalla necessità di accedere alla conoscenza delle proprie origini biologiche e dal dibattito sul bilanciamento tra il diritto alla riservatezza dei genitori biologici e quello alla salute psico-fisica del nato, su cui sono intervenute di recente la Corte EDU e la Corte costituzionale italiana: Corte EDU, 25 settembre 2012, Godelli c. Italia, in Famiglia e dir., 2013, p. 194 e ivi, p. 537, con nota di CURRO, G., "Diritto della madre all'anonimato e diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini. Verso nuove forme di contemperamento"; in Nuova giur. civ. comm., 2013, I, p. 103, con nota di LONG, J., "La Corte europea dei diritti dell'uomo censura l'Italia per la difesa a oltranza dell'anonimato del parto: una condanna annunciata"; in Giornale dir. amm., 2013, p. 67, con nota di PACINI, P., "Accesso alle proprie origini biologiche"; Corte cost., 22 novembre 2013, n. 278, in Corriere giur., 2014, p. 471, con nota di AULETTA, T., "Sul diritto dell'adottato di conoscere la propria storia: un'occasione per ripensare alla disciplina della materia"; in Famiglia e dir., 2014, p. 11, con nota di CARBONE, V., "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, I, p. 279, con note di MARCENÒ, V., "Quando da un dispositivo di incostituzionalità possono derivare incertezze", e di LONG, J., "Adozione e segreti: costituzionalmente illegittima l'irreversibilità dell'anonimato del parto". Per un inquadramento si-

stematico della questione v. già STEFANELLI, S., "Parto anonimo e conoscenza delle proprie origini", in DONATI, Alb., GARILLI, A., MAZZARESE, S., SASSI, A. (coord.), Diritto privato. Studi in onore di Antonio Palazzo, op. cit., 2, p. 833 ss.; in prospettiva europea, di recente, COLCELLI, V., "La tutela privata e familiare attraverso il diritto di conoscere le proprie origini", in CASSETTI, L. (coord.), L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo, consultabile in www.diritti-cedu.unipg.it. Del resto, anche gli studi di psicologia mostrano l'importanza delle origini biologiche e della loro conoscenza, laddove non coincidano con quelle del genitore, nella formazione e nel pieno sviluppo di ciascun individuo: v. almeno LOMBARDI, R., "Implicazioni psicologiche della riproduzione artificiale eterologa (AID)", in Dir. fam., 1998, p. 663 ss.; SIEGEL D.J., La mente relazionale. Neurobiologia dell'esperienza interpersonale, ed. italiana, Raffaello Cortina Ed., Milano, 2001; ANDOLFI, M., CIGOLI, V. (coord.), La famiglia d'origine. L'incontro in psicoterapia e nella formazione, Franco Angeli, Milano, 2003, spec. pp. 7 ss., 147 ss. e 180 ss.; VADILONGA, F. (coord.), Curare l'adozione, Raffaello Cortina Ed., Milano, 2011, pp. 133-140; v. anche DE BONO, I., "Dal trauma all'esperienza adottiva", in Trasformazioni, 1/2006, pp. 39-55, ove si sottolinea l'erroneità della diffusa convinzione che adottare un bambino molto piccolo, magari neonato, annulli o riduca al minimo la storia antecedente, la quale, al contrario, ha inizio al momento del concepimento ed è una storia che lascia una memoria inscritta nel corpo e che partecipa alla costruzione dell'identità del bambino. 25. Cfr., di recente, Cass., 29 settembre 2013, n. 21882, in leggiditaliaprofessionale.it, secondo cui, nell'ipotesi di nascita per fecondazione naturale, la genitorialità è conseguenza giuridica del concepimento, sicché è esclusivamente decisivo l'elemento biologico e, non occorrendo anche una cosciente volontà di procreare, nessuna rilevanza può attribuirsi al "disvolere" del presunto padre, una diversa interpretazione ponendosi in contrasto con l'art. 30 Cost., fondato sul principio della responsabilità che necessariamente accompagna ogni comportamento potenzialmente procreativo.

26. Per un'applicazione della regola, da ultimo, Trib. Roma, 19 settembre 2013, in Famiglia e dir., 2013, p. 1136, con nota di BATA, A., SPIRITO, A., "Inseminazione artificiale eterologa e disconoscimento della paternità".

mai consentito alla fecondazione eterologa, avendo dovuto ricevere embrioni «propri», né, soprattutto, quello dei «donatori di gameti», le cui cellule sono state impiantate a loro insaputa nell’utero della partoriente.

Deriva l’applicazione delle regole generali. E, come si è ora ricordato, indipendentemente dalle risultanze dell’atto di nascita, la maternità, al pari della paternità, può essere provata con ogni mezzo, e soltanto in prima istanza essa viene dimostrata secondo la regola contenuta nel 3° comma dell’art. 269 c.c. (coincidenza tra l’identità di colui che pretende di essere figlio e l’identità di colui che fu partorito dalla donna, la quale si assume essere madre). Quest’ultima regola, confermata anche dalla riforma del 2012-2013, che non ha eliminato il contrasto con il precedente 2° comma, è evidentemente espressione dell’assunto secondo cui *mater semper certa est, pater numquam*, assunto che poteva assumere valenza in una realtà in cui l’evento procreativo era affidato al corretto funzionamento di elementi naturali e la partoriente era sicuramente madre biologica del nato, ma che non ha più senso alcuno in quella attuale²⁷. Infatti, oggi è sempre possibile ricorrere ad indagini genetiche (a meno che il materiale da analizzare sia talmente deteriorato, di modo da non potersi ricavare elementi utili: ad esempio, cadavere in elevato stato di decomposizione) e fare impiego di tecniche di fecondazione assistita (omologa o eterologa), che, come vedremo nel prossimo paragrafo, tra non molto consentiranno addirittura di combinare elementi del Dna femminile (nucleare e mitocondriale) provenienti da individui diversi, con la conseguenza che le madri fornitrici di gameti saranno addirittura due.

5. Bilanciamento degli interessi del figlio e rilevanza delle azioni di stato.

Il principio di verità biologica incontra importanti contemperamenti in altri che possiedono pari rilevanza e dignità, quali quelli alla certezza dello status e alla tutela dei rapporti sociali e dell’affettività²⁸, poiché, salvo limitate eccezioni, le azioni volte alla rimozione dello status debbono essere esperite entro breve tempo dalla nascita. Infatti, di regola, come accennato nel precedente paragrafo, esse sono imprescrittibili soltanto riguardo al figlio che, in questo modo, diviene arbitro della propria situazione, operando un personale bilanciamento tra più interessi fondamentali egualmente tutelati.

È possibile realizzare detto bilanciamento non sol-

tanto attraverso le azioni di accertamento diretto della filiazione verso il genitore biologico, che necessariamente comportano la rinuncia al precedente status consolidato e incompatibile col nuovo, ma anche mediante quelle volte al suo accertamento indiretto ex artt. 279, 580 e 594 c.c., che consentono di mantenerlo a tutela dei rapporti affettivi verso il genitore sociale che se n’è occupato, al contempo attuando la responsabilità da procreazione verso quello biologico. Resta escluso dalla responsabilità nel sistema italiano soltanto il donatore di gameti che, ai sensi dell’art. 9, 3° comma, l. 19 febbraio 2004, n. 40, oltre a non acquisire relazioni parentali con il nato (relazioni che cessano anche in caso di adozione ex art. 27, 3° comma, l. 4 maggio 1983, n. 184), non può essere titolare di alcun obbligo verso lo stesso.

Deriva che il principio di verità biologica non è assoluto, ma va guardato nell’ottica del concreto interesse del figlio, che è preminente.

Questi concetti non sempre sono chiari e correttamente applicati nella giurisprudenza della S.C. italiana, soprattutto in ordine alle conseguenze della condanna per i delitti contro lo stato di famiglia, con particolare riferimento a quello p. e p. dall’art. 567 c.p. (Alterazione di stato)²⁹. Infatti, si sostiene che, all’esito della dichiarazione di falsità contenuta nella sentenza penale, consegue necessariamente la cancellazione dagli atti di stato civile della registrazione dell’atto di nascita compiuto in violazione di legge e di ogni altro conseguente, rientrando la fattispecie tra quelle di rettificazione previste dall’art. 95, d.p.r. n. 396/2000, il cui procedimento è volto ad eliminare una difformità tra la situazione di fatto, qual è o dovrebbe essere nella realtà secondo legge, e quale invece risulta dagli atti di stato civile per un vizio comunque e da chiunque originato nel procedimento di formazione dell’atto stesso³⁰.

27. Cfr., di recente, D’ALTON-HARRISON, R., “Mater semper incertus est: who’s your mummy?”, in *Medical Law Review*, 23 gennaio 2014, pp. 1-27 (consultabile anche in www.medlaw.oxfordjournal.org).

28. Il riconoscimento pieno di tali situazioni giuridiche – anch’esse rientranti nella tutela costituzionale di cui all’art. 30 – si deve ad Antonio Palazzo: v., di recente, PALAZZO, A., *La filiazione*, op. cit., spec. p. 270 ss.; Id., “La riforma dello status di filiazione”, op. cit., 245 ss. La rilevanza dell’affettività nelle relazioni familiari – già sottolineata anche da PERLINGIERI, P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale* secondo il sistema italo-comunitario delle fonti, 3ª ed., Esi, Napoli, 2006, spec. p. 920 s. – è al centro della importante indagine di C. MAZZU, “La famiglia degli affetti”, in DONATI, Alb., GARILLI, A., MAZZARESE, S., SASSI, A. (coord.), *Diritto privato. Studi in onore di Antonio Palazzo*, op. cit., 2, p. 527 ss.

29. Secondo la giurisprudenza, la norma è posta a garanzia dell’identità del neonato, del rapporto effettivo di procreazione per come naturalmente si determina e, quindi, dell’integrità dello stato di filiazione, quale attributo della personalità. Essa prevede due distinte ipotesi di delitto di alterazione di stato, diverse nella nozione e nella pena: la prima si consuma quando nei registri di stato civile si fa figurare uno stato di filiazione diverso da quello reale mediante sostituzione di neonato, mentre la seconda si compie a seguito di false certificazioni, false attestazioni o altre falsità, avvenendo l’alterazione quando, nella formazione dell’atto di nascita, si inserisce un dato non veritiero sull’identità, sulla discendenza, sulla qualità di figlio matrimoniale o meno, sul sesso, ecc.: cfr. Cass., 18 marzo 1975, A., in Riv. pen., 1976, p. 69; Id., 9 giugno 1981, V., ivi, 1982, p. 177; Id., 27 aprile 1983, M., ivi, 1984, p. 241; e, sui caratteri della condotta, Id., 21 ottobre 1980, D.U., ivi, 1981, p. 179; Id., 12 febbraio 2003, R. e V., in Giur. it., 2004, p. 1712, con nota di FERRARI, S., “Considerazioni sul delitto di alterazione dello status filiationis”; G.i.p. Trib. Torino, 6 febbraio 2013, C. e S., in leggiditaliaprofessionale.it.

30. Di recente, Cass., 2 ottobre 2009, n. 21094, in leggiditaliaprofessionale.it. Questo il caso. Con ricorso ex art. 95, d.p.r. n. 396/2000, il Procuratore della Repubblica – premesso che era stata dichiarata la falsità del riconoscimento del minore Caietto operato da Caio per atto notarile e che, pertanto, era doveroso disporre la cancellazione delle iscrizioni e/o trascrizioni effettuate nei registri di nascita e di cittadinanza, dipendenti dall’atto di accertamento dichiarato falso – chiede ed ottiene dal Tribunale adito la predetta cancellazione della trascrizione degli atti concernenti Caietto. Propone reclamo alla Corte d’Appello quest’ultimo, ma il provvedimento impugnato viene confermato. Osserva, in particolare, il giudice del gravame che alla dichiarazione di falsità del riconoscimento contenuta nella sentenza penale di condanna

Ma è evidente l'equivoco in cui cadono i giudici, poiché l'atto in questione non è affatto indebitamente registrato, esistendo all'epoca un atto di autoresponsabilità compiuto nelle forme previste e, quindi, produttivo di effetti, né è falsa la conseguente registrazione negli atti di stato civile. Il vizio, se di vizio si può tecnicamente parlare, non attiene agli atti del procedimento di registrazione in loro considerati, ma alla veridicità della dichiarazione effettuata dal genitore, con la conseguenza che per la rimozione dei predetti atti è sempre necessaria un'azione di stato, che è soggetta a proprie peculiari regole, concernenti soprattutto la legittimazione e i termini per l'esperimento, regole poste a tutela degli interessi fondamentali del figlio alla certezza e alla conservazione dello status, anche se non veridico, e all'affettività³¹. E il relativo provvedimento del giudice non dà luogo alla rettificazione di cui all'art. 95, d.p.r. ordinamento di stato civile, ma costituisce autonomo titolo per l'annotazione prevista nel precedente art. 49 [v., in particolare, 1° comma, lett. l), m) e o)]. Pertanto, il richiamato art. 95 non può mai riguardare l'accertamento della discendenza (art. 567 c.p. – Alterazione di stato), che può essere rimosso o costituito soltanto con un'azione di stato (accertamento di grado superiore), ma concerne altri aspetti della dichiarazione: così, ad esempio, se il figlio non è mai venuto ad esistenza e la falsità concerne l'evento nascita, ovvero, se nato, non è mai stato dichiarato (art. 566 c.p. – Supposizione o soppressione di stato), è palese che non si tratta di un problema di titolarità dello stato giuridico (che nell'un caso riguarderebbe persona inesistente e nell'altro non è mai sorto) e l'accertamento della falsità o dell'occultamento comporta l'applicazione del citato art. 95.

Né può obiettarsi che l'azione di stato sarebbe superflua e contraria a ragioni di economia processuale, poiché gli interessi del figlio appena richiamati sono fondamentali, costituzionalmente garantiti e, soprattutto, non formano oggetto di valutazione nel processo penale. Se si ritenesse diversamente, deriverebbero conseguenze abnormi, poiché sarebbe sufficiente la condanna in sede penale³² per un delitto contro lo stato di famiglia per scardinare tutto il

sistema delle azioni di stato e dell'accertamento di grado maggiore che da esse deriva. In particolare: a) si darebbe ingresso alla rimozione dello status costituito indipendentemente dalla volontà dell'interessato, creando così una palese disparità di trattamento tra quelle situazioni in cui l'inveridicità sia stata accertata in sede penale e quelle in cui detto accertamento difetti per una qualsiasi ragione; b) verrebbero completamente disattese le condizioni previste dal sistema per l'esperimento dell'azione di disconoscimento (art. 244 c.c.) e per l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità (art. 263 c.c.), coincidendo l'imprescrittibilità e la legittimazione generale soltanto nell'azione di contestazione dello stato di figlio (artt. 240 e 248 c.c.); c) si attribuirebbe alla sentenza di condanna emessa in sede penale autorità di giudicato civile sullo status con efficacia erga omnes e, quindi, anche verso chi – compreso eventualmente il figlio – non si sia costituito parte civile e, quindi, non abbia partecipato al giudizio.

Certamente l'accertamento dei fatti materiali compiuto con la sentenza penale di condanna spiega i suoi effetti preclusivi in sede civile ai sensi dell'art. 654 c.p.p. nei confronti di coloro che hanno partecipato al processo (ferma restando la possibilità di una loro autonoma valutazione qualora da essi dipenda il riconoscimento del diritto fatto valere)³³, ma il giudizio di stato è sempre necessario per l'accertamento di grado maggiore, finalizzato alla rimozione della situazione consolidata e alla costituzione di una nuova e con la prima incompatibile.

Il principio di verità biologica, oltre a trovare un limite negli altri posti a tutela dell'interesse del figlio appena richiamati, come si è accennato poco fa, potrebbe comunque risultare inidoneo ad attribuire la genitorialità nel caso di figli nati a seguito dell'introduzione di tecniche – allo stato ancora allo studio³⁴ – consistenti in manipolazioni genetiche sulla cellula uovo, anche effettuate al fine di evitare malformazioni del feto, con materiale proveniente da donna estranea alla coppia. In questo caso, i geni presenti nel nuovo soggetto sarebbero riconducibili a tre genitori (due madri e un padre), con la conseguenza che risulterebbe impossibile riferirne la discendenza biologica.

consegue necessariamente la cancellazione dai registri dello stato civile di tutti gli atti indebitamente registrati in conseguenza del riconoscimento non veridico, rientrando la fattispecie nella previsione di cui all'art. 95, d.p.r. n. 396/2000 e, precisamente, nella «cancellazione di un atto indebitamente registrato». Propone ricorso per cassazione il soccombente. La S.C. conferma il decreto, osservando che il procedimento di rettificazione di cui alla citata norma è diretto ad eliminare una difformità tra la situazione di fatto, qual è o dovrebbe essere nella realtà secondo la previsione di legge, e quale invece risulta dagli atti di stato civile per un vizio comunque e da chiunque originato nel procedimento di formazione dell'atto stesso, in quanto la funzione degli atti di stato civile è proprio quella di attestare la veridicità dei fatti menzionati nei relativi registri, ai sensi dell'art. 451 c.c.

31. Il problema, del resto, è risalente: sulle conseguenze dell'accertamento indiretto della discendenza biologica nella sentenza penale, v. Cicu A., La filiazione, op. cit., p. 239 s., il quale correttamente rilevava che la pregiudiziale civile è assoluta quando si ha controversia di stato.

32. O addirittura, secondo l'orientamento della S.C. italiana, l'accertamento dell'intervenuta prescrizione del reato, in quanto la declaratoria di falsità di un documento può essere legittimamente pronunciata anche in sede di sentenza di non luogo a procedere per prescrizione, quando essa sia stata motivatamente accertata in esito all'udienza preliminare: di recente, Cass., 23 ottobre 2012, A.N.N., in leggiditaliaprofessionale.it.

33. Sul punto, di recente, Cass., 17 novembre 2011, n. 24082, in leggiditaliaprofessionale.it, secondo cui la sentenza del giudice penale di estinzione del reato per prescrizione, emessa a seguito di dibattimento, spiega effetti nel giudizio civile, nei confronti di coloro che hanno partecipato al processo penale, in ordine alla sussistenza dei fatti materiali in concreto accertati, anche se può essere operata in sede civile una loro rivalutazione in via autonoma, qualora da essi dipenda il riconoscimento del diritto fatto valere in quella sede. Viceversa, in presenza di applicazione della pena su richiesta (c.d. patteggiamento: art. 444 c.p.p.), il giudice civile deve procedere in modo autonomo alla rivalutazione del fatto e del materiale probatorio: v. almeno Id., 18 aprile 2013, n. 9456, ivi; Id. (ord.), 6 dicembre 2011, n. 26263, ivi; Id., S.U., 31 luglio 2006, n. 17289, ivi.

34. Nel Regno Unito, dopo una serie di indagini, il 3 giugno 2014 l'Authority HFEA ha dichiarato, tra l'altro, che: a) «the evidence it has seen does not suggest that these techniques are unsafe»; b) «there are still experiments that need to be completed before clinical treatment should be offered». Nonostante la necessità di compiere ulteriori ricerche prima di passare alla sperimentazione e poi all'applicazione del metodo, la strada è tracciata e la questione ha già suscitato un acceso dibattito parlamentare, viste le implicazioni etiche e giuridiche che ne derivano: v. www.publications.parliament.uk.

Più in particolare, in applicazione degli studi compiuti in tema di clonazione, un embrione che presenta anomalie mitocondriali, viene disgregato nelle sue cellule singole (i blastomeri), dai quali si estraggono i nuclei, che vengono a loro volta trapiantati negli ovociti di un'altra donna, precedentemente enucleati, che presentano mitocondri sani. Da questo metodo, qualora desse risultati clinicamente approvati e venisse applicato, deriverebbero, tuttavia, rilevanti problemi etici e giuridici di carattere generale, vista la formazione di più embrioni identici dalla clonazione di uno iniziale [attività potenzialmente in contrasto con il divieto di cui all'art. 3, lett. d), C.d.f.U.E.]³⁵.

Analoghe difficoltà di individuazione della discendenza potrebbero verificarsi nell'uso di procedimento inverso, anch'esso in avanzata fase di sperimentazione, consistente nell'impianto di materiale mitocondriale di altra donna sull'ovocita originario, che, ovviamente, conserva il nucleo con il proprio Dna.

In entrambi i casi, ci si troverebbe di fronte a più donne fornitrici di materiale genetico. E, in proposito, non sarebbe sufficiente la previsione di divieti, poiché – come dimostrano in Italia i casi della fecondazione eterologa e della maternità surrogata – basta che il metodo sia legalmente o illegalmente praticato in qualunque paese del mondo perché il problema si presenti.

Sul piano giuridico, quindi, secondo le regole generali, il figlio avrebbe potenzialmente la possibilità di vedersi costituito il rapporto verso entrambe le donne, oltre che verso il padre: del resto, l'ordinamento già conosce situazioni di questo tipo nell'adozione in casi particolari (artt. 44 ss., l. n. 184/1983) e in quella di maggiori di età (artt. 291 ss. c.c.), nelle quali l'adottato conserva i rapporti con la famiglia di origine, trovandosi così con un doppio stato giuridico, l'uno verso i genitori biologici e l'altro verso quello adottivo.

Tuttavia, un criterio legale per l'individuazione della madre ci sembra potrebbe essere quello della prevalenza quantitativa del materiale, presente nella sua quasi totalità nel nucleo dell'ovocita e in minima parte nei mitocondri³⁶, anche se qualitativamente il Dna mitocondriale assume importanza fondamentale, soprattutto ove venga utilizzata la

tecnica dell'estrazione nucleare, in cui è proprio il nucleo ad essere innestato su altro ovocita in precedenza enucleato.

In ogni caso, un tale criterio dovrebbe subire dei temperamenti. Infatti, i metodi di cui si tratta potrebbero essere utilmente impiegati anche nel caso il cui i nuclei provengano da donna in età non più fertile o difficilmente fertile (giusta anche la possibilità di crioconservazione, in relazione alla quale negli ultimi tempi sono stati risolti notevoli problemi tecnici), che risulterebbero «rivalizzati» dalla presenza di mitocondri sani ed attivi, pur mantenendo il Dna del nucleo e, quindi, le caratteristiche fenotipiche della donna cui appartiene. In questa ipotesi, visto che il nostro ordinamento pone dei limiti di età ai potenziali genitori sia nella fecondazione medicalmente assistita (art. 5, l. n. 40/2004, secondo cui la coppia dev'essere in età potenzialmente fertile) che nell'adozione (art. 6, l. n. 183/1984, che prevede il limite massimo dei quarantacinque anni nella differenza di età tra gli adottanti e l'adottato), si potrebbe a nostro avviso dare generalmente prevalenza al materiale genetico mitocondriale, nell'interesse del nato, il cui status verrebbe ad essere costituito verso una madre avente un'età pienamente compatibile con la delicata funzione da svolgere. Certamente, però, la questione va sempre guardata nella singola fattispecie, avendo riguardo al concreto interesse del figlio, che può utilmente ricavarsi, in particolare, dagli atteggiamenti della madre «mitocondriale» e di quella «nucleare», nonché dalla eventuale presenza di uno status già costituito, con conseguente applicazione delle stringenti regole previste per l'esercizio delle relative azioni, poste a tutela degli interessi fondamentali alla certezza delle situazioni giuridiche e all'affettività, cui poco fa s'è fatto cenno.

6. Famiglia, genitorialità e paidocentrismo nel diritto attuale.

Il sistema dell'accertamento della filiazione è il frutto del bilanciamento degli interessi dei singoli soggetti che partecipano ai rapporti familiari.

La nozione di rapporto familiare e, di conseguenza, quella di titolo costitutivo di esso hanno subito in questi ultimi decenni significativi cambiamenti, che incidono fortemente sul concetto stesso di stato giuridico di figlio. Questo, infatti, non si fonda più sull'appartenenza ad un gruppo sociale in quanto tale, ma è conseguenza dell'accertamento del legame (di regola di natura biologica) che unisce il nato ad uno o più soggetti. E detto legame può essere immediato o mediato: il primo si instaura verso il genitore a seguito dell'accertamento della discendenza diretta o del riconoscimento della genitorialità sociale nei casi previsti dalla legge; il secondo è conseguenza di quello accertato verso il genitore e, quindi, del legame giuridicamente rilevante già esistente tra il genitore stesso e il titolare del rapporto con il nato, rapporto che si qualifica come parentela derivante da ascendenza o collateralità. In nessuno di due casi la titolarità discende dall'appartenenza ad un gruppo ed anzi prescinde da questa, che è conseguenza dell'accertamento e non viceversa.

35. Preziose e più dettagliate informazioni, nonché spunti di riflessione si rinvengono in MORRESI, A., "Figli in provetta di tre genitori", in *Il foglio quotidiano*, 1° marzo 2013, p. 1 [nella versione in lingua spagnola "Hijos de probeta de tres progenitores", in *Prudentia iuris. Revista del Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina*, n. 75 (2013), p. 201 ss. (consultabile anche in www.bibliotecadigital.uca.edu.ar)], che evidenzia il fatto che con il metodo menzionato si creano una serie di embrioni tutti eguali tra loro nel Dna, tanti quanti gli ovociti enucleati: non si tratta, quindi, di produrre una copia identica di un individuo (pecora Dolly), ma di formare più embrioni identici tra loro, clonando un embrione iniziale.

36. Un gamete femminile (ovocita) è una cellula che ha per il 99,9% del suo patrimonio genetico del Dna nel nucleo e lo 0,1% al di fuori di esso, nei mitocondri, che si ereditano solo per via materna (tramite appunto gli ovociti), in quanto quelli presenti negli spermatozoi si distruggono subito dopo la fecondazione e, quindi, non vengono trasmessi alle generazioni future. Per queste ragioni, le analisi comunemente praticate per stabilire la discendenza biologica sono in grado di individuare la compatibilità con il Dna nucleare, mentre riguardo a quello mitocondriale sono necessarie indagini più accurate.

La prospettiva, quindi, si è completamente rovesciata rispetto a quella che per secoli ha costituito il fondamento dei rapporti familiari, in cui era proprio l'appartenenza al gruppo ad attribuire legittimazione al singolo individuo³⁷. Essa derivava dall'applicazione dei principi del diritto romano, che aveva conservato l'idea precivica di familia come microrganismo dotato di proprie regole e soggetto al potere assoluto del capostipite (paterfamilias): in quest'ottica la legittimazione avveniva proprio per la partecipazione alla familia, che poteva derivare da legami di sangue (cognatio) ovvero dall'accrescersi alla comunità di altri membri liberi (agnatio)³⁸. E, certamente, anche il modello preso a riferimento dalla Costituzione italiana negli artt. 29 e 30 risente di questa impostazione, che si traduce nella legittimazione attribuita dall'appartenenza alla famiglia, quale società naturale (cioè costituita sull'unione affettivo-procreativa di persone di sesso diverso) fondata sul matrimonio: famiglia, appunto, legittima³⁹.

Nell'evoluzione della nostra cultura l'elemento procreativo è preminente, consentendo la perpetuazione della specie, quindi, della comunità familiare e, in prospettiva più ampia, della società civile⁴⁰. Del resto, il matrimonio cristiano, «che non senza difficoltà comincia ad entrare nell'uso del Duecento», è visto come il tentativo di porre rimedio alla concupiscenza e la copula tra uomo e donna è accettata

al fine della procreazione⁴¹. In effetti, sino al secolo XI la Chiesa si era adeguata all'assunto secondo cui «consensus fecit nuptias, non concubitus», ma in seguito – con la riforma gregoriana [operata da Papa Gregorio VII (1073-1083)] e della conseguente netta distinzione della comunità in chierici e laici, ribadita e approfondita nel I Concilio Lateranense del 1123, nonché del recepimento del modello di matrimonio in uso presso i popoli germanici (longobardi in primis), pervaso dall'idea di sottomissione della donna, il cui consenso non aveva valore – si fa strada una diversa concezione, secondo la quale, oltre alla manifestazione del consenso, è necessaria la copula carnalis⁴². Il principio, del resto, è affermato esplicitamente da Graziano nella quarta parte II della Causa XXVII del Decreto, che distingue tra matrimonio iniziato (che sorge col consenso) e matrimonio rato (che si stabilisce, invece, col successivo intervento della copula, portando così a completamento la fattispecie sul piano giuridico)⁴³.

La costruzione sopra richiamata è stata integralmente recepita dall'ordinamento canonico nel codex del 1917, che collocava il fine della procreazione al centro del sistema matrimoniale (can. 1013); costruzione in parte superata dal nuovo codex del 1983, che pone sullo stesso piano il bonum coniugum e la generatio atque educatio proles (can. 1055)⁴⁴. E un tale modello di matrimonio è alla base della cultura giuridica europea, come si ricava anche dalla giurisprudenza della Corte costituzionale italiana e da quella della Corte di giustizia dell'Unione⁴⁵.

37. Cfr. BUSNELLI, F.D., "La faticosa evoluzione dei principi europei tra scienza e giurisprudenza nell'incessante dialogo con i diritti nazionali", in Riv. dir. civ., 2009, I, spec. p. 288.

38. Sul punto v. FRANCIOSI, G., *Clan gentilizio e strutture monogamiche. Contributo alla storia della famiglia romana*, 6ª ed., Napoli, 1999, su cui la preziosa analisi di TRISCIUOGGIO, A., "Recensione a G. Franciosi, *Clan gentilizio e strutture monogamiche*, Jovene, Napoli, 1999 (6ª ed.)", in Arch. giur. Serafini, 120 (2000), p. 651 ss.; più di recente e in maniera specifica, AMUNATEGUI PERELLO, C.F., *Origen de los poderes del paterfamilias. El paterfamilias y la patria potestas*, Madrid, 2009, p. 25 ss., spec. 36 ss. e 43 ss.; e, anche con riferimento alla posizione dell'uxor in manu, FAYER, C., *La familia romana. Aspecti giuridici e antiquari*, I, «L'Erma» di Bertschneider, Roma, 1994, pp. 201 ss. e 413 ss. La potestas del paterfamilias arrivava sino allo ius vitae ac necis e al potere di compravendita dei figli (tramite mancipatio), che, sebbene considerato a partire dal diritto classico inefficace (in quanto avente ad "oggetto" uomini liberi) continuava ad essere utilizzata nella prassi: LORENZI, C., *Si quis a sanguine infantem... comparaverit. Sul commercio di figli nel tardo impero*, Università di Perugia, Perugia, 2003, p. 13 ss.; sui contenuti della potestas, con una sintesi assai efficace, GUARINO, A., *Diritto privato romano*, 2ª ed., Jovene, Napoli, 1963, p. 302 s.; più specificamente, NERAUDAU, J.P., "Il bambino nella cultura romana", in BECCHI, E., JULIA, D. (coord.), *Storia dell'infanzia*, I, Laterza, Roma-Bari, 1996, p. 30 ss. Un'approfondita analisi ricostruttiva si rinviene in PALAZZO, A., *La filiazione*, op. cit., p. 511 ss.; sui riflessi di detta impostazione sulla cultura successiva, pervasa dai principi del cristianesimo, DONATI, Alb., *La famiglia tra diritto pubblico e diritto privato*, Cedam, Padova, 2004, p. 193 ss.

39. Per un ampio quadro del dibattito in seno alla costituente, visto in chiave critica con riferimento al pensiero storico-filosofico sulla comunità familiare, DONATI, Alb., *La famiglia tra diritto pubblico e diritto privato*, op. cit., pp. 210 ss. e 239 ss., spec. p. 242 ss.

40. È quanto si ricava dall'analisi del pensiero su cui fondano le radici della civiltà giuridica che ci appartiene, da Platone (nelle opere della maturità) a Kelsen: entrambi, infatti, considerano la relazione omosessuale come "asociale", e il secondo, studiando le teorie di Freud, giunge ad affermare che detta relazione, se recepita in una norma positiva, finirebbe con l'impedire la sopravvivenza della società (v., sul punto, le importanti analisi di PALAZZO, A., "Omoaffettività e diritto in Italia e in Europa", in *Diritto e processo. Annuario giuridico dell'Università degli Studi di Perugia*, 2014, p. 44 s. (consultabile anche in www.rivistadirittoeprocesso.eu).

41. Così LE GOFF, J., *Il corpo nel Medioevo*, trad. italiana di Cataldi Villari, F., 2ª ed., Laterza, Roma-Bari, 2008, p. 27; preziosi spunti di riflessione si rinvencono negli studi di altri storici francesi, che si sono occupati della questione: DUBY, G., *I peccati delle donne nel Medioevo*, trad. italiana di Viano Marogna, G., 5ª ed., Laterza, Roma-Bari, 2008, p. 105 ss.; *Id.*, *Medioevo maschio. Amore e matrimonio*, trad. italiana di Garin, M., Laterza, Roma-Bari, 1988; v. anche DUBY G., PERROT, M. (coord.), *Storia delle donne*, II, *Il Medioevo* a cura di Klapisch-Zuber, C., trad. italiana, 8ª ed., Laterza, Roma-Bari, 2009, ove, in particolare, i contributi di CASAGRANDE, C., "La donna custodita", p. 98 ss.; L'HERMITE-LECLERCO, P., "Le donne nell'ordine feudale", p. 265 ss.; FRUGONI, C., "La donna nelle immagini, la donna immaginata", p. 424 ss.

42. Cfr. ancora LE GOFF, J., *Il corpo nel Medioevo*, op. cit., p. 28 ss.

43. V. MECONCELLI, M., "La posizione di Graziano sul matrimonio", in REALI, F. (coord.), *Graziano da Chiusi e la sua opera. Alle origini del diritto comune europeo*, Edizioni Luì, Chiusi, 2009, p. 223 ss., spec. p. 226 ss. Peraltro, il superamento in quel periodo storico della rigida concezione del peccato non è prerogativa esclusiva dell'ambito familiare: emblematico è il percorso compiuto per distinguere le usurae dal giusto profitto, su cui si rinvia a SASSI, A., "Usura pecuniaria e usura reale tra tradizione e rinnovamento del diritto civile italiano", in *Juripolis. Revista de derecho y política del Tecnológico de Monterrey*, 2/2010, p. 195 ss.

44. V. ancora PALAZZO, A., "Omoaffettività e diritto in Italia e in Europa", op. cit., p. 55 s.

45. In relazione alla prima, Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138, in Foro it., 2010, I, c. 1361, con note di ROMBOLI, R., "Per la Corte costituzionale le coppie omosessuali sono formazioni sociali, ma non possono accedere al matrimonio", e *ivi*, c. 1701, con nota di COSTANTINO, M., "Individui, gruppi e coppie (libertà illusioni passatempo)"; in Riv. dir. internaz. priv. e proc., 2010, p. 979; in *Famiglia e dir.*, 2010, p. 653, con nota di GATTUSO, M., "La Corte costituzionale sul matrimonio tra persone dello stesso sesso"; in *Giur. it.*, 2011, p. 537, con nota di BIANCHI, P., "La Corte chiude le porte al matrimonio tra persone dello stesso sesso"; in *Fam. pers. succ.*, 2011, p. 179, con nota di FANTETTI, F.R., "Il principio di non discriminazione ed il riconoscimento giuridico del matrimonio tra persone dello stesso sesso". Riguardo alla seconda cfr., in particolare, Corte giust., 31 maggio 2001, C-122/99 e C-125/99, in *Racc.*, 2001, I-04319,

7. Diritti fondamentali della persona, scelte essenziali e legittimazione intersoggettiva.

Ma l'evoluzione della normativa civilistica ha portato al superamento di un tale modello, volgendo sempre di più verso quello che potremmo definire come «individualismo dello status»⁴⁶: da una legislazione volta quasi esclusiva-

nella quale si afferma che «l'equiparazione, del resto incompleta, dell'unione stabile registrata al matrimonio in un numero limitato di Stati membri non può avere quale conseguenza di ricomprendere, per via semplicemente interpretativa, nella nozione statutaria di "funzionario coniugato" persone soggette a un regime di diritto distinto dal matrimonio» v. PALAZZO, A., "Famiglia e paidocentrismo tra carta dei diritti fondamentali e ordinamenti civili", in PALAZZO A., PIERETTI A. (coord.), *Incontri assisani nell'attesa di Benedetto XVI*, Iseg, Roma-Perugia, 2011, p. 73 s.

46. V. già DALLA TORRE, G., "Famiglia senza identità?", in *Iustitia*, 2012, I, p. 129, secondo il quale «sembra esservi una tendenza sempre più forte al superamento del matrimonio come luogo costitutivo degli status».

Preferiamo utilizzare l'espressione «individualismo dello status» in luogo di altre che pure risulterebbero appropriate, significando così sottolineare la tendenza a considerare prevalenti i diritti, i fini, le iniziative e le azioni del singolo individuo su quelli del gruppo, mutuando i fondamenti posti alla base della dicotomia, proposta su larga scala (nei rapporti tra cittadino e Stato), per distinguere l'individualismo dal socialismo o dallo statalismo, dicotomia che ha impegnato gli studiosi e gli intellettuali essenzialmente a cavallo tra i secoli XIX e XX e che, in campo giuridico, si è tradotta in particolare in quella tra homo e persona, e, in prospettiva più ampia, tra giusnaturalismo e giuspositivismo e, quindi, in definitiva nella possibilità per lo Stato di intervenire nello svolgimento delle relazioni interpersonali: cfr. specificamente, in tempi risalenti, BIONDI, U., *Individualismo o socialismo? Problemi di legislazione sociale*, S. Lapi, Città di Castello, 1887, spec. p. 6 ss.; tra i civilisti spiccano le pagine di GIANTURCO, E., *L'individualismo e il socialismo nel diritto contrattuale. Prolusione al corso di diritto civile letta nella R. Università di Napoli*, Luigi Pierro Ed., Napoli, 1891, spec. p. 12 ss.; e, in relazione all'importanza delle codificazioni, di CIMBALI, E., "Lo studio del diritto civile negli Stati Moderni. Prolusione letta nella R. Università di Roma", in *Id.*, *Studi di dottrina e giurisprudenza civile*, S. Carabba Ed., Lanciano, 1889, spec. p. 21 ss.; in tempi recenti tali questioni sono state approfondite su larga scala da DONATI, Alb., *Diritto naturale e globalizzazione*, Aracne, Roma, 2007, p. 225 ss.; *Id.*, "Homo e Persona. Inherent Dignity and Menschenwürde", in AA.VV., *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana. XVII Convegno internazionale in onore di Giuliano Crifo*, Aracne, Roma, 2009, I, p. 73 ss.; *Id.*, *Scienza della natura ed etica*, con prefazione di Perna, T. e postfazione di Cozzetto, F., Rubettino, Soveria Mannelli, 2014, p. 191 ss.; in chiave storica, ma con uno sguardo anche ai rapporti familiari, ALESSI, G., *Il soggetto e l'ordine. Percorsi dell'individualismo nell'Europa moderna*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 31 ss. e 85 ss. Con ciò, ovviamente, non si intende riprendere il percorso compiuto dallo «status» al «contratto» e viceversa, che anzi, come si vedrà, risulta così superato, né affermare che i rapporti familiari interpersonali valgono per il diritto indipendentemente dalla loro istituzionalizzazione o formalizzazione (così, in termini generali, MESSINETTI, D., *Diritti della famiglia e identità della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 149), poiché è proprio l'accertamento che costituisce lo status e, quindi, il rapporto di filiazione rilevante per il diritto civile, senza il quale il nato viene tutelato come «individuo», ma non come «figlio».

La dottrina più avveduta ha da ultimo evidenziato i rischi della tendenza ad individualizzare lo status e la necessità di uscire da una logica di contrapposizione degli interessi familiari per accedere ad un "equilibrio delle libertà", dove il concetto di status va inteso quale formula comprensiva di diritti e doveri reciproci e coesistenziali (MAZZU, C., *La logica inclusiva dell'interesse legittimo nel rapporto tra autonomia e sussidiarietà*, op. cit., p. 248). Ma la strada è tracciata: reciprocità e coesistenzialità sussistono nei rapporti interpersonali tra i componenti della famiglia e non verso il gruppo sociale di appartenenza; v. già PALAZZO, A., *La filiazione*, op. cit., p. 257, che parla di astrattezza del rapporto organico tra il membro e il gruppo, se non si ha riguardo ai rapporti organici tra i membri; e PERLINGIERI, P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, op. cit., pp. 669 e 919 ss., secondo il quale è la famiglia ad essere funzionale alla realizzazione delle esigenze

mente alla salvaguardia dell'unità della famiglia legittima⁴⁷, e orientata, in ultima analisi, alla tutela del patrimonio familiare, si è passati ad attribuire rilevanza allo stato di figlio in quanto tale, sia verso il genitore che verso i parenti⁴⁸. In altri termini, il vincolo da uno stesso stipite di cui all'art. 74 c.c. italiano deriva soltanto dal compiuto accertamento della discendenza dei singoli individui, senza che assuma rilevanza l'esistenza del matrimonio e, quindi, la presenza di una famiglia legittima.

Pertanto, lo stato di filiazione si identifica non più tanto nel rapporto organico tra il membro e la famiglia di appartenenza, ma essenzialmente nel rapporto che lega il figlio al genitore e, conseguentemente, ai parenti.

Questo modello di filiazione ha trovato attuazione anche nelle fonti dell'Unione Europea, in cui, del resto, è ancora più sentita l'esigenza di non aderire ad una tipologia predefinita di famiglia, diversa nei vari Stati e nelle

individuali e non viceversa. Per una rimeditazione del concetto di status anche nell'ambito delle relazioni familiari, MAZZU, C., "Riflessioni sullo status tra passato e futuro", in *Riv. notariato*, 2009, p. 1135 ss.; STEFANELLI, S., "Status e modelli procreativi nel sistema attuale", in CIPPITANI, R., STEFANELLI, S. (coord.), *La parificazione degli status di filiazione*, op. cit., p. 51 ss.; in prospettiva europea, CIPPITANI, R., "Riforma dello status e fonti comunitarie", *ivi*, p. 119 ss.; COLCELLI, V., "Status di minore e status individuali nell'Unione Europea", *ivi*, p. 153 ss.; più in generale, sul concetto di status in chiave attuale, di recente, ALPA, G., "Status", in ÁLVAREZ LEDESMA, M.I., CIPPITANI, R. (coord.), *Diccionario analítico de derechos humanos e integración jurídica*, op. cit., p. 649 ss.

47. Su cui PERLINGIERI, P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, op. cit., p. 929 ss. La preminenza dell'interesse dei figli, anche se nati fuori del matrimonio, sulle esigenze della famiglia legittima era già sottolineata da Giocchino Scaduto ancor prima dell'emissione della Carta costituzionale: cfr. SCADUTO, G., "Note sul regolamento della filiazione naturale secondo il progetto del Libro I del cod. civ.", in *Annali dell'Istituto di scienze giuridiche, economiche e sociali della Regia Università di Messina*, V. Messina, a.a. 1930-31, p. 5 ss., ora in *Id.*, *Diritto civile a cura di Palazzo, A.*, Università di Perugia, Perugia, 2002, p. 759 ss.; e, successivamente, *Id.*, "Filiazione naturale, famiglia legittima e adozione", in *Iustitia*, 1965, p. 43 ss., ora in *Id.*, *Diritto civile*, op. cit., p. 777 ss. La crisi dell'unità familiare è da tempo sottolineata dalla dottrina che si occupa di pedagogia dell'educazione, che parla di «famiglia frammentata» o di «famiglia segmentata», significando la tendenza ad armonizzare sempre meno ciò che rappresenta il bene personale di ciascun individuo con il bene comune: v. MOLLO, G., "L'etica nella famiglia", in *La famiglia. Bimestrale di problemi familiari*, n. 186 (1997), p. 7 ss.

48. V., di recente, SESTA, M., "Stato unico di filiazione e diritto ereditario", op. cit., p. 7 ss., il quale avanza dubbi sulla compatibilità del modello unificato di filiazione con l'art. 29 Cost. italiana, dubbi che possono a nostro avviso essere superati soltanto in considerazione dei caratteri attuali dello stato di figlio, costruito come relazione intersoggettiva, che prescinde, quindi, dal modello di famiglia fondata sul matrimonio e, come tale, non la influenza, tanto più che la tutela della famiglia legittima va sempre vista in relazione alla rilevanza dell'affettività (PALAZZO, A., *La filiazione*, op. cit., spec. p. 584) e che l'interesse del minore è sempre preminente (art. 24, 2° comma, C.d.f.U.E.). Infatti, l'esistenza del rapporto genitoriale (e parentale), costruito come del tutto svincolato dalla presenza di legami tra gli autori della procreazione, non incide in nessun caso sulla situazione familiare eventualmente presente, non ricevendo da essa alcuna legittimazione: è soltanto l'accertamento della genitorialità biologica (o sociale nei casi previsti dalla legge) a determinare la costituzione dello stato di filiazione. Le considerazioni che precedono valgono anche nel caso di filiazione parentale, ove la costituzione è subordinata all'autorizzazione del giudice (artt. 251 e 278 c.c.), dovendo esso valutare soltanto l'interesse del figlio, prescindendo dai valori di unità della famiglia legittima e di tutela dell'affettività dei suoi membri.

varie culture⁴⁹. Così, ad esempio, il citato reg. n. 2201/2003, si occupa di disciplinare i rapporti interpersonali tra il figlio, i genitori e i parenti a prescindere dall'esistenza e dalle vicende della comunità familiare.

L'individualismo dello status ha come conseguenza la coesistenza reciproca di più situazioni giuridiche fondamentali⁵⁰, aventi caratteristiche peculiari poiché inerenti alle qualità della persona e allo sviluppo di essa, sebbene con implicazioni anche di natura patrimoniale (diritti patrimonialmente neutri). Esse assumono rilevanza per il diritto in quanto inserite in un rapporto interpersonale, che prescinde dall'appartenenza ad un gruppo. E proprio detta coesistenza reciproca tra diritti fondamentali dell'individuo – che sono sempre prevalenti rispetto a quelli eventuali del gruppo in quanto tale, giuridicamente tutelati solo se coincidenti o conseguenti a quelli dei singoli – impone al sistema di operare un bilanciamento tra gli stessi, attribuendo preminenza all'uno o all'altro, e agli interpreti di orientare la propria attività in questo senso, avendo riguardo essenzialmente all'interesse del minore, soggetto debole.

Ma quali sono questi diritti fondamentali che vengono in rilievo e qualificano il rapporto di filiazione?

Le situazioni che assumono valenza sono essenzialmente tre: il diritto alla discendenza del genitore; il diritto alla genitorialità e alla parentela del figlio; il diritto alla cura e all'ascolto del minore.

8. Diritto alla discendenza.

Il diritto alla discendenza può configurarsi sotto un duplice profilo, positivo e negativo: A) quello ad avere una prole (anche indipendentemente dalla trasmissione dei propri geni), così da realizzare completamente la propria personalità e appagare il desiderio di paternità o maternità; B) quello della madre alla non genitorialità (che spiega effetto anche nella sfera giuridica del padre), tramite l'accesso alla interruzione volontaria della gravidanza o l'esercizio dell'anonimato.

A) Il diritto del genitore ad avere ed allevare la prole ha subito a partire dalla fine del secolo scorso un'importan-

49. V. PALAZZO, A., "Familia (en la jurisprudencia del Tribunal de justicia de la Unión Europea)", in ÁLVAREZ LEDESMA, M.I., CIPPITANI, R. (coord.), *Diccionario analítico de derechos humanos e integración jurídica*, op. cit., p. 259 ss.

50. In argomento risulta essenziale l'approfondimento compiuto dalla dottrina più autorevole sul diverso atteggiarsi delle situazioni giuridiche soggettive, ove si sottolinea che, rispetto allo schema del diritto soggettivo patrimoniale (es. diritto di proprietà), la protezione della qualità della persona (che si esplica nel diritto civile in quelli che abbiamo definito «diritti patrimonialmente neutri») segue uno schema affatto differente; ciò è dovuto al fatto che la legge non protegge solo le qualità di determinate persone, ma protegge tutte le qualità di tutti i soggetti giuridici; la tutela, pertanto, è condizionata ad una valutazione comparativa concernente la prevalenza, in una fattispecie data, di un determinato interesse, rispetto agli interessi di altri soggetti; detta valutazione, che si concreta nella soluzione di un conflitto di interessi, è immanente nella tematica della protezione della qualità della persona: RUSSO, E., Il concetto di diritto soggettivo, in DONATI, ALB., GARILLI, A., MAZZARESE, S., SASSI, A. (coord.), *Diritto privato. Studi in onore di Antonio Palazzo*, op. cit., 1, p. 656 ss.

te implementazione, dovuta alla introduzione di tecniche biogenetiche sempre più sofisticate, che di qui a pochi anni – come si è accennato – consentiranno addirittura l'utilizzazione di gameti provenienti da più di due soggetti. Tuttavia, anche attualmente i problemi non mancano e non sono di pronta soluzione, esulando dal mero campo giuridico e coinvolgendo questioni etiche molto delicate.

In precedenza, il diritto alla genitorialità dell'adulto era assicurato, o dall'accertamento della discendenza biologica conseguente al concepimento naturale o dal ricorso alle procedure di adozione. Ma oggi, con l'accesso alle tecniche di fecondazione assistita, v'è la possibilità di produrre una discendenza, sia con materiale genetico proprio (fecondazione omologa), sia facendo ricorso a gameti di donatori (fecondazione eterologa). La regolamentazione giuridica ha, dunque, preso atto di queste nuove possibilità offerte dalla scienza biomedica, ed ampliato il diritto alla genitorialità dell'adulto, riconoscendolo (al di fuori dell'adozione) anche a quei soggetti affetti da sterilità e infertilità: detto riconoscimento, tra l'altro, è alla base della recente sentenza con cui la Corte costituzionale italiana ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa contenuto nell'art. 4 (e, di conseguenza, dell'art. 9, nelle disposizioni che lo richiamano) della citata l. n. 40/2004, nella parte in cui stabilisce per la coppia di cui all'art. 5, 1° comma, della medesima legge il divieto di ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, qualora sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute e irreversibili⁵¹.

Un caso molto delicato di esercizio del diritto alla genitorialità da parte dell'adulto si ha in presenza di malformazioni diagnosticate del feto, poiché la scelta consapevole dei proseguire nella gravidanza impone al nato un'esistenza limitata, comprimendo il suo interesse a condurre una vita piena. Come si vede, la questione delle qualità dei soggetti coinvolti comporta un difficile bilanciamento tra diritti fondamentali della persona. E detto bilanciamento ci sembra non possa mai portare ad una tutela risarcitoria, ma l'eventuale ristoro può al più essere pervaso dalla logica dell'indennizzo: nessuno può, infatti, imporre alla donna di interrompere la gravidanza, né la nascita di una persona, anche se malformata, può essere in sé qualificata come fatto illecito⁵²; tuttavia, è indubbio che l'esercizio, ripetiamo lecito, del diritto dell'adulto comporta per il nato l'accesso ad un'esistenza decurtata e il sacrificio del suo interesse fondamentale non può restare privo di conseguenze giuridiche.

B) Il diritto alla genitorialità ha, come detto, anche un contenuto negativo. La donna, infatti, può (in Italia ai sensi della l. n. 194/1978) interrompere la gravidanza con propria decisione autonoma (o presa con il padre del concepito qualora ella consenta), facendo ricorso a tecniche

51. Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, in Guida dir., 27/2014, p. 16, con nota di PORRACCIOLLO, A., "Illegittima la norma sulla «Pma» di tipo eterologo che vieta il donatore esterno in caso di infertilità. Un divieto non giustificabile dell'ordinamento se ostacola la realizzazione della genitorialità".

52. V. PALAZZO, A., *La filiazione*, op. cit., p. 130 ss.

interventistiche o mediante uso di farmaci appositi (c.d. pillola del giorno dopo), ad opera o con il controllo di personale sanitario.

La legge, quindi, consente di sottrarsi alla genitorialità nei casi da essa previsti, evitando di incorrere nella responsabilità da atto lecito della procreazione.

Analogo risultato si ottiene, sul piano della responsabilità genitoriale, con il ricorso all’anonimato, ma va tenuto presente che esso non preclude l’accertamento successivo alla nascita quando siano note o vengano in qualche modo scoperte le origini biologiche. E detto accertamento può, nella legislazione italiana, essere diretto o indiretto.

Per potersi accedere al primo, non deve essere intervenuta sentenza di adozione, che, ex art. 27 della citata l. n. 184/1983, recide i rapporti con la famiglia di origine, rendendo impossibile il successivo accertamento diretto della discendenza biologica. Ma, se la pronuncia non c’è stata, si può agire in giudizio facendo valere lo stato di matrimonialità del figlio attraverso le azioni di reclamo o di contestazione (artt. 239 e 240 c.c.), o quello di non matrimonialità con la dichiarazione giudiziale della genitorialità (art. 269 c.c.).

Viceversa, l’accertamento indiretto è sempre possibile e il figlio può esercitare il diritto patrimoniale all’assegno per il mantenimento, l’istruzione e l’educazione verso il genitore biologico o i suoi successori, se questi premuore (artt. 279, 580 e 594 c.c.).

Come si vede, l’anonimato impedisce soltanto l’accertamento di stato contestuale alla nascita verso la partoriente (e nella quasi totalità dei casi nei confronti del padre biologico, che potenzialmente potrebbe procedere a riconoscimento ex art. 254 c.c., ma sconosce il verificarsi dell’evento), la quale non viene nominata né nel certificato di assistenza al parto, né nella dichiarazione, né, di conseguenza, nell’atto di nascita, e il segreto è assicurato nella legislazione italiana dagli artt. 28, l. adozione e 93, d.lg. 30 giugno 2003, n. 196 sulla protezione dei dati personali⁵³. Tuttavia, l’anonimato, sebbene inibisca l’accesso (legale) alle informazioni contenute nella cartella clinica e, quindi, anche all’identità della partoriente, non preclude, né può precludere giusta il tenore dell’art. 24 Cost., l’accertamento giudiziale della filiazione.

9. Diritto del figlio alla genitorialità e alla parentela.

Il diritto alla genitorialità può essere analizzato anche nella prospettiva filiale. Questo, per il suo pieno sviluppo, ha un interesse fondamentale ad instaurare relazioni affettive durature con un genitore (diritto alla genitorialità), o me-

glio ancora con entrambi i genitori (diritto alla bigenitorialità), che debbono assicurargli mantenimento, istruzione ed educazione adeguati.

Il nato, infatti, deve avere la possibilità di crescere con i genitori, preferibilmente biologici, ovviamente in un ambiente sano, che consenta uno sviluppo pieno della personalità e delle sue inclinazioni, come, del resto enunciato anche nel Titolo I della legge italiana sulla adozione (l. n. 184/1983).

Tuttavia, il diritto alla genitorialità assume connotati differenti in presenza della minore età del figlio, poiché esso rileva non soltanto nella fase costitutiva del rapporto, ma soprattutto in quella esecutiva, con particolare riferimento all’esercizio della responsabilità genitoriale e all’affidamento, che può essere condiviso, o attribuito alternativamente all’uno o all’altro dei genitori se ciò risponde all’interesse del minore, e viene mantenuto anche in caso di affidamento ex art. 5, l. adozione. Ed è importante che il rapporto permanga verso entrambi i genitori, attuando così pienamente il diritto alla bigenitorialità⁵⁴.

Ancora una volta è il diritto dell’Unione Europea a costituire il fondamento di questa situazione soggettiva patrimonialmente neutra. Il richiamato art. 24 C.d.f.U.E., al 3° comma, sancisce il diritto del minore ad intrattenere relazioni personali e contatti diretti con entrambi i genitori e il citato reg. n. 2201/2003 si preoccupa di assicurare il rispetto di tale diritto nella crisi dei rapporti familiari.

L’ordinamento italiano tende ad assicurare il diritto alla bigenitorialità sia nella fase fisiologica di attuazione del rapporto filiale, attribuendo la responsabilità ad entrambi i genitori (artt. 316 ss. c.c.), sia in quella patologica dei rapporti tra gli stessi, con la regola dell’affidamento condiviso (artt. 337 bis ss. c.c.).

Il limite alla bigenitorialità è dato soltanto dall’interesse preminente del figlio, che può portare ad una pro-

54. Gli studi di psicologia infantile hanno dimostrato l’importanza di quello che i ricercatori del c.d. «Gruppo di Losanna», a partire dagli anni Ottanta del secolo scorso, definiscono «triangolo primario». Secondo questa concezione, la funzione paterna trova piena espressione ed attuazione soltanto se la cornice di riferimento è triadica, con la conseguenza che essa non è meramente secondaria e di supporto alla relazione tra madre e bambino, ma è significativa in quanto tale, essenziale e preziosa, piena di valore in quanto partecipa direttamente alla determinazione di un campo relazionale unico, che sussiste anche grazie alla sua presenza; in altri termini, una figura materna con date caratteristiche non può esistere verso il bambino senza una specifica figura paterna e, allo stesso modo, la relazione tra madre e bambino, non solo risulta influenzata dalla figura del padre, ma è da questa fortemente arricchita: ciò è espressione di quella che viene definita «Gestalt relazionale complessa», cui partecipano padre, madre e bambino: cfr., in particolare, SALONIA, G., «Dal noi all’io-tu. Contributo per una teoria evolutiva del contatto», in *Quaderni Gestalt*, 8-9/1989, p. 45 ss.; Id., «Tempo e relazione. L’intenzionalità relazionale come orizzonte ermeneutica della Gestalt Terapia», ivi, 14/1992, p. 7 ss.; STERN, D.N., «One way to build a clinically relevant baby», in *Infant mental health journal*, 1/1994, pp. 9-25; FIVAZ DEPEURSINGE, E., CORBOZ WARNERY A., Il triangolo primario. Le prime relazioni triadiche tra padre, madre e bambino, ed. italiana con prefazione di Stern, D.N. e introduzione di Zavattini, G.C. Raffaello Cortina Ed., Milano, 2000; SPAGNOLO LOBB, M. (coord.), *Psicoterapia della Gestalt*, 2ª ed., Franco Angeli, Milano, rist. 2010.

53. Sulla questione, come accennato, è intervenuta di recente la Corte costituzionale italiana, sanzionando il sistema nella parte in cui non prevede la possibilità di ripensamento della partoriente, ma sostanzialmente confermando la legittimità della previsione del diritto all’anonimato della stessa: Corte cost., 22 novembre 2013, n. 278, cit.

nuncia di decadenza dalla responsabilità nei confronti di colui che abbia gravemente mancato ai propri doveri (art. 330 c.c.), ovvero all'affidamento esclusivo ad uno solo dei genitori (art. 337 quater c.c.), affidamento, tuttavia, inidoneo a recidere i legami con l'altro, che mantiene il diritto a partecipare allo sviluppo del minore, ivi compreso anche il c.d. diritto di visita⁵⁵.

Il diritto alla genitorialità va in ogni caso guardato anche in relazione a quello degli altri figli, dovendosi contemporaneamente le esigenze e dare protezione agli interessi di quei soggetti che abbiano la titolarità del rapporto verso il medesimo o i medesimi genitori. In questo senso, il rapporto di parentela, che si instaura per la discendenza da uno stesso stipite, costituisce un limite al diritto alla genitorialità del singolo e realizza nei rapporti interpersonali quel bilanciamento delle situazioni giuridiche fondamentali relative alla qualità delle persone.

L'interesse del figlio a stabilire relazioni interpersonali giuridicamente rilevanti con i consanguinei non si esaurisce con la piena attuazione del diritto alla genitorialità, ma trova il suo naturale completamento nel diritto ad intrattenere rapporti con gli altri parenti, anch'esso fondamentale.

Quest'ultimo è stato oggetto di particolari attenzioni da parte del legislatore italiano dell'ultima riforma, che ha sancito legalmente, in particolare attraverso le modifiche agli artt. 74 e 258 c.c., la rilevanza del rapporto a prescindere dall'esistenza o meno di una famiglia legittima, ad ulteriore conferma di quel processo di individualizzazione dello status cui in precedenza s'è fatto cenno. Il compilatore attuale, infatti, ha recepito integralmente le osservazioni compiute in dottrina⁵⁶, così definitivamente superando l'orientamento teso a distinguere la parentela dalla consanguineità, che riteneva la prima legata esclusivamente alla costituzione dello status di figlio matrimoniale⁵⁷.

Oltre alle modifiche agli artt. 74 e 258 c.c., con cui si è opportunamente precisato l'ambito della parentela e gli effetti del riconoscimento, si è eliminato ogni riferimento alla natura matrimoniale della filiazione contenuto nei precedenti artt. 565 ss. c.c., riconoscendo così espressamente il reciproco diritto del figlio e dei parenti del genitore, che ha effettuato il riconoscimento o che è stato dichiarato come tale, a partecipare ab intestato alle rispettive successioni.

Si tratta di orientamento che privilegia la persona rispetto alla famiglia e che si giustifica nei limiti in cui la tu-

tela di quest'ultima non è strumento di tutela della prima: di conseguenza, si è interpretato restrittivamente il limite dei diritti dei membri della famiglia legittima, posto dall'art. 30 Cost., in relazione alla parificazione dei figli non matrimoniali⁵⁸, tanto più che, come correttamente sottolineato, la tutela costituzionale della famiglia legittima ha un senso soltanto se riferita all'unità affettiva tra i membri che la compongono⁵⁹.

Le considerazioni che precedono valgono anche nell'adozione legittimante, poiché, in base agli artt. 6 ss. l. adozione, il minore acquista lo stato di figlio matrimoniale degli adottanti, e la rilevanza dello status si estende, oltre che ai parenti in linea retta dei genitori adottivi, anche a quelli in linea collaterale.

10. Il diritto del minore all'ascolto e alla condivisione delle decisioni che lo riguardano.

Il mutamento di maggiore rilievo che si è perpetrato in questi ultimi decenni riguarda il pieno riconoscimento del diritto del minore alla cura e all'ascolto.

Si tratta di una rivoluzione culturale, prima ancora che giuridica, con riferimento alla posizione della prole: questa, da sempre considerata nella storia del diritto civile come «oggetto» del potere paterno, diviene la figura centrale del nuovo diritto di famiglia, che per tale ragione è stato qualificato dalla migliore dottrina come «diritto paidocentrico»⁶⁰.

Anche nel diritto delle persone e della famiglia le attenzioni maggiori da parte del sistema si sono sempre indirizzate verso situazioni giuridiche a carattere patrimoniale: attraverso la previsione dell'incapacità di agire e della potestà (prima patria, poi genitoriale), e del relativo potere di rappresentanza, ci si preoccupava essenzialmente di tutelare il patrimonio del minore e di assicurare la sua crescita nel contesto dell'unità familiare. Soltanto negli ultimi tempi si è assistito ad una maggiore attenzione per tutte quelle attività legate all'infanzia, prima considerate marginali, attività al cui indirizzo il minore deve partecipare attivamente dovendosi tenere conto della sua opinione in relazione alla capacità di discernimento e al grado di maturità raggiunto.

Una forte spinta in questo senso è stata fornita dal

55. V. il più volte richiamato reg. n. 2201/2003, che, all'art. 2, n. 10, lo definisce come «il diritto di condurre il minore in un luogo diverso dalla sua residenza per un limitato periodo di tempo».

56. Per tutti, PALAZZO, A., *La filiazione*, op. cit., p. 578 ss.

57. Orientamento che era stato di recente ribadito da Corte cost., 23 novembre 2000, n. 532, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 591, con nota di BIANCA, C.M., "I parenti naturali non sono parenti? La Corte costituzionale ha risposto: la discriminazione continua"; in *Famiglia e dir.*, 2001, p. 361, con nota di FERRANDO, G., "Principio di eguaglianza, parentela naturale e successione"; in *Corriere giur.*, 2001, p. 1034, con nota di GUERINONI, E., "La Corte costituzionale ancora sulla successione legittima dei parenti naturali"; in *Famiglia*, 2001, p. 498, con nota di DELLA CASA, M., "La vocazione a succedere dei parenti naturali tra garanzie costituzionali e normativa codicistica".

58. In questi termini, PALAZZO, A., SASSI, A., *Trattato della successione e dei negozi successori*, 1, *Categorie e specie della successione*, op. cit., p. 454 s.; e v. prima DEL PRATO, E., "Matrimonio, famiglia, parentela: prospettive di inizio secolo", in DONATI, Alb., GARILLI, A., MAZZARESE, S., SASSI, A. (coord.), *Diritto privato*. Studi in onore di Antonio Palazzo, op. cit., 2, spec. p. 235, che prospetta l'astratta possibilità di una parentela senza legami familiari, superando il sistema in cui essa è un riflesso del matrimonio e, appunto, della famiglia.

59. V. ancora PALAZZO, A., *La filiazione*, op. cit., p. 584.

60. PALAZZO, A., *La filiazione*, op. cit., spec. p. 547 ss.; CIAN, G., "Recensione ad Antonio Palazzo, *La Filiazione*, Giuffrè, Milano, 2007 (1ª ed.)", in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, spec. pp. 482 e 485. Sull'evoluzione della posizione del figlio nella cultura europea, v. ancora PALAZZO, A., *La filiazione*, op. cit., p. 509 ss.; e lo., "Famiglia e paidocentrismo tra carta dei diritti fondamentali e ordinamenti civili", op. cit., p. 77 s.; lo., "Famiglia", op. cit., p. 262 s.

diritto dell'Unione Europea. È il caso dell'istruzione e della formazione, considerate cruciali nel processo di integrazione, un tempo esclusivamente deputate alla preparazione al lavoro e alla vita sociale e totalmente estranee al diritto civile, e oggi contemplate in Europa nelle fonti comunitarie, con particolare riferimento a quelle riconducibili alla Strategia di Lisbona, al Processo di Bologna e al Processo di Copenaghen. Nel diritto attuale si abbandona l'idea che l'educazione e l'istruzione debbano concernere essenzialmente una fase della vita individuale o un aspetto limitato della collettività, per affermare l'esistenza di vere e proprie situazioni giuridiche soggettive patrimonialmente neutre, immediatamente tutelabili sul piano individuale, ma rilevanti anche per la comunità: istruzione e formazione, unitamente alla ricerca, sono i principali strumenti su cui si fonda la «Società della conoscenza»⁶¹.

Ciò posto, il diritto del minore ad essere ascoltato nelle situazioni della vita che lo riguardano e che incidono sulla sua esistenza possiede un contenuto complesso. Esso non comprende soltanto il diritto all'ascolto propriamente inteso, ma anche quello alla manifestazione di volontà consapevole, con effetti preclusivi sulla costituzione dello stato di filiazione: ciò, riguardo al riconoscimento, si traduce nella necessità di acquisire il necessario consenso del figlio ultra quattordicenne, la cui mancanza ha, appunto, effetti impeditivi (art. 250, 2° comma, c.c.)⁶².

61. Cfr. CIPPITANI, R., "Il diritto privato della società dell'informazione e della conoscenza", in PALAZZO, A., SASSI, A. (coord.), *Diritto privato del mercato*, Iseg, Roma-Perugia, 2007, p. 165 ss. L'importanza dell'ascolto è fondamentale anche sul piano pedagogico, costituendo il fondamento del dialogo, situazione imprescindibile per il funzionamento delle relazioni familiari: cfr. MOLLO, G., "Comunicare in famiglia", in *Il nodo. Scuole in rete*, anno 12° (2009), p. 38 s. (consultabile anche in www.basilicata.istruzione.it).

62. Peraltro, il giudice può desumere argomenti contrari all'ammissibilità del riconoscimento posteriore anche dall'ascolto del minore ancora non legittimato all'assenso: cfr. Trib. min. Bologna, 23 aprile 2005, in leggiditalia-professionale.it, secondo cui, sebbene il riconoscimento del figlio sia diritto soggettivo primario del genitore e si presuma lo specifico interesse del minore al riconoscimento, nel giudizio di opposizione, qualora il minore adolescente – non ancora legittimato all'assenso ex art. 250, 2° comma, c.c. – manifesti consapevolmente e in piena autonomia contrarietà al riconoscimento del secondo genitore, il diritto soggettivo di quest'ultimo non può prevalere al punto di recare pregiudizio psicofisico alla prole: concetti che si rinvergono anche nella giurisprudenza della S.C., espressi essenzialmente in merito all'autorizzazione prevista dall'art. 274 c.c., dichiarato incostituzionale (da Corte cost., 10 febbraio 2006, n. 50, in *Giur. it.*, 2006, p. 2242; in *Foro it.*, 2006, I, c. 966; in *Notariato*, 2006, p. 250; in *Famiglia e dir.*, 2006, p. 237, con nota di SESTA, M., "L'incostituzionalità dell'art. 274 c.c.: è ancora possibile la delibazione dell'interesse del minore"; in *Fam. pers. succ.*, 2006, p. 403, con nota di BASINI, G.F., "La morte del Minotauro: la Consulta dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 274 c.c.": in *Corriere giur.*, 2006, p. 497, con nota di CARBONE, V., "Paternità naturale: incostituzionale la fase preliminare del giudizio"; in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 503, con nota di D'ALESSIO, A., "Quali prospettive per il giudizio di riconoscimento della paternità e maternità dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 50/2006?"; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, p. 172, con nota di ASTONE, A., "La declaratoria di incostituzionalità dell'art. 274 c.c.: solo l'interesse del minore può impedire la ricerca della paternità biologica"; secondo Cass., 11 settembre 2012, n. 15158, in *Famiglia e dir.*, 2013, p. 306, in tema di dichiarazione giudiziale di paternità, la contrarietà all'interesse del minore sussiste solo in caso di accertamento di una condotta del preteso padre tale da giustificare una dichiarazione di decadenza dalla potestà genitoriale, ovvero di prova dell'esistenza di gravi rischi per l'equilibrio affettivo e psicologico del minore e per la sua collocazione sociale; conf., ad esempio, Id., 19 aprile

Il diritto all'ascolto propriamente inteso si esplica: a) nella libertà di pensiero; b) nel dialogo; c) e, soprattutto, nell'ascolto da parte dei genitori e delle autorità e nella conseguente partecipazione alle decisioni⁶³.

Anche se le Costituzioni europee del secolo scorso non contemplano disposizioni specifiche riguardanti il minore, la dottrina europea ha sottolineato che l'esercizio dei diritti e delle libertà fondamentali, anche in applicazione del fondamentale principio di eguaglianza sostanziale tra i soggetti di diritto, deve essere ricondotto nell'alveo della capacità di intendere e di volere, cioè a dire – con espressione più moderna e meno orientata a logiche di diritto patrimoniale – di discernimento, ritenendosi irrilevante la capacità di agire e quindi la maggiore età dell'interessato⁶⁴. Ma è con

2010, n. 9300, cit.; Id., 11 marzo 2003, n. 3548, in *Arch. civ.*, 2004, p. 382; Id., 26 luglio 2002, n. 11041, in *Giur. it.*, 2003, p. 1138, con nota di BELLOMIA, V., "Ancora sulla fase di ammissibilità ex art. 274 c.c. e interesse del minore"; in *Arch. civ.*, 2003, p. 810.

63. Il minore è portatore di un proprio interesse anche nell'ambito del procedimento giurisdizionale, con la conseguenza che la sua audizione non è atto istruttorio, come può essere l'escussione di un teste e il mancato ascolto costituisce una violazione del principio del contraddittorio e dei principi che regolano il giusto processo (Cass., S.U., 21 ottobre 2009, n. 22238, in *Foro it.*, 2010, I, c. 903; in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 1415, con nota di DANOVI, F., "L'audizione del minore nei processi di separazione e divorzio tra obbligatorietà e prudente apprezzamento giudiziale"; in *Famiglia e dir.*, 2010, p. 364, con nota di GRAZIOSI, A., "Ebbene sì, il minore ha diritto di essere ascoltato nel processo"; di recente, Id., 5 marzo 2014, n. 5237, in leggiditalia-professionale.it; Id., 5 marzo 2014, n. 5098, in *Famiglia e dir.*, 2014, p. 389; Id., 15 maggio 2013, n. 11687, in *Foro it.*, 2013, I, c. 1839; in *Giur. it.*, 2014, p. 294, con nota di AIROLA TAVAN, L., "L'ascolto del minore nei procedimenti di separazione dei coniugi da dovere del giudice a diritto del figlio"; App. Catania, 12 dicembre 2013, in leggiditalia-professionale.it). Inoltre, sulle sue determinazioni consapevoli ben può fondarsi la decisione del giudice sulla collocazione presso l'uno o l'altro dei genitori [l'assunto è correttamente esplicitato da Trib. Perugia (ord.), 26 marzo 2014, in *Rass. giur. umbra*, 2014, p. 73, con note di SASSI, A., "Accertamento di stato e diritti fondamentali nella riforma della filiazione", e di SCAGLIONE, F., "Capacità di discernimento e legittimazione processuale del minore"; nel senso che degli esiti dell'ascolto del minore si deve necessariamente tenere conto, a meno di diversa valutazione del giudice doverosamente orientata a realizzare l'interesse del minore, imponendosi, tuttavia, un onere di motivazione la cui entità deve ritenersi direttamente proporzionale al grado di discernimento attribuito al figlio, Cass., 17 maggio 2012, n. 7773, in leggiditalia-professionale.it). Un ampio quadro delle tutele del minore è offerto da SCAGLIONE, F., "Ascolto, capacità e legittimazione del minore", in CIPPITANI, R., STEFANELLI, S. (coord.), *La parificazione degli status di filiazione*, op. cit., p. 271 ss.; sulla sua posizione nell'ambito del processo v. SAVI, G., *Il ruolo processuale del minore*, ivi, p. 295 ss.

64. Osserva PIZZORUSSO, A., *Delle persone fisiche*, in *Comm. Scialoja-Branca, Zanichelli-II Foro italiano*, Bologna-Roma, 1988, p. 149 s., come l'esercizio dei diritti assoluti e quindi, di regola, l'esercizio dei diritti fondamentali della persona, non comporti alcun problema di capacità di agire; ciò consente al minore e all'infermo di mente di avvalersi delle libertà civili e politiche per il cui esercizio non siano stabiliti limiti specifici: il limite all'esercizio di tali diritti deve essere individuato soltanto nella regola generale della capacità naturale. Nel medesimo senso, v. almeno BARILE, P., *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1953, p. 36; ABBAMONTE, C., "Età (diritto pubblico)", in *Enc. dir.*, XVI, Giuffrè, Milano, 1967, p. 94 ss.; STANZIONE, P., *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Jovene, Napoli, 1975, p. 307 ss.; PANUNZIO, S.P., "Capacità. II) Diritto pubblico", in *Enc. giur.*, V, Ist. Treccani, Roma, 1988, p. 3; e, più di recente, PERLINGIERI, P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, op. cit., p. 949. Il principio, del resto, è alla base della formulazione degli artt. 12 e 13 della citata l. italiana n. 194/1978 sull'interruzione volontaria della gravidanza, che mostrano la rilevanza della volontà della donna minore o interdetta in una

il citato art. 24 C.d.f.U.E. che i diritti dei fanciulli trovano solenne enunciazione: al 1° comma si prevede in loro favore il diritto alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere, nonché la possibilità di esprimere liberamente la loro opinione che viene presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e della loro maturità.

Per quanto concerne le legislazioni degli Stati membri dell'Unione Europea, molte di esse prevedono in capo al minore un diritto all'ascolto e la rilevanza delle sue opinioni in ambito familiare o dinanzi alle pubbliche autorità: così, ad esempio, i Children Acts del 1989 e del 1991 e il Family Act del 1996 nel diritto inglese o la novella al Code civil introdotta con l. 2002-305 in Francia, l'art. 154 Código civil spagnolo, l'art. 1878 del codice portoghese e l'art. 301 di quello svizzero, ma soprattutto il § 1626, 2° comma, BGB, secondo cui i genitori devono tenere conto della crescita del figlio e della sua aspirazione all'indipendenza, in merito al quale dottrina e giurisprudenza hanno affermato l'esistenza di un dovere in capo ai genitori di «educazione collegiale»; ma oltre alle modalità, si ritiene che la norma contenga anche una finalità, in quanto i genitori sono tenuti a promuovere nel processo educativo l'autonomia e la responsabilità del figlio: è quello che viene qualificato come diritto al dialogo (besprechen mit dem Kind)⁶⁵.

Nell'attuale legislazione italiana, il diritto all'ascolto è previsto in via generale per quei minori che abbiano compiuto i dodici anni di età e anche di età inferiore se capaci di discernimento (cfr. artt. 315 bis, 336, 336 bis e 337 oc-ties c.c.). Ciò significa che si è inteso fissare il limite della capacità di discernimento al dodicesimo anno di età, salvo l'accertamento del giudice nella specifica situazione.

I sistemi attuali prevedono, quindi, strumenti volti al dialogo e alla condivisione da parte del figlio delle scelte compiute nel suo interesse. ■

materia così delicata e importante, in cui l'intervento del giudice è volto, attraverso un procedimento sostanzialmente equitativo, ad appurare l'esistenza in capo all'incapace di agire della consapevolezza e ponderazione della scelta compiuta.

65. Per la dottrina, DIEDERICHSEN, U., "sub § 1626-1626a", in AA.VV., Palandt – Bürgerliches Gesetzbuch, 65ª ed., München, 2005, spec. nt. a margine 23; PESCHEL-GUTZEIT, L.M., "sub § 1626", in AA.VV., Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 13ª ed., t. IV, Familienrecht §§ 1626-1631; Anhang zu § 1631: RKEG; §§ 1631a-1633, Berlin, 2002, nt. a margine 113 ss.; HUBER, P., "sub § 1626", in AA.VV., Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4ª ed., t. VIII, Familienrecht II. §§ 1589-1921. SGB VIII, München, 2002, nt. a margine 63 e 65; in giurisprudenza, OLG Karlsruhe, in NJW 1989, p. 1298; in FamRZ, 1989, p. 1322; in DAVorm, p. 1989, 700; OLG Köln, in FamRZ, 2001, p. 1087; un quadro approfondito è offerto da PALAZZO, A., La filiazione, op. cit., p. 553 s.