



TEORIA E STORIA DEL DIRITTO PRIVATO

RIVISTA INTERNAZIONALE ONLINE - PEER REVIEWED JOURNAL
ISSN: 2036-2528

Antonina Astone

**La controversa attuazione del principio di
responsabilità per il fatto della procreazione:
tra dato biologico e dato intenzionale-sociale**

Numero XIII Anno 2020

www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com

Proprietario e Direttore responsabile

Laura Solidoro

Comitato Scientifico

A. Amendola (Univ. Salerno), E. Autorino (Univ. Salerno), C. Corbo (Univ. Napoli Federico II), J.P. Coriat (Univ. Paris II), J.J. de Los Mozos (Univ. Valladolid), L. Garofalo (Univ. Padova), P. Giunti (Univ. Firenze), L. Loschiavo (Univ. Teramo), A. Petrucci (Univ. Pisa), P. Pichonnaz (Univ. Fribourg), J.M. Rainer (Univ. Salzburg), S. Randazzo (Univ. LUM Bari), L. Solidoro (Univ. Salerno), J.F. Stagl (Univ. de Chile), E. Stolfi (Univ. Siena), V. Zambrano (Univ. Salerno).

Comitato Editoriale

A. Bottiglieri (Univ. Salerno), M. d'Orta (Univ. Salerno), F. Fasolino (Univ. Salerno), L. Gutiérrez Massón (Univ. Complutense de Madrid), L. Monaco (Univ. Campania L. Vanvitelli), M. Scognamiglio (Univ. Salerno), A. Trisciuglio (Univ. Torino)

Redazione

P. Capone (Univ. Napoli Federico II), S. Cherti (Univ. Cassino), C. De Cristofaro (Univ. Salerno), N. Donadio (Univ. Milano), P. Pasquino (Univ. Salerno)

Segreteria di Redazione

C. Cascone, G. Durante, S. Papillo

Sede della Redazione della rivista:

Prof. Laura Solidoro
Via R. Morghen, 181
80129 Napoli, Italia
Tel. +39 333 4846311

Con il patrocinio di:



Ordine degli Avvocati di Salerno



Dipartimento di Scienze Giuridiche
(Scuola di Giurisprudenza)
Università degli Studi di Salerno

Aut. Tr. Napoli n. 78 del 03.10.2007

Provider

Aruba S.p.A.

Piazza Garibaldi, 8

52010 Soci AR

Inscr. Cam. Comm. N° 04552920482 – P.I. 01573850616 – C.F. 04552920482

La controversa attuazione del principio di responsabilità per il fatto della procreazione: tra dato biologico e dato intenzionale-sociale

SOMMARIO: 1. *La limitata parità tra figli legittimi e naturali nella genesi dell'art. 30 Cost.* – 2. *I due status filiationis e le eccezioni all'uguaglianza tra i figli* – 3. *La graduale attuazione del principio di responsabilità per il fatto della procreazione* – 4. *L'eliminazione del filtro per la dichiarazione giudiziale di paternità e maternità naturale: un passo in avanti seguito da qualche battuta d'arresto* – 5. *Lo status unico di figlio* – 6. *La controversa genitorialità 'intenzionale-sociale'.*

1. *La limitata parità tra figli legittimi e naturali nella genesi dell'art. 30 Cost.*

Il principio sulla responsabilità dei genitori, per il solo fatto della procreazione¹, fissato nel primo comma dell'art. 30 della Costituzione, operando una cesura del binomio matrimonio-

¹ Inizialmente il testo dell'art.30 Cost. avrebbe dovuto essere più netto: «I genitori hanno verso i figli nati fuori dal matrimonio uno stato giuridico che escluda inferiorità civili e sociali», cfr. M. BESSONE, V. ROPPO, *Il diritto di famiglia. Evoluzione storica, principi costituzionali e lineamenti della riforma*, Torino, 1980, 102 ss.

filiazione, sin dalla sua emanazione, avrebbe consentito di infrangere, almeno sulla carta, le discriminazioni e i pregiudizi nei confronti dei c.d. figli illegittimi, strettamente legati ad una concezione della famiglia, di tradizione romanistica², che ha notevolmente influenzato la nostra legislazione codicistica sia quella del 1865 che quella del 1942.

Nelle moderne codificazioni si rispecchiava, infatti, una configurazione verticistica e patriarcale delineata dall'archetipo di famiglia del diritto romano³.

Affermava Ulpiano che «*pater familias* era *qui in domo dominium habet*»⁴, il solo ad essere *sui iuris* e titolare di un potere di disposizione

² In generale cfr. P. BONFANTE, *Corso di diritto romano, I, Diritto di famiglia*, Milano, 1963; C. FAYER, *La 'familia' romana. I. Aspetti giuridici ed antiquari*, Roma, 1994; F. LAMBERTI, *La famiglia romana e i suoi volti*, Torino, 2014; G. COPPOLA, *La famiglia di fatto tra corsi e ricorsi storici*, in *Quaderni lupiensi di storia e diritto*, 2019, 197 ss.

³ Nelle *Institutiones*, si legge che 1. *Item in potestate nostra sunt liberi quos iustis nuptiis procreaverimus*; in particolare, Gaio sottolineava che la *patria potestas* era una prerogativa tipica del diritto romano: 2. *Ius autem potestatis, quod in liberos habemus, proprium est civium romanorum*. Gai 55.

⁴ Cfr. Ulp. 46 *ad ed.* D. 50.16.195.2. Per una ricostruzione delle origini storiche della patria potestà, nel diritto romano, v. A. MORDECHAI RABELLO, *Effetti personali della 'patria potestas'*, Milano, 1979, 89 ss.; il *pater familias* aveva la *patria potestas* sui figli, la *manus* sulle donne entrate a far parte della famiglia, per effetto del matrimonio e la *dominica potestas* sugli schiavi. La *patria potestas* si articolava al suo interno: nello *ius vitae ac necis* sui figli; nello *ius exponendi* i nati, abbandonandoli alla loro sorte; nello *ius vendendi*; nello *ius noxae dandi*, se il figlio si fosse macchiato di un delitto, potendo essere consegnato alla vittima per esonerare il *pater familias* da ogni responsabilità. Sottolinea come la *patria potestas* risponde «perfettamente alla sovranità dei corpi politici» P. BONFANTE, *Corso*, cit., 97 ss., secondo cui questa costruzione si ricava dal fatto che «gli scrittori letterari e giuridici adoperano senza scrupolo i termini stessi del diritto pubblico», in particolare la formula *pater familias domesticus magistratus censor*. In un'ottica pubblicistica, secondo questa ricostruzione, solo i *mores maiorum*, intesi come norme giuridiche interne alla famiglia, limitavano l'esercizio arbitrario della *potestas*. La tesi del BONFANTE è stata oggetto di una revisione critica, già iniziata ai tempi dell'A. stesso, che ne dà conto in *Corso*, cit., 95 ss.; sul punto C. FAYER, *La 'familia'*, cit., 127 ss. che, pur rilevando come non sia stata documentata l'esistenza di *mores* della *familia romana*, però sottolinea come «una componente politica» nella configurazione della *familia* non può non riconoscersi. Sul dibattito tra natura pubblicistica e privatistica della famiglia, nel diritto

della persona del *filius familias*. Connotata da un potere sanzionatorio e punitivo, di cui massima espressione era lo *ius vitae ac necis*, la *patria potestas* comportava una sottomissione perpetua, interrotta solo dalla morte del *pater familias* o dalla possibile emancipazione o adozione del *filius* e dal passaggio della *filia* in *manu mariti*. La condizione di subordinazione dei figli legittimi garantiva loro, comunque, uno *status* che li poneva in una condizione privilegiata rispetto agli *spurii*, coloro che erano nati da un'unione occasionale oppure da convivenza, pur se stabile, senza *affectio maritalis*, senza *honor matrimonii*. All'atto della nascita acquistavano la condizione giuridica della madre, di cui assumevano il nome e ne seguivano la condizione. Tuttavia, pur essendo *sui iuris*, dal momento che la madre non poteva esercitare la *patria potestas*, godevano di limitati diritti sia dal punto di vista privatistico che pubblicistico, in quanto rispetto al padre non erano considerati *cognati* nemmeno dal pretore, ai fini della *bonorum possessio unde cognatis*. Al contrario i *filii familias*, controbilanciavano la loro obbedienza totale al *pater familias* con la titolarità di una serie di diritti, soprattutto di natura successoria⁶ e, in campo pubblicistico, erano parificati ai *patres familias* sotto il profilo dello *ius suffragii* e dello *ius honorum*.

Tuttavia, nonostante l'evidente discriminazione esistente nei confronti dei figli e della concubina, la diffusione, nell'epoca

romano, F. GALLO e L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Idee vecchie e nuove sui poteri del 'pater familias'*, in *Poteri 'negotia actiones' nell'esperienza romana arcaica*, Napoli, 1984, 29 ss. e 53 ss.; F. LAMBERTI, *La famiglia*, cit., 5. La concezione pubblicistica della famiglia, invero, ha trovato riscontro successivamente nell'ordinamento giuridico italiano, fino all'emanazione del codice del 1942: sul punto v. ntt. 24 e 25.

⁵ D. 38.8. Cfr. sul punto, per tutti, G. COPPOLA, *La famiglia*, cit., 236 che evidenzia come in mancanza di mogli e figli legittimi, la concubina e i figli naturali avevano il diritto di succedere *ab intestato* nella misura di due once mentre, in presenza di figli legittimi, avevano un diritto agli alimenti.

⁶ In generale cfr. G. COPPOLA, *La successione 'contra voluntatem defuncti'*. *Tra vecchi principi e nuove prospettive*, Milano, 2019.

classica fino al IV secolo, del concubinato⁷, secondo una ricostruzione dottrinale⁸, rappresentò una «conseguenza indiretta ma fatale» dei divieti posti dalla *lex Iulia et Papia Poppea de maritandis ordinibus*⁹ nei confronti delle unioni con donne di rango sociale inferiore e delle sanzioni comminate dalla *lex Iulia de adulteriis*¹⁰. La successiva trasformazione del concubinato da rapporto sociale ad istituzione giuridica, sarebbe dovuta, in quest’ottica, «allo sforzo degli imperatori cristiani di abolirlo»¹¹: è proprio con il Cristianesimo che il matrimonio, nel diritto classico privo di particolari formalità¹², diviene atto solenne accentuando, così, la sua distanza dal concubinato.

Sotto l’imperatore Costantino, formalmente, i figli della concubina da *spurii* vengono appellati *liberi naturales*: tuttavia, in concreto, il mutamento di denominazione non comporta un miglioramento della loro posizione¹³. Infatti, due Costituzioni del 336 tentano di arginare la diffusione del concubinato colpendo, in maniera discriminatoria, i figli e la concubina. A queste sanzioni si accompagnava la *macula* dell’infamia e, probabilmente, anche la perdita della cittadinanza per coloro che *aut proprio iudicio aut nostri praerogativa rescripti*, ossia per concessione imperiale, volevano legittimare i figli. Inoltre era vietata qualunque donazione ai

⁷ G. COPPOLA, *La famiglia*, cit., 232 ss. sottolinea che è in tale periodo che il concubinato diventa un istituto alternativo al matrimonio. Relativamente alla legislazione giustiniana v. C. FAYER, *La famiglia romana. III. Concubinato Divorzio Adulterio*, Roma, 2005, 52.

⁸ P. BONFANTE, *Corso*, cit., 316.

⁹ P. BONFANTE, *Corso*, cit., 317.

¹⁰ Cfr. *Coll.* 4.3.1. in cui si legittima l’uccisione da parte del marito dell’amante della moglie, in caso di adulterio, ma non della moglie e *Coll.* 4.2.1. in cui si ammette l’uccisione dell’adultero, sorpreso con la figlia coniugata, che poteva, altresì, essere uccisa: v. P. BONFANTE, *Corso*, cit., 322; F. LAMBERTI, *La famiglia*, cit., 7.

¹¹ P. BONFANTE, *Corso*, cit., 317.

¹² La *conventio in manum*, nelle sue forme della *conferratio*, cerimonia religiosa e della *coemptio*, cerimonia laica, si avvicinava al matrimonio *sine manu* che non richiedeva alcuna formalità: per una disamina dei rapporti tra matrimonio e concubinato G. COPPOLA, *La famiglia*, cit., 207.

¹³ P. BONFANTE, *Corso*, cit., 318.

figli naturali, che dovevano essere revocate in favore dei figli legittimi o, in loro assenza, dei fratelli, sorelle o degli ascendenti¹⁴.

Nel 477 la Costituzione di Zenone introduce la legittimazione per susseguente matrimonio dei figli nati da *mulieres ingenuae*, che vivevano con uomini non coniugati e senza prole legittima consentendo, attraverso il matrimonio, di rendere i figli *sui* e *in potestate patris* e idonei a succedere sia *ex testamento* che *ab intestato*. Nata come una ‘sorta di sanatoria con efficacia retroattiva’¹⁵, la *legitimatio per subsequens matrimonium* divenne un istituto giuridico stabile con una costituzione di Anastasio del 517¹⁶. Ma un passo indietro si registra sotto Giustino, nel 519, che abroga tale costituzione, riconoscendo validità alle arrogazioni e alle adozioni dei figli, procreati con qualunque donna, già effettuate, con l’eccezione dei figli nati da unioni *nefariae* e *incestae*¹⁷. Tuttavia, poiché

14 CTh. 4.6. *naturalibus filiis et matribus eorum* che riporta le due costituzioni di Costantino. La fattispecie che avrebbe dato vita a tali disposizioni riguardava il figlio illegittimo di Liciniano che, dolosamente, era riuscito ad ottenere il riconoscimento della dignità senatoriale, *dignitas culmen*. Si stabilì che questi fosse privato di tutti i beni, fustigato, incatenato e ricondotto in schiavitù: sul punto C. FAYER, *La famiglia*, cit., 31 ss., che sottolinea come delle due costituzioni una CTh. 4.6.2. è mutila l’altra CTh. 4.6.3. richiama la *macula* dell’infamia di cui *supra*. Il divieto di legittimazione e delle donazioni cercò di essere mitigato dagli imperatori Valentiniano I, Valente e Graziano che, nel 371, consentirono donazioni *inter vivos* ed una limitata capacità di succedere ai figli naturali: non più di un’oncia, 1/12 dei propri beni in presenza di figli legittimi o genitori e fino a tre onces ¼, in assenza di figli legittimi o genitori: CTh. 4.6.4. *Impp. Valentinianus, Valens et Gaiianus AA. ad Ampelium p(raefectum) u(rbi) (a. 371)*. Successivamente, nel 397, gli imperatori Arcadio ed Onorio riconfermarono, con una costituzione, le disposizioni di Costantino che, poi, revocarono per riportare in vigore le norme del 371 CTh. 4.6.5. *Impp. Arcadius et honorius AA. Petronio Vicario Hispaniarum*. v. anche I. 5.27.2. *Impp. Arcadius et Honorius AA. Anthemio pp. (a. 405)* Sull’evoluzione del diritto successorio nel periodo postclassico v. G. COPPOLA, *La successione*, cit., 105 ss.

15 I. 5.27.5. Cfr. C. FAYER, *La famiglia*, cit., 39.

16 I. 5.27.6.

17 I. 5.27.7. L’incesto era già punito nell’epoca classica v. G. COPPOLA, *La famiglia*, cit., 212 in particolare v. par. 3.

non si poteva dare seguito agli *iniusta libidinum desideria*, era escluso ogni altro strumento per legittimare i figli naturali¹⁸.

È con Giustiniano che la legittimazione dei *liberi naturales* assume carattere di stabilità¹⁹.

«L'*incostantia iuris* oscillante tra severità e mitezza» sul concubinato, che si rifletteva sulle alterne sorti dei figli e della concubina, nascente dalla necessità da un verso «di conciliare l'anatema scagliato dai Padri della Chiesa contro il concubinato» e, dall'altro, di disciplinare una realtà molto diffusa²⁰, sembrava riaffiorare nel corso dei secoli, anche in occasione dell'elaborazione del testo costituzionale, da parte dell'Assemblea costituente. Infatti la forza dirompente che recava in sé il principio della responsabilità dei genitori per il solo fatto della procreazione, enucleato nel primo comma dell'art. 30 Cost., fu considerata tanto preoccupante da portare a inserire, nel terzo comma, il criterio della compatibilità, tra i diritti dei figli naturali con quelli dei componenti della famiglia legittima, espressione di un principio compromissorio, funzionale a stemperare la tensione che animò il dibattito fra laici e cattolici nell'Assemblea costituente.

Il comma, così aggiunto, si prefiggeva, con la sua *ratio* originaria, lo scopo di frenare l'angolazione delle scelte da operare che si sarebbe potuta spostare, già dall'entrata in vigore della Carta

¹⁸ C. FAYER, *La famiglia*, cit., 44 evidenzia le motivazioni religiose che hanno favorito questa normativa. I. 5.27.7.3. *in potestatem vero sciant omnes legitimis matrimonii legitimam sibi posteritatem quaerendam, ac si praedicta constitutio lata non esset.*

¹⁹ I. 89.11.1.: si distinguevano la *legitimatio per subsequens matrimonium*; *legitimatio per oblationem curiae*; *legitimatio per rescriptum principis*; il padre poteva ricorrere all'*oblatio curiae* anche in presenza di figli legittimi ma non poteva lasciare più di quanto avesse avuto il meno favorito tra i figli legittimi; C. FAYER, *La famiglia*, cit., 47 evidenzia come l'offerta dei figli alla curia, *sive curialis sit sive liber a curia* consentiva da un verso di legittimare i figli, dall'altro di rafforzare i senatori cittadini, destabilizzati dalla tendenza a sottrarsi agli oneri curiali, che li aveva fortemente indeboliti sul piano numerico e finanziario.

²⁰ C. FAYER, *La famiglia*, cit., 36.

costituzionale, fino ad assicurare una piena equiparazione tra figli naturali e legittimi²¹.

Tale comma diventava, così, il contrappeso che consentiva di mantenere la discriminazione, codificata già nel codice del '42, della prole naturale, la quale peraltro rispecchiava antichi pregiudizi sociali²², che emergevano dalle affermazioni del deputato Merlin, tra i più combattivi esponenti dell'area cattolica. Quest'ultimo sosteneva che, pur nutrendo «profonda pietà» per i figli illegittimi, bisognava concorrere «ad elevare la loro sorte» a patto di non offendere «terzi innocenti», come il coniuge ed i figli legittimi²³. La finalità immediata, con la formula di compromesso raggiunta all'interno del testo dell'art. 30 Cost., era la repressione delle unioni extraconiugali

²¹ Sul punto M. BESSONE, *Rapporti etico-sociali, Sub Artt. 30-31 Cost.*, in *Comm. cost. Branca*, Bologna-Roma, 1976, 94, che, con riferimento ai figli illegittimi, sottolinea l'esistenza di «un'odiosa logica di esonero dei genitori dalla responsabilità»; N. SANDULLI, *Rapporti etico-sociali, Sub Artt. 29-31 Cost.*, in *Comm. dir. it. fam.*, Padova, 1992, 3 ss.; specificatamente v. C.M. BIANCA, *La filiazione in generale*, in *Atti del I Convegno di Venezia*, 30 aprile 1 maggio 1967, promosso dalla *Riv. dir. civ.*, Padova, 1967, 115 ss.

²² Per un inquadramento in chiave storica, in generale cfr. P. UNGARI, *Storia del diritto di famiglia in Italia*, Bologna, 1974; G. VISMARA, *Il diritto di famiglia in Italia dalle riforme ai codici*, Milano, 1978. Sottolinea come proprio la famiglia aveva costituito uno dei terreni «meno propizi per l'affermazione del principio di eguaglianza», C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977, 9, in chiave critica rispetto all'idea sostenuta da L. RAISER, *Der gleichheitsgrundsatz im Privatrecht*, in *Zeitschr. ges. Handelsrecht*, 111, 1948, 91 s. secondo cui la famiglia rientrava tra quei gruppi sociali nei quali la regola della parità non poteva trovare applicazione, in quanto i suoi membri erano legati «da un rapporto morale che implica l'integralità della persona»; ID., voce *Famiglia (diritti di)*, in *Noviss. dig. it.*, 7, Torino, 1961, 71 ss. Specificatamente M. FORTINO, *Diritto di famiglia. I valori, i principi, le regole*, Milano, 2004, 3 ss.; F. RUSCELLO, *Potestà dei genitori e rapporti con i figli*, in *Il nuovo diritto di famiglia, Tratt. Ferrando*, Bologna, 2007, 75 ss.; M. DOGLIOTTI, *La potestà dei genitori e l'autonomia del minore*, in *Tratt. Cicu, Messineo, Mengoni, Schlesinger*, Milano, 2007, 3 ss.

²³ Seduta del 15 Aprile 1947, in A.C., I, 936. Significative le parole provocatorie del socialista Calosso che ricordava ai cattolici che già «il Vangelo ha parlato del problema dei figli illegittimi: Gesù è un figlio illegittimo». Seduta del 22 Aprile 1947, in A.C., II, 1110. Sul dibattito che determinò l'emanazione dell'art. 30 Cost., v. E. LAMARQUE, in *Commentario alla Costituzione, sub. art. 30*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti, Torino, 2006.

e, quindi, il rafforzamento della famiglia, intesa come formazione sociale di rilievo pubblicistico²⁴.

Ma il conflitto che ne è conseguito, ha visto a lungo scontrarsi, in un arco temporale che va dalla configurazione della famiglia come «cittadella statale al servizio della nazione»²⁵, alla riforma del diritto di famiglia nel 1975, fino alla legge sullo stato unico di figlio²⁶, da un lato l'uguaglianza di tutti i figli e dall'altro la tutela dell'istituzione familiare, fondata sul matrimonio, una concezione personalistica da una parte e, dall'altra, istituzionale dei rapporti familiari.

²⁴ Il primo libro del codice civile, entrato in vigore nel 1939, era connotato da una visione asimmetrica dei diritti e doveri nascenti dal matrimonio e, nonostante la dichiarata reciprocità degli obblighi di fedeltà assistenza e coabitazione, *ex art.* 143 cod. civ., il marito, formalmente denominato 'capofamiglia', godeva di una posizione privilegiata. Questa disparità si rifletteva anche nel rapporto genitori-figli: la titolarità formale della potestà era attribuita ad entrambi i coniugi ma – e non è un caso che la stessa fosse ancora qualificata 'patria' – l'esercizio era riconosciuto solo al padre che poteva essere sostituito dalla moglie in caso di lontananza o di altro impedimento. Sulla continua tensione tra pubblico e privato, che pervade anche la famiglia, in generale AA.VV., *La famiglia crocevia della tensione tra "pubblico e privato"*, Milano, 1979; il tema è stato indagato da P. RESCIGNO, già a partire dal volume *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, Bologna, 1966, 51 ss. Il problema del rapporto tra interessi della comunità familiare e interessi individuali è ripreso da M. SESTA, *Privato e pubblico nei progetti di legge in materia familiare*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, II, Milano, 1998, 832. Per un *excursus* storico sul passaggio da una concezione pubblicistica ad una privatistica della famiglia v. P. ZATTI, *La parabola della privatizzazione del diritto di famiglia*, Introduzione al *Trattato di diritto di famiglia*, I, 1, *Famiglia e matrimonio*, a cura di G. Ferrando, M. Fortino e F. Ruscello, Milano, 2002, 19 ss.

²⁵ Così F. FERRARA, *Rinnovamento del diritto civile secondo i postulati fascisti*, in *Archivio di studi corporativi*, 1940, 41 da cui emerge come la famiglia aveva rappresentato specchio dell'idea di Stato forte che il Fascismo aveva promosso e trovava il suo *humus* in una concezione della famiglia stessa condivisa da ampie fasce della società. L'eliminazione, dalla normativa codicistica, dei richiami espressi allo Stato fascista è avvenuta con d.lgs., 14 settembre 1944, n. 287 ma non ha mutato lo *status quo*: M. FORTINO, *Diritto*, cit., 21.

²⁶ V. par. 5.

Sulla base del presupposto che la parità di diritti dei figli legittimi ed illegittimi urtava «con la coscienza etica e giuridica del popolo italiano»²⁷, inizialmente il primo comma dell'art. 30 è stato interpretato in funzione inserviente rispetto al comma 3²⁸, offendo lo strumento ermeneutico, per conservare una concezione anacronistica, che è stata alla base del *vulnus* perpetrato alla completa equiparazione tra i figli²⁹.

Ne conseguiva che, nell'impianto originario del I libro del codice civile, i doveri dei genitori nei confronti dei figli, anche se nati fuori dal matrimonio, si intendevano limitati dalla esigenza di tutelare, in via preminente, l'istituzione familiare. Così le norme del diritto successorio, attribuivano loro quote inferiori rispetto ai figli legittimi³⁰, non solo nel caso di concorso con questi ultimi ma, anche, quando il genitore non avesse contratto matrimonio³¹. La discriminazione, in ordine ai diritti

²⁷ L'affermazione è del deputato Zotta, nell'illustrare l'emendamento, presentato nella fase finale della discussione in Assemblea costituente, che ha portato all'emanazione del terzo comma dell'art. 30 della Costituzione. Seduta del 23 aprile 1947, in *Atti dell'Assemblea Costituente*, II, 1189.

²⁸ Autorevolmente in dottrina, in chiave critica, si sottolineava che quello del primo comma è «principio sovrastante ad ogni altro alla luce del quale bisogna ricostruire e chiarire il senso e la portata degli altri comma della Costituzione»: P. RESCIGNO, *La tutela dei figli nati fuori del matrimonio*, in *Riv. dir. matr.*, 1965, 35 ss.

²⁹ Per un quadro generale in tema di filiazione prima della riforma del 1975 v.: M. SESTA, voce *Filiazione*, in *Enc. dir.*, Milano, 2000, 569; ID., *Filiazione naturale: statuto e accertamento*, Milano, 2001; G. FERRANDO, *La filiazione naturale*, in *Il diritto di famiglia*, III, *Filiazione e adozione*, in *Trattato Bonilini-Cattaneo*, Torino, 2007, 97 ss., ID., voce *Filiazione legittima e naturale*, in *Dig.*, sez. civ., 8, Torino, 1993, ID., voce *Filiazione (rapporti di)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989; M. MANTOVANI, *I fondamenti della filiazione*, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da P. Zatti, t. II, a cura di G. Collura, L. Lenti e M. Mantovani, Milano, 2002, 3 ss.; B. LENA, *La filiazione naturale*, sez. I, *Lo stato di figlio naturale*, in *Trattato di diritto di famiglia* a cura di G. Ferrando, Bologna, 2007, 329 ss.; *Il diritto di famiglia nei nuovi orientamenti giurisprudenziali*, in *Trattati* a cura di P. Cendon, IV, *La filiazione e l'adozione*, diretto da G. Cassano, Milano, 2006.

³⁰ L'art. 539 cod. civ. fissava la quota di riserva, in favore dei figli naturali dichiarati o riconosciuti, nella misura di un terzo del patrimonio del genitore, se questi aveva lasciato un solo figlio naturale, e di due terzi se i figli erano di più, a differenza delle quote riservate ai figli legittimi che erano la metà del patrimonio del genitore nel primo caso e di due terzi nel secondo. v. sub nt. 62.

³¹ V. par. 3.

successori dei figli, emergeva anche sotto il profilo formale: la successione dei parenti legittimi e quella dei figli naturali erano regolate in due capi distinti ed autonomi che, solo con la riforma del 1975, sono stati unificati sotto il titolo di «Successione dei parenti»³².

Ma era, soprattutto, il procedimento di delibazione di ammissibilità dell'azione, per la dichiarazione giudiziale di paternità e maternità naturale, disciplinato dall'art. 274 cod. civ., a fare da filtro per arginare eventuali pretese dei figli 'illegittimi'. Le restrizioni codicistiche, all'accertamento della verità biologica, legittimate dal comma 3 dell'art. 30 Cost., venivano giustificate invocando, ancora una volta, la necessità di salvaguardare la famiglia legittima: l'eventuale destabilizzazione psicologica e morale del gruppo familiare legittimo provocata, ad esempio, dall'inserimento del figlio naturale rimasto estraneo, per anni, ai componenti della famiglia³³, sarebbe stata, così, arginata attraverso il sacrificio dell'interesse morale, altrettanto meritevole di tutela, del figlio nato fuori dal matrimonio.

2. I due 'status filiationis' e le eccezioni all'uguaglianza tra i figli

La perdita di centralità dell'istituzione matrimoniale, fondata sui legami di sangue, all'interno del diritto di famiglia³⁴, gradatamente, a seguito delle trasformazioni sociali intervenute in conseguenza del c.d. '68, ha determinato lo spostamento del baricentro verso nuove realtà familiari. Riflesso, sotto il profilo giuridico, di tale cambiamento la legge del 1967 sull'adozione speciale, che prevede la costituzione di

³² V. sub ntt. 38, 61, 62. Gli artt. 577, 567 e 468 cod. civ. escludevano dalla rappresentazione il figlio naturale, figlio o fratello del *de cuius* che, non potendo o non volendo accettare, non avesse lasciato discendenti legittimi.

³³ G. FERRANDO, *Il rapporto*, cit., 108 ss., che sottolineava il fatto che la norma, richiedendo il consenso solo dei figli legittimi, conferiva loro una sorta di monopolio sul potere di veto; v. diffusamente par. 4.

³⁴ Sui cambiamenti sociali che hanno avuto riflesso sul diritto di famiglia cfr. per tutti P. ZATTI, *Introduzione*, cit., 49 ss.; M. SESTA, *Verso nuove trasformazioni del diritto di famiglia italiano?*, in *Familia*, 2003, 123.

un rapporto di filiazione che prescinde dal dato biologico³⁵. Ma ad imprimere una spinta propulsiva, per la riforma del I libro del codice civile³⁶, è stata l'introduzione nel 1970, dello scioglimento del vincolo matrimoniale, la cui indissolubilità aveva fatto da cornice al modello giuridico di famiglia³⁷.

La significativa riscrittura delle norme codicistiche del primo libro, nel 1975, pur disciplinando il rapporto genitori-figli in maniera tendenzialmente paritaria appariva, tuttavia, non del tutto completa.

In primo luogo la diramazione in due *status* sembrava in sé, implicitamente discriminatoria, penalizzando, in particolare, il rapporto tra il figlio naturale ed i parenti del genitore. Il legame, che si istaurava fra genitore e figlio naturale, era configurato in termini restrittivi, incapace di espandersi nei confronti dei parenti del genitore³⁸. In secondo luogo, la finalità di tutelare un presunto

³⁵ v. A.C. MORO, *L'adozione speciale*, 1976, *passim*; A. e M. FINOCCHIARO, *Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori*, Milano, 1983, 313 ss.; M. BESSONE, G. FERRANDO, *Adozione speciale*, in *Noviss. dig. it.*, Appendici, Torino, 1980, 102; A. TRABUCCHI, *Adozione*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, 30; *Adozione*, in *Quaderni di diritto civile*, a cura di M. Trimarchi, Milano, 2004 ed i contributi ivi contenuti sulla l. 149/2001; A. e M. FINOCCHIARO, *Adozione e affidamento dei minori*, Milano, 2001.

³⁶ In proposito v. L. PALADIN, *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, Bologna, 2004, 292 ss. Per una disamina, in generale, cfr. A. e M. FINOCCHIARO, *Riforma del diritto di famiglia*, Milano, 1975-1979. Sull'accordo, come fondamento del nuovo modello di famiglia, v. P. RESCIGNO, *Il diritto di famiglia a un ventennio dalla riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, 112; sul ruolo dell'autonomia privata, con particolare riferimento ai negozi giuridici familiari, A. ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia sessant'anni dopo*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 216 ss.

³⁷ La letteratura sul tema è molto ampia: per una ricostruzione storica cfr. per tutti M. FORTINO, *Il divorzio: il fondamento del divorzio*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, cit., 1123 ss. ed i riferimenti bibliografici ivi contenuti.

³⁸ Il rapporto tra il figlio naturale ed i parenti in linea collaterale del genitore, non dava vita ad un vero e proprio rapporto di parentela ma di consanguineità sicché al figlio naturale non erano riconosciuti diritti successori, a meno che mancassero altri parenti legittimi entro il sesto grado, art. 565 cod. civ. Ne consegue che solo il genitore era legittimario sulla successione del figlio: cfr. Corte cost., 27 luglio 2000 n. 532, in *Giur. civ.*, 2001, I, 591, con nota di C.M. Bianca; Corte cost. 7 novembre 1994, n. 377, in cui, tuttavia, la Consulta constatava proprio come il legislatore non ha tenuto conto dell'incremento delle nascite fuori dal matrimonio e del fenomeno della

interesse morale dei membri della famiglia legittima, la cui integrità era considerata prevalente rispetto a quella della prole naturale, aveva portato ad inserire alcune disposizioni, che sembravano tradire l'aspirazione all'uguaglianza alla base della riforma. Il riferimento è agli artt. 252 e 284 cod. civ.: il primo subordinava l'ingresso del figlio naturale nella famiglia legittima del genitore, che lo aveva riconosciuto, all'autorizzazione del giudice chiamato ad accertare, oltre l'interesse dello stesso minore, che venisse espresso il consenso dell'altro coniuge, dell'eventuale figlio legittimo, che aveva compiuto i sedici anni, dell'altro genitore naturale, che aveva anch'esso riconosciuto il figlio; il secondo, nel procedimento di legittimazione del figlio naturale, prevedeva l'audizione dei figli legittimi e legittimati e non di quelli naturali³⁹.

‘Ultimi fra gli ultimi’ i figli naturali non riconoscibili, gli incestuosi, sui quali il legislatore faceva ingiustamente ricadere le colpe dei genitori, legati fra loro da rapporti familiari⁴⁰.

Il compromesso, sotteso alla previsione costituzionale di cui al comma 3 dell'art. 30 Cost., proiettava ancora i suoi riflessi sul legislatore del '75, che lo traduceva nelle richiamate previsioni normative.

famiglia di fatto; Corte cost., 12 Aprile 1990, n. 184, in *Nuove leggi civ. comm.*, con nota di M. Costanza, 1452. Prima ancora Corte cost. 4 luglio 1979, n. 55, in *Foro it.*, 1980, I, 908 ss., con nota di M. Dogliotti, in *Dir. fam. e pers.*, 1979, II, con nota di A. Scalisi, 1043 ss., in *Giur. it.*, 1980, I, 1, con nota di G. Ferrando, 1121 ss., in *Nuove leggi civ. comm.*, 1980, 184 con nota di L. Mengoni, nella quale, pur affermando che la successione fra fratelli (o sorelle) naturali va ammessa nei casi in cui non vi siano altri successibili *ex lege* ad eccezione dello Stato, si sottolinea che «stante l'equiparazione fra figli naturali e figli legittimi il trattamento differenziato fra di essi, ai fini successori, risulta altresì in contrasto con il principio di uguaglianza».

³⁹ v. Corte cost., 1 agosto 1979, n.97 che ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 284 cod. civ., in *Giur. cost.*, 1979, I, 710.

⁴⁰ Per un quadro d'insieme cfr.: A. AMBANELLI, *La filiazione non riconoscibile*, in *Filiazione e adozione*, III, *il diritto di famiglia*, Trattato Bonilini-Cattaneo2, Torino, 2007, 232 ss.

3. *La graduale attuazione del principio di responsabilità per il fatto della procreazione*

Sulla base delle riflessioni della dottrina e della giurisprudenza⁴¹ emerge, gradatamente, l'irragionevolezza, da un verso, della proclamazione dell'eguaglianza formale tra le due categorie di figli, nati all'interno e fuori del matrimonio e, dall'altro, delle disposizioni normative, che prevedevano, in concreto, trattamenti diseguali. I ripetuti appelli alla Corte costituzionale determinavano un'evoluzione della sua giurisprudenza⁴², diretta a delimitare l'ambito di applicazione del comma 3 dell'art. 30⁴³ che è stato, passo dopo passo, individuato nell'esigenza di salvaguardare, in determinate circostanze valutabili singolarmente sul piano pratico, l'esistenza e l'unità della famiglia legittima⁴⁴. La Consulta, nel dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 803 cod. civ. nella parte in cui subordinava la possibilità di revoca della donazione per sopravvenienza di figli naturali, alla condizione che il riconoscimento fosse avvenuto entro il termine di due anni, successivo alla donazione, termine non previsto in caso di sopravvenienza di figli legittimi, sottolineava come fosse necessario

⁴¹ L. CAMPAGNA, *Famiglia legittima e famiglia adottiva*, Milano, 1966, 40 ss.; M. BESSONE, *Rapporti etico-sociali*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Scialoja-Branca, sub. artt. 29-31, cit., 3 ss.

⁴² Sottolineava il ruolo incisivo svolto della Corte costituzionale A. TRABUCCHI, *Un parziale riforma del diritto di successione a favore dei figli naturali*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, 2, 413 ss.; *Persona, famiglia e successioni nella giurisprudenza costituzionale*, *Collana dei cinquant'anni della Corte costituzionale*, a cura di V. Cuffaro e M. Sesta, Napoli, 2006.

⁴³ Cfr. Corte cost., 14 aprile 1969, n. 79 e Corte cost., 30 aprile 1973, n. 50 su cui v. nt. 62.

⁴⁴ È la sentenza con la quale la Corte cost., 1 agosto 1979, n. 97 ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 284 cod. civ.

evitare l'insorgere di conflitti che minavano la stabilità familiare e non preservare situazioni con contenuto meramente patrimoniale⁴⁵.

Proprio nella prospettiva che bisognava garantire adeguata tutela agli interessi di carattere morale, facenti capo ai figli naturali, è stata dichiarata l'incostituzionalità dell'art. 291 cod. civ. nella parte in cui non prevedeva che l'adozione del maggiorenne non potesse essere pronunciata in presenza di figli naturali riconosciuti dell'adottante, minorenni o, se maggiorenni, previo loro assenso⁴⁶.

Il ridimensionamento del comma 3 dell'art. 30 Cost. si traduceva, in un'interpretazione restrittiva dello stesso: il solo limite costituzionale alla protezione della prole naturale sembra consistere nell'esigenza di assicurare ai membri della famiglia legittima adeguate garanzie di tutela dei valori di ordine spirituale e di coesione dell'ambiente familiare.

Con un'interpretazione, ancora più decisamente orientata alla sostanziale equiparazione della prole, sembrava spingersi la Corte costituzionale nella pronuncia n. 494/2002⁴⁷, con la quale era rimosso il divieto di ricerca della maternità e paternità naturali nei confronti dei figli incestuosi. Veniva, così, dichiarata l'incostituzionalità dell'art. 278, comma 1, cod.civ., nella parte in cui escludeva la dichiarazione giudiziale di paternità e maternità naturali e le relative indagini nei casi in cui, a norma dell'art. 251, comma 1, cod. civ. il riconoscimento dei figli incestuosi era vietato. La Consulta affermava l'importante principio secondo cui la riserva, contenuta nel comma 3 dell'art. 30 Cost., «mal si presta ad essere interpretata in modo generico ed atecnico, fino a fare rientrare in essa condizioni di serenità psicologica», in quanto i diritti che possono limitare l'uguaglianza dei figli sono solo «i diritti in senso proprio». La Costituzione, invero, non giustifica una concezione della famiglia «nemica delle persone e dei loro diritti» e, peraltro, l'ingresso di figli naturali, in un rapporto coniugale e in una vita familiare legittima, di

⁴⁵ Corte cost., 3 luglio, 2000, n. 250, in *Giur. it.*, 2001, 4, in *Foro it.*, 2001, I, 1099; v. E. VARANO, *La revoca delle donazioni per sopravvenienza di figli e la parità tra figli legittimi e naturali*, in *Famiglia*, 2002, I, 69 ss.

⁴⁶ Corte cost., 20 luglio 2004, n. 245.

⁴⁷ Corte cost., 28 novembre 2002, n. 494 in *Famiglia*, 2002, con nota di M. SESTA, in *La nuova giur. civ. comm.*, 2003, con nota di M. Di Nardo, 543 ss.; v. par. 5.

per sé non costituiva una violazione di diritti ma «un incerto del mestiere di vivere»⁴⁸.

4. *L'eliminazione del filtro per la dichiarazione giudiziale di paternità e maternità naturale: un passo in avanti seguito da qualche battuta d'arresto*

In uno scenario familiare, completamente mutato, l'obiettivo di tutelare soprattutto «l'uomo da situazioni di scandalo o da azioni ricattatorie», sotteso al procedimento di delibazione di ammissibilità dell'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità e maternità naturale, disciplinato dall'art. 274 cod. civ.⁴⁹, perde ogni consistenza.

⁴⁸ Cfr. altresì Corte cost. 27 marzo 2009, n. 86 con la quale è stato censurato l'art. 85, comma 1, n. 2, del testo unico delle disposizioni per l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, d.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124, nella parte in cui, in caso di infortunio mortale sul lavoro del genitore assicurato, attribuiva il 40% della rendita agli orfani di entrambi i genitori escludendo che tale rendita spettasse, nella stessa misura, all'orfano di un solo genitore naturale. La discriminazione derivava dal fatto che, in caso di morte del coniuge per infortunio, il coniuge superstite in presenza di figli legittimi, ha diritto ad una rendita pari al 50%, rendita non prevista per il *partner* non coniugato con figli naturali riconosciuti. In particolare, la disparità è stata individuata nel fatto che, sebbene per i figli, siano essi legittimi o naturali, la rendita è determinata in misura uguale, pari al 20%, i soli figli legittimi e non quelli naturali potevano godere di quel *plus* di assistenza che scaturiva dall'attribuzione al genitore superstite del 50% della rendita. In tal modo «veniva sottratta al figlio anche quella quota della rendita riservata al coniuge che è naturalmente destinata a soddisfare esigenze del nucleo familiare e non soltanto quelle di sostentamento del coniuge stesso».

⁴⁹ Così si legge nella Relazione introduttiva sul giudizio di ammissibilità dell'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità e maternità v. in dottrina G. BASINI, *La dichiarazione giudiziale di paternità e maternità naturale*, in *Il diritto di famiglia*, Trattato diretto da G. Bonilini e G. Cattaneo, Torino, 1997, 171 ss.; A. DE CUPIS, *Dichiarazione giudiziale di paternità e maternità*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia* diretto da G. Cian, G. Oppo e A. Trabucchi, Padova, 1992, IV, 165 ss.; M. DI NARDO, *Le azioni di stato*, in *Trattato di dir. fam.*, diretto da P. Zatti, II, *La filiazione*, a cura di G. Collura, L. Lenti e M. Mantovani, cit., 39 ss.; G. FERRANDO, voce «Filiazione legittima e naturale», in *Dig. Disc. Priv.*, sez. civ., 8; Torino, 1992, 319 ss.; ID., *La filiazione naturale*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da P. Rescigno, *Persone e famiglia*, III, Torino, 1997, 228 ss.; A. FIGONE, *Filiazione*

L'oggettiva difficoltà di provare, in maniera certa, la paternità a causa dei limiti della scienza del tempo, aveva fatto sì che la dichiarazione giudiziale di maternità fosse sempre ammessa, quella di paternità, invece, incontrasse limiti che si estrinsecavano nella tassatività delle ipotesi di esperibilità. A seguito del progresso scientifico, che ha offerto la possibilità di ricorrere ad un meccanismo probatorio, connotato da margini stretti di errore, come la prova del DNA, il giudizio di delibazione era divenuto una limitazione, ingiustificata, ai diritti del figlio naturale nei confronti del genitore, che si sottraeva alle sue responsabilità, ponendosi in controtendenza con l'evoluzione legislativa, che avvertiva l'esigenza di tutelare e di promuovere la persona umana⁵⁰.

Nel merito, tuttavia, l'art. 30, comma 4, Cost., nel prevedere che la legge ordinaria può porre limiti alla ricerca della paternità, rappresentava il grimaldello per legittimarne la presenza nel sistema, in funzione della tutela del valore, considerato apicale, costituito dalla salvaguardia della famiglia legittima.

La disposizione era stata soggetta ad interventi 'manipolativi' da parte della Corte costituzionale ma, questi avevano interessato aspetti di natura processuale. Negli anni '60 la Corte costituzionale riscontrava la violazione del diritto di difesa, ex comma 2 art. 274 cod. civ.⁵¹, nella parte in cui prevedeva che la decisione sull'ammissibilità dell'azione, poteva essere adottata con decreto non motivato, non soggetto a reclamo, e nella parte in cui escludeva la necessità che la decisione avesse luogo in contraddittorio e con l'assistenza dei difensori. Aveva, altresì,

naturale, in *Famiglia e servizi. Il minore, la famiglia e le dinamiche giudiziarie*, a cura di M.R. Spallarossa, Milano, 2001, 347 ss.; A. e M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, II, Milano 1984; M. SESTA, voce «Filiazione», in *Enc. dir., Aggiornamento*, Milano, 2000, 585 ss.; ID., *La dichiarazione giudiziale di paternità e maternità*, in *Trattato di diritto privato* diretto da M. Bessone, IV, III, Torino, 1999; G. TAMBURRINO, *La filiazione in Giur. Sist. Dir. civ e comm.*, fondata da W. Bigiavi, 1984, 149 ss.; A. VIOLANTE, *I rapporti di filiazione e le azioni di stato*, Napoli, 1983.

⁵⁰ Si erano espressi in favore dell'abrogazione dell'art. 274 cod. civ.: F. MOROZZO DELLA ROCCA, *Per l'abrogazione dell'art. 274 cod. civ. (Dedicato ad un Parlamento di buona volontà)*, in *Dir. fam.*, 1981, 942 ss.; O.B. CASTAGNARO, *Osservazioni sul giudizio di ammissibilità dell'azione di dichiarazione giudiziale di paternità naturale*, in *Giust. civ.*, 691.

⁵¹ Corte cost. 12 luglio 1965, n. 70.

pronunziato l'incostituzionalità del comma 3 dell'art. 274 cod. civ., che stabiliva la segretezza dell'inchiesta, anche nei confronti delle parti.

La riscrittura dell'art. 274 cod. civ., nel 1971⁵² con una disciplina rimasta, in concreto, inalterata anche dopo la riforma del diritto di famiglia, ha introdotto, al posto dei «meri indizi», originariamente richiesti dal comma 1 dell'art. 274 cod. civ., le «specifiche circostanze» perché l'azione fosse ritenuta giustificata. L'innovazione, tuttavia, ha avuto riflessi più formali che sostanziali, per l'interpretazione estensiva, attribuita dalla giurisprudenza di legittimità⁵³ a tale locuzione. Le «specifiche circostanze» sono state valutate alla stregua di criteri di verosimiglianza e non di certezza, ritenendo sufficiente che la dichiarazione della madre fosse supportata da un *fumus boni iuris* e rinviando al giudizio di merito l'esame delle contestazioni sollevate dal convenuto.

Ma se fino al 1987⁵⁴, sostanzialmente, erano state aggirate le obiezioni di incostituzionalità, rivolte al giudizio di deliberazione, attraverso l'appello «all' insindacabile discrezionalità del legislatore», nel 1990, la Corte costituzionale⁵⁵ effettua un'importante addizione all'art. 274 cod. civ. La disposizione viene ritenuta costituzionalmente illegittima nella parte in cui non prevedeva, nel caso di minore che avesse compiuto i sedici anni, che l'azione promossa dal genitore esercente la potestà, fosse ammessa solo se ritenuta dal giudice rispondente all'interesse del figlio. Di fatto, si determinava 'una simmetria' con il riconoscimento del figlio naturale, in relazione al quale l'art. 250 cod. civ., comma 4, in caso di opposizione da parte del genitore, che per primo lo aveva riconosciuto, affidava all'autorità giudiziaria l'accertamento dell'interesse del figlio al riconoscimento. Inoltre, l'addizione operata dalla Corte Costituzionale, pur non espungendo il giudizio di deliberazione, ne modificava la *ratio*

⁵² Cfr. art. 2 l. 23 novembre 1971 n. 1047 (Proroga dei termini per la dichiarazione di paternità e modificazione dell'art. 274 del codice civile).

⁵³ Cfr. per tutti: Cass., 20 ottobre 2000, n. 13892, in *Giust. civ.*, 2001, I, con nota di M. Finocchiaro, 389 ss.

⁵⁴ Corte cost., 30 dicembre 1987, n. 621, in *Dir. fam.*, 1988, 655 ss. ed in *Giust. civ.*, 1988, I, 311 ss.

⁵⁵ Corte cost., 20 luglio 1990, n. 341.

attraverso un ribaltamento del parametro di riferimento. La compressione, apportata al principio del *favor veritatis*, continuava ad essere considerata pienamente legittima, però, in funzione di valori diversi: mentre, in passato, si spiegava in ragione della tutela della rispettabilità ed onorabilità del presunto padre, ora, si giustificava per la salvaguardia di un valore diverso, individuato nell'interesse del minore.

In un giudizio, ormai dissonante con i valori affermati in materia di filiazione, veniva innestata la valutazione dell'interesse del minore, valore sommo dell'ordinamento. Si assisteva quasi ad una contraddizione di fondo: da un verso vi era l'interesse all'eliminazione di un procedimento, che ostacolava la legittima aspirazione del figlio a vedersi riconosciuta, giudizialmente, la paternità o maternità naturale, e dall'altro vi era l'esigenza di salvaguardare lo stesso procedimento, per consentire la valutazione della rispondenza effettiva dell'accertamento giudiziale all'interesse del figlio. Un'eventuale eliminazione del giudizio preventivo di ammissibilità dell'azione avrebbe comportato il rischio di un possibile pregiudizio della valutazione dell'interesse del minore che, diversamente, non sarebbe stato protetto. Il giudizio di ammissibilità dell'azione rappresentava, infatti, un presupposto processuale della successiva azione di merito e, secondo l'orientamento giurisprudenziale consolidato, i due giudizi, sebbene teleologicamente connessi, avevano carattere autonomo e *petitum* diverso⁵⁶. Il *petitum* del giudizio di delibazione era l'accertamento dell'esistenza di «specifiche circostanze», tali da fare apparire giustificata l'azione, allargato alla valutazione dell'effettivo interesse del minore di età inferiore ai sedici anni all'accertamento della verità biologica; quello del giudizio di merito era l'accertamento della verità biologica. Come avrebbe potuto essere assicurata la valutazione dell'interesse del minore, considerato ormai un presupposto necessario, per la dichiarazione giudiziale di paternità o maternità naturale, e ritenuto un *prius* rispetto al giudizio di merito, nel caso in cui l'art. 274 cod. civ. fosse stato dichiarato costituzionalmente illegittimo? Se, infatti, oggetto di tale fase era l'accertamento della verità

⁵⁶ Sull'autonomia del giudizio di delibazione rispetto a quello di merito v. S.U., 7 luglio 1988, n. 4506.

biologica, poteva rappresentare un problema negare, invocando un contrario interesse del minore, la pronunzia giudiziale di paternità o maternità naturale⁵⁷. Tuttavia la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 216 /1997, respingeva ancora l'esistenza di un contraddittorietà intrinseca della norma, sottolineando come l'esame dell'interesse del minore al riconoscimento, pur costituendo una componente essenziale dell'oggetto del giudizio di ammissibilità, non era incompatibile con le ragioni di tutela del convenuto, cui era ispirata la norma stessa⁵⁸.

Ma il supporto al *favor veritatis*, offerto dal progresso scientifico e la diversa considerazione per le famiglie non fondate sul matrimonio, conseguenza anche di un comune sentire meno ideologizzato, rendevano, ormai, la predetta norma, un «ramo secco»⁵⁹, finalmente, reciso dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 50/2006⁶⁰.

I ruoli si invertono: il principio della responsabilità dei genitori per il solo fatto della procreazione, di cui al comma 1 dell'art 30 Cost. non è posto più in posizione inserviente rispetto al principio della compatibilità con i diritti dei componenti della famiglia legittima, di cui al comma 3, e tende a divenire parametro in base al quale valutare la legittimità delle norme codicistiche in tema di filiazione naturale.

⁵⁷ Cfr. M. SESTA, *La sospetta illegittimità dell'art.274 cod.civ.: che fine farà l'interesse del minore?*, in *Fam. e dir.*, 6, 2003, 543.

⁵⁸ Corte cost., 3 luglio 1997, n. 216, in *Dir. fam.*, 1997, I, 1269 ss. ed in *Foro it.*, 1998, I, 38 ss. che ha precisato che il procedimento era ispirato a due finalità concorrenti e non in contrasto fra loro: «da tutela del convenuto contro azioni temerarie e ricattatorie e, soprattutto, la tutela del minore il cui interesse sta nell'affermazione di un rapporto di filiazione veridico che non pregiudichi la formazione e lo sviluppo della propria personalità».

⁵⁹ Così R. PADOVA, *Un ramo ormai secco: il procedimento di ammissibilità dell'azione di paternità o maternità naturale*, nota a Cass., 7 maggio 1983, n. 3112, in *Giust. civ.*, II, 858 ss.

⁶⁰ Corte cost., 10 febbraio 2006, n. 50 commentata da M. FINOCCHIARO, *Un'inutile duplicazione di giudizi non più al passo con i tempi*, in *Guida al dir.*, 9, 2006, 58 ss.; V. CARBONE, *Paternità naturale: incostituzionale la fase preliminare del giudizio*, in *Corr. giur.*, 4, 2006, 500 ss., in *Fam. dir.*, con nota di M. Sesta, 240 ss., in *La nuova giur. civ. comm.*, 2, 2007, con nota di A. Astone, 172 ss.

L'atavico pregiudizio nei confronti di chi non è stato cullato nelle rassicuranti mura della famiglia legittima⁶¹, sembrava, tuttavia, trovare una reviviscenza con la sentenza n. 335/2009 della Corte costituzionale, con cui era rigettata la questione di legittimità del diritto di commutazione, *ex art.* 537, comma 3, cod. civ. Nella normativa precedente la riforma del 1975⁶², come già evidenziato, il figlio naturale, oltre ad essere destinatario di una quota di eredità, inferiore a quella spettante ai figli legittimi, poteva subire la conversione della propria quota su richiesta dei figli legittimi, titolari di un diritto incondizionato di opzione. L'istituto della commutazione aveva la finalità di conservare il patrimonio familiare nella sua integrità, impedendo che a soggetti estranei alla famiglia legittima, venissero conferiti beni familiari in natura.

Eliminata la disparità di trattamento, in ordine al *quantum* delle quote, la rinnovata formulazione di tale diritto, pur attribuendo ai figli legittimi il diritto di commutare in denaro o beni immobili ereditari la quota ereditaria spettante ai fratelli naturali, riconosceva, rispetto al testo precedente, ai figli naturali la facoltà di opposizione. Tale disposizione, però, veniva ancora giustificata con l'esigenza di salvaguardare i diritti dei componenti della famiglia legittima, evitando che questi venissero privati di beni di valore affettivo sebbene, ad avviso quasi unanime degli studiosi, costituiva una norma «di dubbia costituzionalità» e di cui non era «agevole neppure individuare la *ratio* obiettiva»⁶³. Sorprendentemente,

⁶¹ Per una disamina del diritto romano in materia, in generale, G. COPPOLA, *La successione dei legittimari dal tardo-antico al post-moderno*, in questa *Rivista*, 2016; in particolare, ID., *La successione*, cit., 8 ss.

⁶² Anche nella materia successoria un ruolo significativo è stato svolto dalla Corte costituzionale: cfr. Corte cost. 14 aprile 1969, n. 79, in *Foro it.*, 1969, I, c. 1033 ss. che aveva dichiarato costituzionalmente illegittimi gli artt. 577, 567 e 468 cod. civ. L'incostituzionalità dell'art. 539 cod. civ. è pronunciata da Corte cost., 30 aprile 1973, n. 50, in *Giust. civ.*, 1973, III, 152, in *Foro it.*, I, 1973, 1684. In dottrina cfr. E. PEREGO, *L'incostituzionalità di alcune norme sulla successione legittima e necessaria dei figli naturali riconosciuti o giudizialmente dichiarati*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1973, 1223. v. sub nt. 30.

⁶³ Sono le parole di A. e M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia (Legislazione - dottrina - giurisprudenza)*, sub. art. 537 cod. civ., II, cit., 2286 che muovevano da una serrata critica alla disposizione di cui al comma 3 dell'art. 537 cod. civ. sostenendo che «il fondamento dello *jus commutationis* non è tanto la tutela della famiglia di sangue, legittima, quanto la

ancora la Corte costituzionale, con la sentenza n. 335/2009, sosteneva che la norma «lungi dal dirsi anacronistica», sarebbe stata idonea a consentire il recepimento «nel suo ambito dispositivo (di volta in volta, e secondo il sentire dei tempi) delle singole fattispecie, commisurate proprio a quella dinamica evolutiva dei rapporti sociali, che attualizza il precetto costituzionale». Secondo la Consulta non esisteva una contraddizione rispetto all'aspirazione alla tendenziale parificazione della posizione dei figli naturali, la cui tutela sarebbe stata garantita conferendo loro il potere di opporsi alla scelta dei fratelli legittimi. Il ruolo di «garante della parità di trattamento nella diversità» sarebbe stato demandato al giudice, cui competeva il riscontro di quella che la Corte costituzionale definiva «giusta causa dell'opposizione del figlio naturale».

5. *Lo 'status' unico di figlio*

Nonostante qualche battuta d'arresto in tema di diritto di commutazione, via via, la perdita di centralità della famiglia legittima, emerge in maniera palese. Conseguentemente anche l'ambito delle eccezioni al principio di eguaglianza tra i figli, quale che sia il contesto in cui è avvenuta la procreazione, sembra assottigliarsi sempre più. Il ruolo preminente assunto dalla verità biologica e la convinzione, ormai radicata nel tessuto sociale, che lo stato giuridico dei figli non possa dipendere dallo *status* dei genitori⁶⁴, nonché la spinta verso la salvaguardia dei diritti della

famiglia *legittima ex lege* (comprensiva, quindi, anche dei figli adottivi e dei legittimati) in odio dei figli naturali, nati fuori dal matrimonio e, perciò per tradizione, visti con disfavore dalla coscienza sociale, prima che dalla legge, per cui la discriminazione che si è detta è un logico corollario delle radici cui affonda l'istituto».

⁶⁴ M.G. CUBEDDU, *La disciplina dell'accertamento dello 'status' di figlio nei principali paesi europei*, in *'Familia'*, II, 2006, 869 ss.; R. SENIGAGLIA, *'Status filiationis' e dimensione relazionale dei rapporti di famiglia*, Napoli, 2013, *passim*.

persona, che deriva dalle norme costituzionali e sovranazionali⁶⁵, restituiscono centralità al primo comma dell'art 30 Cost. Si assiste al definitivo tramonto del limite di compatibilità, espresso nel terzo comma, della stessa disposizione.

Peraltro tale disposizione costituzionale sembrava non essere idonea, neanche più ad esaurire il disegno sui rapporti di filiazione, in quanto la lettura sistematica che deve esserne data, non poteva che comportare una necessaria relazione con altri principi, che assegnano alla persona il ruolo di valore apicale del sistema giuridico: il riferimento è alla Carta di Nizza che ribadisce il principio generale di uguaglianza, *ex art. 21*⁶⁶, che vieta qualunque forma di discriminazione fondata sulla nascita, all'art. 24 indica, al par. 1, fra i diritti del bambino quello a ricevere cure e protezione, funzionali al suo benessere e al par. 2 sancisce che in tutti gli atti, che riguardano i minori, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore degli stessi, deve essere considerato preminente.

Nei vari Paesi europei, *medio tempore*, erano state apportate modifiche⁶⁷ dirette ad abolire il sistema duale di *status* tra i figli, sulla scorta della

⁶⁵ In materia i contributi sono numerosi cfr. per tutti A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997 ed i riferimenti bibliografici ivi contenuti; M. BESSONE, *Sub art. 30 Cost.*, cit., 107 sottolinea come una previsione costituzionale che garantisce ai minori l'inviolabilità dei diritti fondamentali, nelle formazioni sociali dove si svolge la relativa personalità, esclude, in modo tassativo, autoritative imposizioni di modelli di comportamento, ideologie religiose, concezioni politiche accreditate nell'ambiente familiare.

⁶⁶ E. RUSSO, *Le idee della riforma del diritto di famiglia*, in *Studi sulla riforma del diritto di famiglia*, Milano, 1973, 12; G. GIACOBBE, *Prospettive costituzionali per la riforma della disciplina della filiazione*, *ivi*, 129; U. MAJELLO, *Dalla tutela dell'interesse superiore a quella della persona: evoluzione dell'esperienza giuridica in materia di rapporti familiari*, in *La civilistica italiana dagli anni 50 ad oggi*, Padova, 1991, 107 ss.; A.M. SANDULLI, *Rapporti etico-sociali, sub artt. 29-31 Cost.*, *Commentario al diritto italiano della famiglia*, a cura di Cian, Oppo e Trabucchi, 1992, 21.

⁶⁷ In Germania, con la riforma del diritto di filiazione, *Kinderschaftsrechtsreform*, è stata operata una totale equiparazione fra i figli ed è stata eliminata la terminologia che li distingueva in legittimi e non legittimi. Cfr. D. HENRICH, *La riforma della filiazione in Germania*, in *Annuario del diritto tedesco* diretto da S. Patti, 1998, 33; in Francia, l'uniformazione è avvenuta con l'*ordonnance* 4 luglio 2005, n. 759: per un'analisi in chiave

considerazione che gli strumenti di tutela della famiglia legittima non potevano realizzarsi attraverso la violazione dei diritti della persona, per fatti ad essa non imputabili perché riconducibili allo *status*⁶⁸. In questa linea si era mossa la *Commission on european family law*, con l'elaborazione di un complesso di *Principles*, diretti ad offrire un modello ai legislatori nazionali, in modo da operare un'armonizzazione del diritto di famiglia europeo: la tendenza andava verso un'identità di disciplina, indipendentemente dalla discendenza o dallo stato familiare dei genitori⁶⁹.

In particolare, all'inizio del 2007, i principi sulla responsabilità genitoriale, che erano stati elaborati dalla Commissione, sottolineavano che a fianco o, in sostituzione dei genitori, anche altri soggetti possono assumere tale responsabilità: fra questi, ad esempio, il *partner* del genitore con il quale il minore convive, che può avere la facoltà di partecipare alle decisioni sulle questioni quotidiane, qualora l'altro genitore non si opponga⁷⁰.

comparata v. A. DIURNI, *La filiazione nel quadro europeo*, in *Tratt. Ferrando*, cit., 43. La Corte di Strasburgo aveva, da tempo, affermato l'uguaglianza tra tutti i figli: tra i primi casi, Corte EDU, 13 giugno 1979, c. 342, *Marckx c. Belgio*, in *Foro it.*, 1979; Corte EDU, 1 febbraio 2000, *Mazurek c. Francia*. In Spagna, con la ley 26/2015, si è affermata la *Responsabilidad parental*, in sostituzione della preesistente *patria potestad*, su cui v. H. CAMPUZANO TOMÈ, *La responsabilidad parental y su ejercicio en supuestos de falta de convivencia de los progenitores: regulacion actual del codigo civil y perspectivas de futuro*, in *Rev. der. priv.*, 1, 2017, 3 ss.

⁶⁸ F. UCCELLA, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo su alcune tematiche del diritto di famiglia e suo rilievo per la disciplina interna*, in *Giur. it.*, 1997, IV, 137.

⁶⁹ S. PATTI, *Il "principio famiglia" e la formazione del diritto europeo della famiglia*, in *Famiglia*, 2006, I, 529 ss.; R. PACIA, *I principi di diritto europeo della famiglia*, in *Eur. dir. priv.*, 2, 2009, 227 ss. Nonostante il contenuto, essenzialmente processuale, è significativo il fatto che il regolamento UE 2201/2003, relativo alla competenza, riconoscimento esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di rapporti di filiazione, aveva usato la definizione di responsabilità genitoriale. Sul regolamento, M. FINOCCHIARO, *Responsabilità genitoriale: dall'1 marzo 2005 «va in soffitta» l'istituto della patria potestà*, in *Guida dir.*, 2005, I, 9 ss.; M.G. CUBEDDU, *Modifiche alle leggi speciali in tema di filiazione, Diritto internazionale privato*, in *Filiazione - Commento al decreto attuativo*, cit., 294 ss.

⁷⁰ W. PINTENS, *I principi europei sulla responsabilità genitoriale. Introduzione al diritto della famiglia in Europa*, a cura di S. Patti e M.G. Cubeddu, Milano, 2008, 317 ss.

I cambiamenti significativi, registratisi a livello europeo, sospingono, così, ad una revisione del sistema italiano, legato ad un *favor matrimonii* che, alla luce dell'evoluzione sociale, appare ormai anacronistico⁷¹. Si giunge, pertanto, al passaggio dalla potestà genitoriale a quello della genitorialità responsabile⁷². L'eliminazione della distinzione tra figli legittimi e figli naturali comporta una nuova qualificazione del ruolo giuridico dei genitori nei confronti dei figli: la potestà genitoriale diventa responsabilità genitoriale, scaturente dal mero fatto della procreazione⁷³. Il rapporto verticistico tra genitori-figli si tramuta in un rapporto in cui i genitori assumono quello che è stato definito «un ufficio privato» che si specifica in poteri e doveri personali e patrimoniali⁷⁴, da esercitare nell'interesse esclusivo del figlio⁷⁵.

⁷¹ In dottrina l'esigenza di una revisione del sistema era stata prospettata, già da tempo, come si legge negli Atti del I convegno di Venezia promosso dalla Rivista di diritto civile, ove C.M. BIANCA, *La filiazione*, cit., 183, afferma che «l'equiparazione dello stato di figlio naturale allo stato di figlio legittimo» costituiva una delle «più pressanti esigenze morali che reclamano un mutamento della disciplina».

⁷² Sulla l. 219/2012 e il d.lgs. 154 /2013, in generale, v. *La riforma della filiazione*, a cura di C.M. Bianca, Padova, 2015; *Filiazione. Commento al decreto attuativo*, a cura di C.M. Bianca, Milano, 2014; M. DOGLIOTTI, *La filiazione fuori dal matrimonio*, in *Comm. Schlesinger, Busnelli*, Milano, 2015; A. PALAZZO, *La filiazione*, in *Tratt. Cicu, Messineo*, Milano, 2013; ID., *La riforma dello "status" di filiazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1, 245 ss.; L. ROSSI CARLEO, *La famiglia dei figli*, in *Giur. it.*, 2014, 1262 ss.; G.F. BASINI, *Lo stato di figlio*, in *Tratt. dir. fam. Bonilini*, IV, Torino, 2016, 3355 ss.; E. AL MUREDEN, *Dalla potestà alla responsabilità genitoriale*, in *Giur. it.*, 2014, 1266 ss.; U. SALANITRO, *La riforma della disciplina della filiazione dopo l'esercizio della delega*, in *Studi in onore di Giovanni Iudica*, Milano, 2014, 1253 ss.; M. SESTA, A. ARCERI, *Genitorialità e famiglia nella recente evoluzione legislativa*, in ID., *La responsabilità genitoriale e l'affidamento dei figli*, in *Tratt. Cicu, Messineo, Mengoni, Schlesinger*, Milano, 2016, 1 ss.

⁷³ A. GORASSINI, *La responsabilità genitoriale come contenuto della potestà*, in *Filiazione. Commento al decreto attuativo*, cit., 91 ss.

⁷⁴ C.M. BIANCA, *Diritto civile, 2.1. La famiglia*, Milano, 2014, 343.

⁷⁵ Già nel 2006, con la riforma sull'affidamento condiviso, era stato previsto il diritto del minore a conservare un rapporto significativo con gli ascendenti di ciascun ramo genitoriale, nel caso di separazione dei genitori v. C.M. BIANCA, *Il diritto del minore "all'amore" dei nonni*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 1, 155 ss.; P. SIRENA, *Il diritto del figlio minore di crescere in famiglia*, in *La riforma della filiazione*, cit., 125 ss.; A. MORACE PINELLI, *I provvedimenti riguardo ai figli (art. 337-ter.cod.civ.): le principali modifiche apportate dalla riforma*,

A cadere, altresì, è anche la «*capitis deminutio* perpetua e irrimediabile»⁷⁶, cui i figli incestuosi erano soggetti: in effetti, la Corte Costituzionale, con la sentenza 494/2002, prima richiamata, aveva ridimensionato il divieto di dichiarazione giudiziale di paternità riguardo a questa tipologia di figli. Oltre all'abolizione del termine «incestuoso» e del riferimento alla ignoranza del vincolo di parentela, da parte dei genitori, la riforma, ora sancisce che il figlio nato da persone, tra le quali esiste un vincolo di parentela, in linea retta all'infinito o in linea collaterale fino al secondo grado, ovvero un vincolo di affinità in linea retta, può essere riconosciuto previa autorizzazione del giudice, avuto riguardo al suo interesse.

Il parametro di riferimento, per il riconoscimento dei figli nati da persone legate da vincoli parentali, è legato all'esito del positivo accertamento dell'esclusivo interesse del figlio e a quello negativo dell'assenza di un pregiudizio che il figlio stesso potrebbe subire dal suo riconoscimento.

6. *La controversa genitorialità 'intenzionale sociale'*

Restituita centralità al primo comma dell'art. 30 Cost., con la riforma della filiazione⁷⁷, il principio in esso contenuto, della responsabilità per il solo fatto della procreazione, sembra, ora, sottoposto ad una rilettura, alla luce della piena realizzazione dell'interesse del minore e che, paradossalmente, passa ancora una volta attraverso la compressione del

in *La riforma della filiazione*, cit., 177 ss. Traguuardo significativo raggiunto è il riconoscimento, di cui all'art. 336-*bis* cod. civ., del diritto del minore, che ha compiuto i dodici anni e anche di età inferiore, in relazione alla sua capacità di discernimento, ad essere ascoltato, su cui v. G. BALLARANI, *L'ascolto nella riforma della filiazione*, in M. BIANCA, *Filiazione-Commento al decreto attuativo*, cit., 127 ss.

⁷⁶ È l'espressione che si legge nella sentenza della Corte costituzionale del 28 novembre 2002, n. 494, su cui v. nt. 47.

⁷⁷ L. LENTI, *La filiazione: novità, questioni aperte, principi*, in *Il nuovo diritto della filiazione*, a cura di L. Lenti e G. Ferrando, in *Trattato di diritto di famiglia*, II, diretto da P. Zatti *Le riforme 2012-2018*, Milano, 2018, 3 ss.

principio di verità che, così come affermato autorevolmente in dottrina, non appare più un «dogma assoluto»⁷⁸.

L'archetipo tradizionale di famiglia, caratterizzato da un padre, una madre ed i figli sembra infrangersi. «L'isola» della famiglia⁷⁹ si frantuma in un «arcipelago familiare»⁸⁰, abitato da famiglie allargate, componenti *same sex*, conviventi *more uxorio*, genitori *single* che si affacciano sulla scena dei diritti reclamando rispetto per la loro vita familiare⁸¹, cui fa da base

78 v. P. ZATTI, *Resistenza del modello coniugale: la doppia figura genitoriale*, Introduzione al vol. I del *Trattato di diritto di famiglia* (diretto da ID.), cit., 42; ID., *Interesse del minore e "doppia figura genitoriale"*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, 84 ss.; M. BIANCA, *La buona fede nei rapporti familiari*, in *I poteri privati e il diritto della regolazione*, Roma, 2018, 167 mette in evidenza il ruolo della buona fede in senso oggettivo e la sua prevalenza sul principio di verità.

79 Il riferimento è alla nota metafora della famiglia come «isola, che il mare del diritto può lambire soltanto» di C.A. JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in *Ann. Un. Catania*, 8, Napoli, 1949, 57.

80 F.D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2002, 509 ss. che manifesta perplessità su quello che definisce il processo di «disintegrazione della famiglia», su cui v. anche ID., *Il diritto della famiglia di fronte al problema della difficile integrazione delle fonti*, in *Riv. dir. civ.*, 6, 2016, 1447 ss.; in chiave critica anche M. PARADISO, *Navigando nell'arcipelago familiare, Itaca non c'è*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 56 ss.; S. PATTI, «Principio famiglia» e diritto europeo della famiglia, in *Il ruolo della civilistica italiana nel modello di costruzione della nuova Europa*, a cura di V. Scalisi, Milano, 2007, 461 ss.; S. RODOTÀ, *Presentazione*, in F. GRILLINI, M.R. MARELLA, *Stare insieme. I regimi giuridici della convivenza tra status e contratto*, Napoli, 2001, XIV, che sottolinea la polisemia dei termini sposarsi e famiglia un tempo connessi strettamente fra loro; V. SCALISI, *Studi sul diritto di famiglia*, Padova 2014, 23 ss., ID., «Famiglia» e «Famiglie» in Europa, in *Riv. dir. civ.* 2103, 7 ss.; ID., *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia a oggi. Parte prima, Dalla «famiglia-istituzione» alla «famiglia-comunità»: centralità del «rapporto» e primato della «persona»*, in *Riv. dir. civ.*, 5, 2013, 1043 ss.; ID., *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia ad oggi. Parte seconda «Pluralizzazione» e «riconoscimento» anche in prospettiva europea*, in *Riv. dir. civ.*, 6, 2013, 1287 ss.; M. SESTA, *Unioni civili e convivenze; dall'unicità alla pluralità dei legami di coppia*, in *Giur. it.*, 7, 2016, 1792 ss.; T. AULETTA, *Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia*, in *Nuove leggi civ.*, 2016, 369 ss.

81 In dottrina era opinione sempre più diffusa, pur con innegabili resistenze, che la Costituzione non tutela solo la famiglia fondata sul matrimonio: quella delineata dall'art. 29 è una delle famiglie che possono trovare garanzia nel dettato costituzionale, in quanto l'art. 2 conferisce legittimazione a tutte quelle famiglie che, pur in mancanza del vincolo del matrimonio, costituiscono formazioni sociali meritevoli di tutela, al pari

la tutela di quella dignità, che è connotato imprescindibile della persona⁸². Sullo sfondo emerge il conflitto fra ‘bigenitorialità’ e ‘monogenitorialità’. La consapevolezza che la presenza di entrambi i genitori, su cui è maturata la legge sull’affido condiviso⁸³, costituisca il modello ideale per garantire lo sviluppo sano di un bambino, non esclude del tutto l’emanazione di provvedimenti ablativi o limitativi della potestà del genitore, di adozione di un minore o di affidamento esclusivo, in quanto la corrispondenza tra verità naturale e certezza legale

della famiglia legittima v. P. ZATTI, *Introduzione*, cit., 37 ss.; L. MENGONI, *La famiglia in una società complessa*, in *Justitia*, 1990, 7; V. SCALISI, *La famiglia e le famiglie*, in *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno*, Milano, 2005, 211 ss.; G. DI ROSA, *Forme familiari e modello matrimoniale tra discipline interne e normativa comunitaria*, in *Eur. dir. priv.*, 3, 2009, 755 ss., in cui è affrontato il problema, della compatibilità, con il principio di non discriminazione, del divieto del matrimonio fra coppie dello stesso sesso. Prima ancora cfr. M. SESTA, *Il matrimonio estero tra due cittadini italiani dello stesso sesso è trascrivibile in Italia?*, in *Fam. dir.*, 2007, 166 ss.

⁸² Il tema è stato ampiamente indagato in dottrina : cfr. da ultimo F.D. BUSNELLI, *Le alternanti sorti del principio di dignità della persona umana*, in *Riv. dir. civ.*, 5, 2019, 1071 ss.; V. SCALISI, *L’emeneutica della dignità*, Milano, 2018, *passim*.

⁸³ L’affido esclusivo costituiva la prassi consolidata nelle aule giudiziarie rispetto all’affidamento congiunto ed alternato, di cui si registrava un modesto grado di applicazione, in considerazione dell’oggettiva difficoltà di attuazione, dovuta alla conflittualità esistente fra i genitori. Secondo la riformulazione dell’art. 155 cod. civ. il giudice deve valutare, prioritariamente, la possibilità che i figli minori restino affidati ad entrambi i genitori. Tuttavia, ancora una volta il principio della ‘bigenitorialità’ entra in crisi quando l’affidamento all’altro genitore sia contrario all’interesse del minore, secondo quanto stabilito dall’art. 155-*bis* cod. civ. Nel sistema previgente, inoltre, si registrava ancora una discriminazione in ordine alla competenza giurisdizionale per i procedimenti di affidamento dei figli che, per i figli legittimi, era del Tribunale ordinario, per quelli naturali del Tribunale dei minori, con conseguente diversità del rito da applicare che, in un caso è quello proprio dei procedimenti di separazione e divorzio, nel caso della prole naturale era il rito camerale, disparità che non colmata dalla l. 54/2006 che, pur applicandosi ‘ai procedimenti relativi ai figli dei genitori non coniugati’, non ha affrontato il problema del giudice competente, così L. BALESTRA, *Sul tribunale competente in ordine all’affidamento e al mantenimento dei figli naturali: una condivisibile presa di posizione della Cassazione*, in *Corr. giur.*, 2007, 957 ss., nota a Cass., ord. 3 aprile 2007, n. 8362. Con la riforma della filiazione il giudice ordinario è competente anche per la determinazione delle condizioni di affidamento e mantenimento dei figli nati fuori del matrimonio.

della filiazione, trova un limite nel segno del superiore interesse del minore.

Stesso principio fa da sfondo all'orientamento giurisprudenziale diretto a salvaguardare tale interesse da forme di abuso dei poteri, racchiusi nella cornice della responsabilità genitoriale, poste in essere dal genitore biologico nei confronti del c.d. genitore sociale.

Il progressivo affermarsi di un variegato universo familiare che trova, altresì, riconoscimento con l'introduzione della legge sulle unioni civili e convivenze di fatto⁸⁴ comporta, pertanto, la necessità di un adeguamento alla mutata realtà sociale, in cui la genitorialità può essere anche solo 'intenzionale', prescindendo dal dato biologico.

In tal senso è stato e continua ad essere interpretato il divieto di uno *jus poenitendi* nei confronti di colui che si è assunto la responsabilità della nascita di un bambino, indipendentemente dall'apporto biologico, consentendo alla fecondazione eterologa⁸⁵ della compagna non potendo esperire il disconoscimento della paternità.

⁸⁴ Per un quadro generale sulla l. 76/2016 G. PALMERI, *Le unioni civili. I rapporti con i figli*, nel *Trattato dir. fam.*, diretto da Zatti, *Le riforme*, I, *Legami di coppia e modelli familiari*, a cura di G. Ferrando, M. Fortino e F. Ruscello, Milano, 2018, 85 ss.; N. CIPRIANI, *La disciplina delle unioni civili: un punto d'arrivo o un punto di partenza?*, in *Foro it.*, 2017, c. 2170 ss.; *Unioni civili e convivenze di fatto: la legge*, in *Giur. it.*, a cura di P. Rescigno e V. Cuffaro, 2016, 1771 ss.; M. LUPOI, C. CECHELLA, V. CIANCIOLO, *Unioni civili e convivenze. Guida commentata* alla l. n. 76/2016, Rimini, 2016 e il numero monografico di *Famiglia e diritto*, n. 10, 2016, L. 20 maggio 2016, n. 76, *L'istituzione dell'unione civile fra persone dello stesso sesso, e la disciplina delle convivenze* ed i contributi ivi contenuti, 845 ss. V. altresì gli atti del Convegno *Modelli familiari e nuovo diritto*, tenutosi a Padova il 7/8 ottobre 2016, a partire dall'*Introduzione al Convegno* di P. ZATTI, in *Nuova giur. civ. comm.*, 12, 2016, 1663 ss., in cui, in merito alla l. 76/2016, l'A. ricorre all'espressione di «minestrone normativo» per indicare l'articolo 1, composto da ben sessantanove commi, con il quale è stata dettata la disciplina in materia. In chiave critica v. M.R. MARELLA, *Qualche notazione sui possibili effetti simbolici e redistributivi della legge Cirinnà*, in *Riv. crit. dir. priv.* 2, 2016, 231 ss.

⁸⁵ Per la declaratoria d'incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa v. Corte cost., 10 giugno 2014 n. 162, in *Eur. dir. priv.*, 2014, con nota di C. Castronovo, 1105 ss., in *Dir. fam. pers.*, 2014, con nota di L. D'Avack, 1005 ss., in *Foro it.*, 2014, 1, con nota di G. Casaburi, 2324 ss., in *Resp. civ. prev.* 2014, con nota di G. BERTI DE MARINIS, 1716 ss.; Cfr., altresì, A. NICOLUSSI, *Autonomia contrattuale e diritti della persona*, in *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, a cura di S. Mazzamuto e L. Nivarra, Torino,

Si pongono, pertanto, in risalto, al di là della mera derivazione biologica, i valori di responsabilità rispetto ad una decisione liberamente assunta. Nel caso dello ‘scambio di provette’⁸⁶, la giurisprudenza sottolinea proprio come l’idea di famiglia «si sia andata sganciando dal dato biologico e genetico, divenendo sempre più il luogo degli affetti e della solidarietà reciproca. Ne consegue che, in alcuni casi, l’interesse del figlio alla stabilità del rapporto di filiazione può prevalere sulla verità genetica o biologica del rapporto *de quo*»⁸⁷. Ciò pur in presenza di

2016, 140 ss.; A. RUGGERI, *La Consulta apre alla eterologa ma chiude, dopo averlo preannunciato, al “dialogo” con la Corte EDU (a prima lettura di Corte cost. n. 162 del 2014)*. Per un quadro sugli interventi, soprattutto, della Corte costituzionale che hanno ridefinito la l. 40/2004 v. M. FORTINO, *Cronaca di una morte annunciata*, relazione introduttiva alle Giornate di studio su *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un’esperienza, problemi e prospettive*, Messina 5-6 maggio, 2016. Sull’impianto originario della l. 40/2004 v., *La procreazione medicalmente assistita*, a cura di M. Fortino, Torino, 2005, *passim*. Corte cost. n. 95/2015, a sua volta, ha consentito l’accesso alla PMA alle coppie fertili portatrici di gravi malattie genetiche trasmissibili al nascituro «accertate da apposite strutture pubbliche». Si è eliminata, con ciò, l’altra «palese antinomia», già censurata dalla Corte europea dei diritti dell’uomo, con la sentenza 28 agosto 2012, Costa e Pavan c. Italia.

⁸⁶ I.A. CAGGIANO, *Lo scambio di embrioni e le modalità di formazione dello status di figlio: il caso emblematico dell’ospedale Pertini*, in *Eur. dir. priv.*, 1, 2017, 299 ss.

⁸⁷ Trib. Roma, 20 agosto 2014, in *Dir. fam.*, 2015, 2, 549 ss. e, successivamente, Trib. Roma, 10 maggio 2016, in cui si legge che è principio-cardine dell’ordinamento il dato che la maternità naturale è ancora oggi legata al fatto storico del parto; che il marito della gestante è padre, e non più genitore (presuntivo) del figlio concepito durante il matrimonio. Sulla base di tali premesse, il Tribunale ha respinto la richiesta di riconoscimento del diritto ‘di genitorialità biologica’ sui nati, della coppia, i cui gameti erano stati erroneamente utilizzati per l’inseminazione in favore di un’altra coppia, ritenendo, nel caso specie, che i gemelli già nati avevano, con ogni probabilità, instaurato, sin dai primi giorni di vita, un significativo rapporto affettivo con entrambi i genitori, trovandosi già inseriti nella ‘loro’ famiglia. F. GIARDINA, *Interesse del minore: gli aspetti identitari*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1, 2016, 159; V. SCALISI, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2, 2018, 405 ss.; F.D. BUSNELLI, *Il diritto di famiglia di fronte al problema della difficile integrazione delle fonti*, in *Riv. dir. civ.*, 6, 2016, 1463 ss.; L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 93. Per un quadro generale sulle Convenzioni sovranazionali G. FERRANDO, *La filiazione*, cit., 14 ss.; M. MANTOVANI, *I fondamenti*, cit., 15 ss.

pratiche, addirittura vietate, come quella della maternità surrogata⁸⁸. In proposito la Corte EDU, pur ricordando come esiste un margine di apprezzamento ampio degli Stati, come già sancito nelle sentenze gemelle *Menessone* e *Labassees*⁸⁹, su questioni eticamente e moralmente delicate, tuttavia, sottolinea come quando è in gioco un aspetto

⁸⁸ A. LORENZETTI, voce *Maternità surrogata*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., Agg., Torino, 2011; G. CASABURI, *La surrogazione di maternità tra divieto legislativo e aperture giurisprudenziali: lo stato dell'arte*, in *Foro it.*, 2016, 1, 3274; S. SERRAVALLE, *Maternità surrogata, assenza di derivazione biologica, e interesse del minore*, Napoli, 2018; A. VESTO, *La maternità tra regole, divieti e plurigenitorialità. Fecondazione assistita, maternità surrogata, parto anonimo*, Torino, 2018. U. SALANITRO, *Azioni di stato e 'favor minoris' tra interessi pubblici e privati*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 4, 2018, II, 556 ss.; F. ROMEO, *Surrogazione di maternità all'estero e ordine pubblico internazionale*, in *Giur. it.*, 4, 2018, 835 ss.; *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un'esperienza, problemi e prospettive*, a cura di S. Agosta, G. D'Amico e L. D'Andrea, Napoli, 2017; E. GIACOBBE, voce *Procreazione medicalmente assistita (diritto alla)*, in *Enc. di bioetica e scienza giuridica*, 10, Napoli, 2016; S. STEFANELLI, *Status, discendenza ed affettività nella filiazione omogenitoriale*, in *Fam. e dir.* 1, 2017, 83 ss.; A. RENDA, *La surrogazione di maternità e il diritto della famiglia al bivio*, in *Eur dir. priv.*, 2015, 415 ss.

⁸⁹ *Gran. ch.*, 10 april 2019, *Court of Cassation* (Request no. P16-2018-001). Dopo aver sospeso il giudizio nazionale in corso, sulla vicenda *Menesson*, oggetto della sentenza della Corte EDU, sez. V, 26 giugno 2014, *Menesson c. Francia*, ric. n. 65192/11, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2015 con nota di C. CAMARDI, 7 ss., la *Cour de cassation*, con provvedimento del 5 ottobre 2018, n. 638, ha chiesto un parere consultivo, ai sensi del protocollo addizionale 16, dell'1 agosto 2018; v. altresì, su una fattispecie analoga *Cour de cassation*, 5 ottobre 2018, n.637 www.courdecassation.fr, su cui cfr. F. BUFFA, *Gestation pour autrui: la prima richiesta di parere consultivo alla Cedu*, in *Questione Giustizia*, 11 ottobre 2018, www.questionegiustizia.it, 1 ottobre 2018. Due le questioni sottoposte all'attenzione dei Giudici di Strasburgo: la prima, in merito alla legittimità del rifiuto di trascrivere, nei registri dello stato civile, il certificato di nascita di un minore, nato all'estero da maternità surrogata, nella parte in cui menziona, come madre legale, la madre c.d. 'intenzionale' che, insieme al marito, padre biologico, stipula un accordo con un'altra donna, madre naturale del bambino. L'interrogativo posto è se uno Stato superi il margine di apprezzamento, a sua disposizione ai sensi dell'art. 8 CEDU. La *Cour* si è domandata, inoltre, se sia necessario distinguere a seconda che il bambino sia stato o meno concepito con i gameti della madre 'intenzionale'. In subordine, la *Cour* ha poi chiesto se, in caso di risposta affermativa ad una delle due questioni precedenti, la possibilità per la madre 'intenzionale' di adottare il figlio del coniuge, padre biologico, soddisfi i requisiti dell'art. 8 CEDU.

fondamentale dell'identità personale, come il riconoscimento dello *status* di filiazione, trattandosi di determinare l'ambiente in cui il minore deve vivere e le persone responsabili della sua crescita, tale margine, deve essere ristretto.

Nonostante i notevoli passi in avanti registratisi in materia, tuttavia, il bilanciamento fra *favor veritatis* e salvaguardia dell'interesse del minore, nonché il distacco rispetto al modello tradizionale di famiglia, creano ancora dilemmi, rispetto ai quali trovare un ragionevole equilibrio non appare poi così scontato, come si evince da una recente decisione delle S.U.⁹⁰. La Suprema corte ha enucleato il principio secondo cui il divieto della surrogazione di maternità è «qualificabile come principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante e l'istituto della adozione», sebbene i fatti imputabili agli adulti, che hanno fatto ricorso ad una pratica fecondativa illegale in Italia, non possano ricadere su chi è nato, il quale ha diritto alla conservazione dello *status filiationis*.

Proprio le S.U. sembrano 'risolvere' il *favor veritatis* nella parte in cui sostengono che il divieto di ricorso alla surrogazione di maternità, verrebbe a configurarsi come «l'anello necessario di congiunzione» tra la disciplina della procreazione medicalmente assistita e quella generale di filiazione, segnando il limite oltre il quale «il principio di auto responsabilità fondato sul consenso prestato alla predetta pratica», deve cedere, in quanto tornerebbe ad operare «il *favor veritatis*, che giustifica la prevalenza dell'identità genetica e biologica». Tale prevalenza non si tradurrebbe, osservano le S.U., nella cancellazione dell'interesse del minore, la cui salvaguardia, tenendo conto delle variabili complesse in gioco e la tutela di tali valori, « non irragionevolmente ritenuti prevalenti sull'interesse del minore, nell'ambito di un bilanciamento effettuato direttamente dal legislatore» non esclude la possibilità di conferire rilievo

⁹⁰ S.U., 8 maggio 2019, n.12193 in 'Familia', 3, 2019, con nota di M. Bianca, 345 ss., in *Fam. e dir.*, 2019, 7, con nota di M. Dogliotti, 667 ss., in *Nuova giur. civ. com.*, 4, 2019, con nota di A.G. Grasso, 757 e commenti di U. SALANITRO, *Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità*, in *Nuova giur. civ. com.*, 737 ss. e G. FERRANDO, *I bambini prima di tutto. Gestazione per altri, limiti alla discrezionalità del legislatore, ordine pubblico*, in *Nuova giur. civ. com.*, 815.

al rapporto genitoriale, mediante il ricorso ad altri strumenti giuridici, quali l'adozione in casi particolari⁹¹. Nello specifico, il riferimento è all'art. 44, 4 comma, lett. d, l. n. 184/1983⁹², definito «clausola di chiusura del sistema» che, le S.U. affermano, può operare tutte le volte in cui sia necessario salvaguardare la continuità della relazione affettiva ed educativa all'unica condizione della «constatata impossibilità di affidamento preadottivo», da intendersi, non già come 'impossibilità di fatto', derivante da una situazione di abbandono del minore, bensì come 'impossibilità giuridica' di procedere all'affidamento preadottivo, in quanto il bambino non è in stato di abbandono, perché, ad esempio, vive all'interno di una famiglia *same sex*.

La pronuncia delle S.U. legittima, per le coppie omosessuali, la *stepchild adoption* che trova, ora, un'indubbia 'consacrazione' anche nell'intervento adesivo, sullo specifico punto, della Corte costituzionale⁹³ che, in ordine ai divieti contenuti nella l. 40/2004⁹⁴, sottolinea come la

⁹¹ Sul punto V. BARBA, *Unione civile e adozione*, in *Fam. e dir.*, 2017, 381 ss.

⁹² R. SENIGAGLIA, *Genitorialità tra biologia e volontà. Tra fatto e diritto, essere e dover essere*, in *Eur. e dir. priv.*, 2017, 997 ss. ritiene che, mentre la trascrizione sia ammissibile nei confronti del genitore biologico, per il «genitore sociale» dovrebbe prospettarsi il rimedio dell'adozione in casi particolari; *contra* in giurisprudenza App. Napoli, 5 luglio, 2018, in cui si distinguono tre forme di genitorialità: quella biologica, quella nata da P.M.A. e quella da adozione legale. Si sottolinea che il *partner*, che richiede il provvedimento di adozione, dovrebbe *già essere considerato genitore sin dalla sua nascita*, nei casi in cui ha espresso, sia pure all'estero, il consenso di cui all'art. 6 della l. 40/2004. In dottrina, in tal senso, V. SCALISI, *Maternità surrogata: come "fare cose con regole"*, in *Riv. dir. cin.*, 2017, 1110, anche in *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un'esperienza, problemi e prospettive*, cit., 211 ss. che definisce "poco convincente il ricorso all'adozione, quale unica alternativa di genitorialità non biologica, non essendo d'altra parte detto che l'adozione realizzi l'interesse del minore alla migliore famiglia sostitutiva possibile».

⁹³ Corte cost., 18 giugno 23 ottobre 2019, n. 221 ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale formulate dai Tribunali di Pordenone (ord. 2 luglio 2018) e Bolzano (ord. 3 gennaio 2019) dirette ad ampliare la legittimazione al ricorso alla PMA. anche alle coppie omosessuali.

⁹⁴ Sull'impianto originario della l. 40/2004 v., in particolare, le perplessità manifestate sulla fecondazione eterologa da F.D. BUSNELLI, *Libertà di coscienza etica e limiti della norma giuridica: l'ipotesi della procreazione medicalmente assistita*, in *La procreazione medicalmente assistita*, cit., 67 ss.

ratio sia quella di garantire al minore quelle che, anche «alla luce degli apprezzamenti correnti nella comunità sociale, appaiono, in astratto, come le migliori condizioni di partenza», per lo sviluppo della personalità del nuovo nato: una famiglia ad *instar naturae*, due genitori, di sesso diverso, entrambi viventi e in età potenzialmente fertile ».

Questo approdo, tuttavia, sembra velare una certa debolezza dei percorsi argomentativi autorevolmente seguiti, dietro i quali appaiono trincerarsi le stesse ragioni ideologiche e politiche, che hanno costretto all'eliminazione dell'art. 5 dalla l. 76/2016⁹⁵, che avrebbe consentito quella stessa *stepchild adoption* che ora, a distanza di appena due anni, la

⁹⁵ L'art. 5 del progetto di legge originario sulle Unioni civili e convivenze di fatto, prevedeva la possibilità di adottare il figlio da parte del convivente del genitore. Prima dell'entrata in vigore della l. 76/2016, la giurisprudenza di merito, ponendo al centro proprio l'interesse del minore, peraltro, aveva ammesso la c.d. *stepchild adoption*, sulla base del presupposto che la valutazione del benessere psico-sociale dei membri del nucleo familiare non è legata tanto alla forma che il gruppo assume, quanto alla qualità dei processi e delle dinamiche relazionali che si attualizzano al suo interno. Cfr. Trib. Min. Roma, 23 dicembre 2015, in www.articolo29.it, con nota di A. Schillaci; App. Torino, 27 maggio 2016, n. 27, che ha riformato la decisione del Trib. min. Piemonte-Valle d'Aosta, dell'11 settembre 2015, nn. 258-259, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, con nota di A. Nocco, 205 ss.; Trib. Roma 30 luglio 2014, n. 299, in 2014, in *Dir. fam.*, 2014, con nota di R. Carrano e M. Ponzani, 1533 ss., in *Dir. fam. pers.*, II, 1, 2015, con nota di N. Cipriani, 174 ss., in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, con nota di J. Long, 117 ss., in *Fam. dir.* 2015, con nota di M.G. Ruo, 580 ss. La decisione è stata confermata da App. Roma, 23 dicembre 2015, in *Foro it.*, 2016, 2, I, 699 ss.; App. Firenze, 4 ottobre 2012, n. 1274, in www.cameraminorilefirenze.it; Trib. Roma 30 dicembre 2015; Trib. Bologna, 10 novembre 2014, n. 4701, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 387 ss. con nota di D. Ferrari. Dopo la l.76/2016 si sono registrati orientamenti contrastanti in giurisprudenza: si è espresso contro la *stepchild adoption* il Trib. min. Milano, 17 ottobre 2016, n. 261, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2, 2017, con nota di G. Ferrando, 171 ss., in *Riv. crit. dir. priv.*, 2, 2017, con nota di A. Astone, 305 ss. Successivamente, in senso favorevole v. App. Trento, 23 febbraio 2017. Ancora più in avanti sembra proiettarsi il Trib. min. Firenze, con una decisione del 7 marzo 2017, con la quale dichiara «di riconoscere ad ogni effetto in Italia», l'adozione legittimante di due bambini, pronunciata in Inghilterra, su istanza di una coppia *omo-sex*. Non si tratta più di riconoscere l'adozione del convivente omosessuale del genitore biologico del minore, ma di una vera e propria adozione piena di due bambini in stato di abbandono da parte di due uomini, privi di qualunque legame genetico con i minori.

giurisprudenza è giunta a riconoscere, indirettamente. Obiettivo è dare quella doverosa garanzia ad un interesse, quale quello dei bambini nati e cresciuti da coppie *same sex*, procreati all'estero, che rappresentano una realtà che l'ordinamento non può disconoscere ulteriormente.

Secondo gli interpreti, peraltro, non esistono dati che consentano di affermare che la convivenza del minore, con una coppia omofila e convivente, ingeneri una situazione di pericolo, a meno che non venga data prova certa che, in una determinata fattispecie, all'omosessualità della coppia si aggiungono seri e sicuri fatti e circostanze costituenti un reale, concreto pericolo per un sano e normale sviluppo psicofisico, morale ed educativo del minore⁹⁶.

Ed era stata proprio la stessa Corte costituzionale, prima della decisione n. 221/2019 appena richiamata, ad avere riconosciuto il diritto del minore a frequentare, anche dopo la rottura della convivenza, il partner omosessuale del genitore biologico, sulla base di un'interpretazione costituzionalmente orientata degli artt. 337-*bis* e 337-*ter* cod. civ.⁹⁷. Da ultimo la legge n. 4/2018, nel prevedere tutele

⁹⁶ Così Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, in www.art.29.it riguardo la possibilità di trascrivere nei registri dello stato civile di un Comune italiano l'atto di nascita, formato in Spagna e valido per il diritto spagnolo, di un bambino che risulta figlio di due donne (di cui una italiana) coniugate in quel Paese. Nel riconoscerne la trascrivibilità, ha sottolineato come la valutazione della compatibilità della legislazione straniera con l'ordine pubblico va effettuata verificando che quest'ultima non «contrasti con la esigenza di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo». In particolare, l'interesse superiore del minore si traduce, secondo la Corte, nel diritto all'integrazione nella famiglia d'origine sin dalla nascita, alla continuità dei rapporti con i suoi familiari, alla correlazione tra diritto alla vita privata e quello all'identità fisica e sociale. Il collegamento con il diritto all'identità è sottolineato da F. GIARDINA, "Morte" della potestà e "capacità" del figlio, in *Riv. dir. civ.*, 6, 2016, 1618; D. FERRARI, *Lo statuto giuridico dell'omogenitorialità in Italia e in Europa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, 111 ss.

⁹⁷ Corte cost., 20 ottobre 2016, n. 225, in www.personaedanno.it, Ottobre 2016, con nota di V. Cianciolo: la fattispecie concreta concerneva una coppia di donne che, nel corso della relazione sentimentale, aveva deciso di avere dei figli e una delle due ricorreva, così, alla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo in uno Stato estero, che si è conclusa con la procreazione di due gemelli. Intervenuta la fine del rapporto *same sex*, l'ex convivente del genitore biologico, che voleva mantenere rapporti con i figli dell'altra, proponeva ricorso, ai sensi dell'art. 737 cod. proc. civ.; la Corte

particolari a favore degli orfani di crimini domestici, contempla anche coloro che sono rimasti orfani a seguito dell'omicidio del genitore, commesso «dall'altra parte dell'unione civile»⁹⁸, così il legislatore riconosce, anche se indirettamente, l'esistenza di unioni civili caratterizzate dalla presenza di figli.

In conclusione, rinvenire, in un campo che tocca una materia così eticamente sensibile, una direttrice univoca appare complicato.

Il *best interest of the child* rappresenta, certamente, 'il faro', che deve guidare le scelte degli operatori coinvolti, in presenza di fattispecie che vedono come protagonista il minore, ma l'approdo verso l'attuale «arcipelago familiare»⁹⁹ comporta una continua tensione, che coinvolge non solo il formante giurisprudenziale ma anche quello normativo che, pur contrassegnati da evidenti segnali di adeguamento ai nuovi modelli familiari, stentano a riuscire a staccare, nettamente, il rapporto di

d'appello di Palermo, con ord. 31 agosto 2015, aveva sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 337-ter cod. civ., per conseguire una sentenza additiva, che estendesse la possibilità del minore di mantenere rapporti significativi anche con l'ex partner del genitore biologico. Tuttavia, la Corte costituzionale ha rigettato la questione ritenendo l'art. 333 cod. civ. già idoneo ad apprestare questo tipo di tutela. In particolare, la Corte costituzionale, ha, sottolineato come la previsione, contenuta nell'art. 333 cod. civ., svolge una funzione determinante nel caso in cui si verifichi un'arbitraria ed ingiustificata interruzione dei rapporti tra c.d. genitore sociale e minore, consentendo al giudice di adottare i provvedimenti più convenienti, qualora la posizione, assunta dal genitore biologico, sia pregiudizievole per l'armonioso sviluppo del bambino.

⁹⁸ In particolare l'art. 6, rubricato *Diritto alla quota di riserva in favore di figli orfani per crimini domestici*, sancisce che «La quota di riserva di cui all'articolo 18, comma 2, della l. 12 marzo 1999, n. 68, (Norme per il diritto al lavoro dei disabili destinatari di una quota di riserva, sul numero di dipendenti dei datori di lavoro pubblici e privati che occupano più di cinquanta dipendenti, pari a un punto percentuale) è attribuita anche ai figli orfani di un genitore a seguito di omicidio commesso in danno del genitore medesimo dal coniuge, anche se legalmente separato o divorziato, dall'altra parte dell'unione civile, anche se l'unione civile è cessata, o dalla persona legata da relazione affettiva e stabile convivenza, condannati ai sensi dell'articolo 577, comma 1, n. 1), ovvero comma 2, cod. pen.».

⁹⁹ Cfr. F.D. BUSNELLI, *La famiglia*, cit., 509 ss., in chiave critica rispetto al distacco dal modello tradizionale di famiglia. In tal senso anche E. GIACOBBE, *Due non è uguale a uno più uno. Bigenitorialità e rapporti omoparentali*, in *Dir. fam. e pers.*, 1, II, 2019, 261.

filiazione dalle rassicuranti sponde dell'isola della famiglia tradizionale, cui faceva riferimento C.A. Iemolo, nella celebre metafora¹⁰⁰.

Abstract

Il saggio si propone di illustrare l'evoluzione del principio della responsabilità dei genitori, per il solo fatto della procreazione, sancito nel primo comma dell'art. 30 Cost. che, sin dalla sua emanazione, avrebbe consentito di infrangere le discriminazioni e i pregiudizi nei confronti dei c.d. figli illegittimi, strettamente legati ad una concezione della famiglia, di tradizione romanistica, che ha notevolmente influenzato la nostra legislazione codicistica sia quella del 1865, sia quella del 1942. La forza dirompente che recava in sé, il primo comma dell'art. 30 Cost., tuttavia, era considerata tanto preoccupante da portare l'Assemblea costituente a inserire, nel terzo comma della stessa disposizione, il criterio della compatibilità, tra i diritti dei figli naturali con quelli dei componenti della famiglia legittima. Si trattava di una disposizione che era espressione di un principio compromissorio, funzionale a stemperare la tensione che animò il dibattito fra laici e cattolici nell'Assemblea costituente. Tale comma diventava, così, il contrappeso che consentiva di mantenere la discriminazione tra i figli, codificata già nel codice del '42. Sulla base delle riflessioni della dottrina e della giurisprudenza emerge, gradatamente, l'irragionevolezza, da un verso, della proclamazione dell'eguaglianza formale tra le due categorie di figli, nati all'interno e fuori del matrimonio e, dall'altro, delle disposizioni normative, che prevedevano trattamenti diseguali. I ripetuti appelli alla Corte costituzionale comportano un'evoluzione della sua giurisprudenza in questo specifico settore, diretta a delimitare l'ambito di applicazione del comma 3 dell'art. 30 Cost. La significativa riscrittura delle norme codicistiche del primo libro si realizza finalmente con la

¹⁰⁰ C.A. JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in *Ann. Un. Catania*, 8, Napoli, 1949, 57, v. sub. nt. 57.

riforma del diritto di famiglia del 1975 che, pur disciplinando il rapporto genitori-figli in maniera tendenzialmente paritaria è risultata, tuttavia, non del tutto completa come si evinceva dalla diramazione in due *status*, figli legittimi e naturali riconosciuti in sé, implicitamente discriminatoria.

L'ampliamento dei nuclei familiari non fondati sul matrimonio, recepito con una serie di interventi normativi, registratisi a livello europeo, sospingono, così, ad una revisione del sistema italiano, legato ad un *favor matrimonii* che, alla luce dell'evoluzione sociale, appare ormai anacronistico. Si giunge, pertanto, al passaggio dalla potestà genitoriale a quello della genitorialità responsabile. L'eliminazione della distinzione tra figli legittimi e figli naturali comporta una nuova qualificazione del ruolo giuridico dei genitori nei confronti dei figli: la potestà genitoriale diventa responsabilità genitoriale, scaturente dal mero fatto della procreazione.

Il progressivo affermarsi di un variegato universo familiare che trova, altresì, riconoscimento con l'introduzione della legge sulle unioni civili e convivenze di fatto comporta, ancora, la necessità di un ulteriore adeguamento alla mutata realtà sociale, in cui la genitorialità può essere anche solo 'intenzionale', prescindendo dal dato biologico.

The essay aims to illustrate the evolution of the principle of parental responsibility, due simply to the fact of procreation, enshrined in the first paragraph of art. 30 of the Constitution, that since its enactment, has allowed discrimination and prejudice towards 'illegitimate children' to be broken down. Discrimination and prejudice were closely linked to a conception of the family in the romanistic tradition, which has greatly influenced our codification legislation, both that of 1865 and of 1942. The disruptive force that the first paragraph of art. 30 of the Constitution contained, however, was considered so worrying as to lead the Constituent Assembly to insert, in the third paragraph of the same provision, the criterion of compatibility, between the rights of natural children and those of the legitimate family. It was a provision that was an expression of a compromising principle, aiming to ease the tension that animated the debate between lay people and Catholics in the Constituent Assembly. This paragraph thus became the counterweight that allowed discrimination to be maintained between children, already

codified in the code of 1942. On the basis of the reflections of doctrine and jurisprudence, the irrationality, on the one hand, of the proclamation of the formal equality between the two categories of children, born inside and outside marriage and, on the other hand, of the legal regulations, which laid down unequal treatment, slowly emerged. The repeated appeals to the Constitutional Court entail an evolution of its jurisprudence in this specific sector, aimed at defining the scope of application of paragraph 3 of art. 30 of the Constitution. The significant rewriting of the codification laws of the first book was finally realized with the family law reform of 1975 which, although it regulated the relationship between parents and children in a way that tended towards parity, was not, however, entirely complete as shown by the branching of recognized legitimate and natural children into two entities, which seemed in itself implicitly discriminatory.

The expansion of households not founded on marriage, incorporated into law with a series of regulations which are registered at European level, thus make a revision of the Italian system necessary. This system is predisposed towards marriage, which, in the light of social evolution, now appears anachronistic. We therefore arrive at a transition from parental rights to parental responsibility. The elimination of the distinction between legitimate children and natural children entails a new definition of the legal role of parents towards their children: parental rights becomes parental responsibility, arising from the mere fact of procreation. The continuous development of a variegated family universe which is, likewise, recognized by the introduction of the law on civil unions and de facto cohabitation also entails the need for further adaptation to the changed social reality, in which being a parent can be ‘intentional’, regardless of biological fact.

ANTONINA ASTONE
Ricercatrice di Diritto Privato
Università degli Studi di Messina
Email: antonina.astone@unima.it

