



RICONOSCIMENTO DI FIGLIO NATO DA RELAZIONE INCESTUOSA E AUTORIZZAZIONE DEL GIUDICE*

GASPARE LISELLA

SOMMARIO: 1. Incesto: un antico disvalore. – 2. Divieto di riconoscimento del figlio nato da relazione incestuosa: assoluto nel codice civile del 1865 (art. 180, n. 2) con relativa inammissibilità della dichiarazione giudiziale di maternità e paternità (art. 193, comma 1); circoscritto al genitore in mala fede nel codice civile del 1942 (art. 251) ma con improponibilità dell'azione diretta alla dichiarazione giudiziale di maternità e paternità (art. 278, comma 2). – 3. Riforma del diritto di famiglia del 1975: necessità dell'autorizzazione del giudice per il riconoscimento del figlio da parte del genitore in buona fede (art. 251 c.c.) e inammissibilità delle indagini sulla maternità e paternità nei casi di operatività del divieto di riconoscimento (art. 278 c.c.). – 4. Critica della dottrina dominante sulla necessità della buona fede del genitore. – 5. Dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 278, comma 1, c.c. Nuova formulazione dell'art. 251 c.c. (art. 1, comma 3, l. 10 dicembre 2012, n. 219): eliminazione di ogni riferimento alla buona fede del genitore; conferma della necessità dell'autorizzazione del giudice perfino in caso di riconoscimento di figlio legalmente capace. – 6. *Segue*: necessaria precedenza dell'autorizzazione rispetto al riconoscimento. – 7. Diversa funzione dell'autorizzazione se relativa a riconoscimento di figlio capace o incapace: funzione di valutazione sulla opportunità dell'accertamento in forma ufficiale della procreazione incestuosa nel primo caso (c.d. funzione di filtro); funzione anche di valutazione della rispondenza all'interesse del figlio dell'instaurazione del rapporto di filiazione nel secondo. – 8. Carezza di autorizzazione: condizione di ricevibilità del riconoscimento riguardo alla prima funzione; requisito di efficacia riguardo alla seconda. – 9. Funzione di filtro e necessità dell'autorizzazione anche ai fini della promozione nell'interesse dell'incapace dell'azione per la dichiarazione giudiziale di maternità e paternità.

1. Notizie su matrimoni tra consanguinei si hanno con riguardo a civiltà lontane nel tempo, quale quella egiziana o quella persiana¹. Perfino le Sacre scritture vi fanno cenno². E'

* Lo scritto riproduce la relazione tenuta all'incontro di studi su «Nuove frontiere della famiglia. La legge n. 219 del 2012» svoltosi presso il Dipartimento di Diritto Economia Management e Metodi Quantitativi dell'Università degli studi del Sannio di Benevento il giorno 24 maggio 2013.

¹ Cfr. F. HÉRITIER, *Incesto*, in *Enc.* Einaudi, 7, Torino, 1979, p. 235: «L'incesto non suscita sempre e ovunque immediati riflessi di repulsione o d'orrore; la punizione sociale per l'incesto va dalla semplice presa in giro alla morte; non in tutte le società si trovano divieti nettamente affermati e regolamentati; in un certo numero di società ben note (antico Egitto, Hawaii, regni bantu) le unioni incestuose sono perseguite all'interno della classe regnante e anche in misura più estesa (per l'Egitto tolemaico, ad esempio) in seno al gruppo dei funzionari, artigiani e commercianti urbani. Si potrebbero, infine, citare casi di società le quali, lungi dal conoscere il divieto d'incesto, fanno delle unioni incestuose la loro regola: tale sarebbe il caso, appunto, dell'antica Persia».



noto, peraltro, che l'incesto è uno dei quei disvalori che hanno segnato la nostra storia sin dai tempi più antichi³. Le relazioni sessuali tra persone legate sul piano personale ripugnano a tal punto che, accanto a quello di sangue, finisce con l'imporsi anche un concetto di incesto in considerazione di vincoli esclusivamente civili⁴.

Il disvalore, oltre alla configurazione di un reato (v. art. 564 c.p.), determina in ambito civilistico il divieto di celebrazione del matrimonio e il divieto dell'instaurazione del rapporto di filiazione: il primo rimasto sostanzialmente immutato nel tempo (v. art. 58 ss. c.c. del 1865; art. 87 c.c. del 1942; art. 87, nuova formulazione, c.c.); il secondo mitigato da deroghe sempre più importanti.

2. Così, se nel codice civile del 1865 il divieto di riconoscimento del figlio nato «da persone fra le quali non poteva sussistere matrimonio per vincolo di parentela, o di affinità in linea retta in infinito, o per vincolo di parentela in linea collaterale nel secondo grado» (art. 180, n. 2) è assoluto e il figlio non è «ammesso a fare indagini né sulla paternità né sulla maternità» (art. 193, comma 1), nel codice del 1942, in via di principio, è ribadita l'irriconecibilità del figlio nato da unione incestuosa, ma si ammette il riconoscimento da parte dei genitori che «al tempo del concepimento ignorassero il vincolo esistente tra di loro» o da parte del solo genitore che fosse stato «in buona fede» (art. 251); mentre le indagini sulla paternità e sulla maternità «sono escluse» in ogni caso (art. 278, comma 2), a dimostrazione che la riconecibilità non è prevista nell'interesse del figlio bensì nell'interesse dei genitori⁵.

3. Con la riforma del diritto di famiglia del 1975 viene ribadito che il riconoscimento è ammesso soltanto se i genitori «al tempo del concepimento ignorassero il vincolo esistente tra di loro o che sia stato dichiarato nullo il matrimonio da cui deriva l'affinità» (art. 251, comma 1, c.c.), ma si specifica anche che esso «è autorizzato dal giudice, avuto riguardo all'interesse del figlio ed alla necessità di evitare allo stesso qualsiasi pregiudizio» (comma

² Ad es., Abramo prese in moglie Sara, sorella di padre ma non di madre: «Inoltre essa è veramente mia sorella, figlia di mio padre, ma non figlia di mia madre, ed è divenuta mia moglie» (*Genesi*, 20, 12). Peraltro la stessa Bibbia vieta espressamente rapporti sessuali tra consanguinei: «Nessuno si accosterà a una sua consanguinea, per avere rapporti con lei. Io sono il Signore» (*Levitico*, 18, 6).

³ Si pensi soltanto alla tragedia di Edipo re.

⁴ Sugli impedimenti matrimoniali derivanti da rapporto di affinità, di adozione e perfino da rapporto di affiliazione v. art. 87 c.c.

⁵ Non a caso, se il riconoscimento è ammesso, il rapporto di filiazione si instaura indipendentemente dalla volontà del figlio: art. 250 c.c. Soltanto in ipotesi di matrimonio sciolto e in presenza di figli legittimi o legittimati o di loro discendenti legittimi «il riconoscimento non ha effetto se non dal giorno in cui è ammesso con decreto del Capo dello Stato previo parere del Consiglio di Stato» (art. 252, comma 3).



2)⁶. Coerentemente alla opzione di configurare il riconoscimento nell'interesse del figlio e non più nell'interesse dei genitori in buona fede, si dispone altresì che la paternità e la maternità «possono essere giudizialmente dichiarate nei casi in cui il riconoscimento è ammesso» (art. 269, comma 1, c.c.), sì che rimane esclusa l'ipotesi in cui questo è vietato a norma dell'art. 251 c.c. (art. 278, comma 1, c.c.).

4. Nonostante il radicale mutamento di prospettiva rispetto alla legislazione previgente, in dottrina si stigmatizza la scelta legislativa di vietare il riconoscimento ai genitori in mala fede, giacché, si osserva, in tal guisa si finisce con il far ricadere sui figli la colpa dei padri e delle madri⁷. Da qui un fondato dubbio di legittimità costituzionale dell'art. 251 c.c. con riguardo agli artt. 2, 3 e 30, commi 1 e 3, cost.

In effetti, la rilevanza della buona fede dei genitori può trovare adeguata giustificazione soltanto se si parte dall'idea che il riconoscimento è disposto nel loro esclusivo interesse e non in quello del figlio.

Né risulta del tutto convincente l'opinione che rinviene nella mala fede dei genitori il «parametro oggettivo ed insindacabile d'inidoneità assoluta della coppia incestuosa a costituire con il figlio un nucleo sociale, in cui possa essere proficuamente svolta quella funzione promozionale della personalità umana costituzionalmente tutelata ed incentivata»⁸. Infatti, a parte la considerazione che, là dove reputato utile, il giudice potrebbe escluderli dall'esercizio della potestà «provvedendo alla nomina di un tutore» (art. 317 *bis*, comma 2,

⁶ Proprio la necessità dell'autorizzazione è a fondamento del riferimento al matrimonio «dichiarato nullo» che si rinviene nella nuova formulazione dell'art. 251, comma 1, c.c. In effetti, se l'autorizzazione non fosse richiesta, il riconoscimento sarebbe ammesso (proprio come accadeva prima della riforma), posto che a norma dell'art. 78, comma 2, c.c. l'affinità cessa «se il matrimonio è dichiarato nullo, salvi gli effetti di cui all'art. 87, n. 4»: in argomento, cfr. A e M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia. Commento sistematico della legge 19 maggio 1975, n. 151. Legislazione-Dottrina-Giurisprudenza*, II, Art. 90-240, Milano, 1984, pp. 1663 e 1666 s.

⁷ Cfr., prima della riforma, M. GIORGIANNI, *La filiazione fuori del matrimonio*, in *La riforma del diritto di famiglia*. Atti del Convegno di Venezia, 11-12 marzo 1972, Padova, 1972, p. 135; C.M. BIANCA, *La filiazione in generale*, *ivi*, p. 120; L. MENGONI, *La filiazione fuori del matrimonio*, *ivi*, 140 s.; F. CARRESI, *La filiazione nel progetto di riforma del diritto di famiglia*, in *Dir. fam. e pers.*, 1973, p. 523 s.; dopo, L. CARRARO, *Il nuovo diritto di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 1975, I, p. 103; A.C. JEMOLO, *I figli incestuosi*, *ivi*, 1976, II, p. 564; U. MAJELLO, *Della filiazione naturale e della legittimazione*, in *Comm. del cod. civ.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 2° ed., 1982, p. 52 ss., ove altri riferimenti. In giurisprudenza, Cass., 4 luglio 2002, n. 9724, in *Fam. e dir.*, 2002, p. 473, con nota di V. CARBONE, *E' costituzionalmente legittimo il divieto di riconoscere il figlio incestuoso?*

⁸ C. MIRAGLIA, *Riconoscibilità dei figli incestuosi e tutela della persona umana*, in *Rass. dir. civ.*, 1981, p. 1063; v., anche, P. VERCELLONE, *La filiazione legittima, naturale, adottiva e la procreazione artificiale*, in *Tratt. dir. civ.* Vassalli, Torino, 1987, p. 88; M. SESTA, *Il riconoscimento del figlio naturale*, in *Il diritto di famiglia*, III, a cura di M. Dogliotti e M. Sesta, in *Tratt. dir. priv.* Bessone, IV, Torino, 1999, p. 102.



c.c.)⁹, come è stato opportunamente sottolineato, l'incesto in mala fede non necessariamente è indice di assoluta incapacità educativa¹⁰.

5. Di ciò sono convinti sia la Corte costituzionale, che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 278, comma 1, c.c., nella parte in cui esclude la dichiarazione giudiziale della paternità e della maternità naturali e le relative indagini, nei casi in cui, a norma dell'art. 251, comma 1, c.c. il riconoscimento dei figli è vietato¹¹; sia lo stesso legislatore che, di recente, con l'art. 1, comma 3, l. 10 dicembre 2012, n. 219, nel disciplinare la riconoscibilità del figlio incestuoso, ha espunto dal testo dell'art. 251 c.c. ogni riferimento alla buona o alla mala fede dei genitori.

Lo stesso legislatore, però, non soltanto ha confermato la necessità dell'autorizzazione del giudice¹² «avuto riguardo all'interesse del figlio e alla necessità di evitare allo stesso qualsiasi pregiudizio» (comma 1)¹³, ma ha anche riaffermato nell'art. 251 c.c. la competenza del tribunale per i minorenni (già disposta dall'art. 35, comma 1, disp.

⁹ In tal caso residuerebbe soltanto la funzione educativa il cui contenuto minimo pare individuato dal legislatore nel potere-dovere del genitore che non esercita la potestà di vigilare sull'istruzione e sull'educazione dei figli: cfr., con autorevolezza, M. GIORGIANNI, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, a cura di Carraro, Oppo e Trabucchi, I, 2, Padova, 1977, p. 762 ss.; U. MAJELLO, *Della filiazione naturale e della legittimazione*, cit., pp. 15 ss. e 117 ss.

¹⁰ Cfr. G. FERRANDO, *Filiazione naturale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, II, p. 774 s.; F. RUSCELLO, *La potestà dei genitori. Rapporti personali*, in *Il Codice Civile. Commentario* fondato da Schlesinger e continuato da Busnelli, Art. 315-319, Milano, 2° ed., 2006, p. 288; F. PROSPERI, in *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di G. Perlingieri, I, Napoli, 3° ed., 2010, p. 937, il quale rileva «l'irragionevolezza di una soluzione che nega l'accertamento del rapporto di filiazione sulla base di un'equazione tra consapevolezza dell'incestuosità del concepimento ed idoneità all'assunzione dei diritti e doveri nei confronti del figlio astratta ed indimostrabile, rinunciando ad operare di volta in volta una verifica concreta della rispondenza del riconoscimento all'interesse del figlio».

¹¹ Corte cost., 28 novembre 2002, n. 494, in *Giur. cost.*, 2002, p. 4064 ss., con nota di C.M. BIANCA, *La Corte costituzionale ha rimosso il divieto di indagini sulla paternità e maternità di cui all'art. 278, comma 1, c.c. (ma i figli irricognoscibili rimangono)*.

¹² Discorre di autorizzazione «discriminatoria, in quanto mantiene in vita una "categoria" particolare di figli», B. DE FILIPPIS, *La nuova legge sulla filiazione: una prima lettura*, in *Fam. e dir.*, 2013, p. 293.

¹³ La proposta di modifica dell'art. 251 c.c., inserita con un emendamento nel testo poi approvato in via definitiva, si rinviene nel disegno di legge n. 2122 presentato al Senato della Repubblica il 20 aprile 2010, ove nella relazione di accompagnamento si precisa: «Si prevede come necessaria l'autorizzazione giudiziale, quale forma di tutela del figlio stesso nei confronti di un'iniziativa che potrebbe essergli pregiudizievole, esponendolo al pericolo di un grave disagio familiare e sociale. La maggiore età non esclude la necessità dell'autorizzazione giudiziale in considerazione del grave pregiudizio che dal riconoscimento potrebbe derivare ai congiunti della persona riconosciuta».



att.)¹⁴ in caso di «riconoscimento di una persona minore di età» (comma 2), in tal guisa sciogliendo l'importante dubbio interpretativo sull'essenzialità dell'autorizzazione giudiziale in ogni caso¹⁵.

In effetti, vigente il vecchio testo, accanto ad una consistente corrente di pensiero che la considerava sempre necessaria¹⁶, v'era anche chi, con autorevolezza, reputava che essa, essendo richiesta a tutela dell'interesse particolare e non di un interesse pubblicistico, fosse essenziale soltanto in caso di figlio infrasedicenne, giacché nella diversa ipotesi bastava il suo assenso a norma dell'art. 250, comma 2, vecchia formulazione, c.c.¹⁷.

Dunque, è un dato acquisito che l'autorizzazione è di competenza del tribunale per i minorenni se il riconoscimento riguarda un minore di età e del tribunale ordinario nell'ipotesi contraria¹⁸.

6. Ma le innovazioni normative non finiscono qui. Nel vecchio testo dell'art. 251 c.c. ci si limitava a sancire che il riconoscimento «è autorizzato dal giudice» (comma 2).

¹⁴ Lo mette in evidenza F. TOMMASEO, *La nuova legge sulla filiazione: i profili processuali*, in *Fam. e dir.*, 2013, p. 253, nota 12.

¹⁵ L'altro dubbio interpretativo riguardava la valutazione alla quale era chiamato il giudice: sul presupposto che la buona fede fosse presunta, secondo la dottrina la valutazione atteneva esclusivamente all'eventuale pregiudizio del figlio anche soltanto di ordine morale: A e M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, II, cit., pp. 1666 e 1672; G. AUTORINO STANZIONE, *Diritto di famiglia*, Torino, 1997, p. 232, la quale specifica che l'autorizzazione riguarda l'interesse del minore e l'assenza di pregiudizi per il medesimo e dunque la disposizione che la prevede «non concerne che indirettamente la questione della buona fede dei genitori, perché l'accertamento del giudice non coinvolge tale aspetto se non per quanto influente sull'idoneità dei medesimi a svolgere la funzione educativa, nucleo essenziale del rapporto di filiazione»; mentre per la giurisprudenza di merito l'autorizzazione doveva avere riguardo anche alla buona fede dei genitori: Trib. min. Roma, 13 dicembre 1984, in *Giust. civ.*, 1985, II, p. 2639 ss.

¹⁶ A e M. FINOCCHIARO, *o.c.*, p. 1671; P. VERCELLONE, *La filiazione legittima*, cit., p. 88; M. SESTA, *Il riconoscimento del figlio naturale*, cit., p. 104.

¹⁷ L. CARRARO, *Della filiazione naturale e della legittimazione*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia* diretto da Oppo, Carraro e Trabucchi, IV, Padova, 1992, p. 118; v., altresì, G. AUTORINO STANZIONE, *Diritto di famiglia*, cit., p. 232.

¹⁸ In argomento cfr. L. LENTI, *La sedicente riforma della filiazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, p. 206, il quale critica la soluzione adottata, sul presupposto che sembra «inconcepibile attribuire al giudice il compito di valutare che cosa sia nell'interesse di una persona la quale è capace d'intendere e di volere ed è maggiorenne, oppure, benché ancora minorenni, ha avuto attribuito il pieno potere di autodeterminazione da un'altra norma di legge, parallela».



Pertanto, non si incontravano particolari ostacoli a configurare l'autorizzazione quale mero requisito di efficacia dell'atto e non quale elemento costitutivo¹⁹.

Nella nuova formulazione della disposizione, invece, è specificato che il figlio «può essere riconosciuto previa autorizzazione del giudice» (comma 1), sì che attualmente questa sembra porsi, rispetto al riconoscimento, quale elemento preliminare indispensabile.

Si pone perciò la questione di individuarne funzione e natura.

Se l'autorizzazione perseguisse, come nel passato, l'esclusiva finalità di verificare che l'instaurazione del rapporto di filiazione risponda effettivamente all'interesse del figlio nato da unione incestuosa, sicuramente si giustificherebbe in relazione al riconoscimento di un minore, anche in considerazione dell'abbassamento a quattordici anni dell'età richiesta per manifestare il suo assenso (v. art. 250, comma 2, nuovo testo, c.c.). Mentre si porrebbe un serio dubbio di legittimità costituzionale, per contrasto con gli artt. 2, 3, 29 e 30 cost., riguardo al figlio maggiorenne, giacché questo è perfettamente in grado (o comunque è assunto come tale) di valutare da sé quale sia il proprio interesse. Allora la competenza del tribunale ordinario potrebbe rimanere operativa soltanto per il maggiorenne incapace, segnatamente l'interdetto o il beneficiario di amministrazione di sostegno a questo equiparato *ex* art. 411, comma 4, c.c.²⁰.

7. Una tale chiave di lettura, tuttavia, appare riduttiva anche perché prima di prospettare un eventuale dubbio di legittimità costituzionale di una disposizione normativa bisogna fare ogni sforzo nel tentativo di individuare una interpretazione conservativa compatibile con i principi fondamentali. Del resto, la soluzione di riservare l'autorizzazione al riconoscimento del solo figlio infrasedicenne era prospettabile (e nella sostanza, come constatato, è stata proposta) già prima della riforma: ma nella vecchia disciplina non era specificato che essa dovesse precedere il riconoscimento²¹ e perciò si poteva configurare quale mero requisito di efficacia dell'atto. Da qui la possibilità della valutazione in positivo dell'interesse del figlio all'instaurazione del rapporto anche successivamente al riconoscimento.

¹⁹ L. CARRARO, *Della filiazione naturale e della legittimazione*, cit., p. 117; A e M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, II, cit., p. 1670: «L'intervento del giudice è considerato piuttosto che come autorizzazione al riconoscimento, come approvazione del riconoscimento stesso».

²⁰ Sull'applicabilità al beneficiario di amministrazione di sostegno di determinati effetti, limitazioni o decadenze previste da disposizioni di legge per l'interdetto o per l'inabilitato sia consentito rinviare a G. LISELLA, *Questioni tendenzialmente definite e questioni ancora aperte in tema di amministrazione di sostegno*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, p. 289 ss.

²¹ Ma v. art. 42, comma 2, d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396, che disciplina il riconoscimento di figlio naturale davanti all'ufficiale dello stato civile: «Per gli atti di riconoscimento che riguardano figli incestuosi, deve essere prodotta copia del provvedimento di autorizzazione al riconoscimento».



A seguito della riforma, invece, si richiede espressamente che l'autorizzazione debba precedere l'atto. E ciò evidentemente può incidere sulla individuazione della funzione dell'autorizzazione stessa, soprattutto se si considera che anche nella nuova formulazione dell'art. 251 c.c. è stato ribadito che essa ha sia la finalità di verificare che il riconoscimento risponda «all'interesse del figlio» sia quella «di evitare allo stesso qualsiasi pregiudizio».

Ebbene, proprio riguardo a questo secondo profilo, considerato il permanere di un giudizio sociale fortemente negativo sulle relazioni incestuose, forse è utile considerare che perché si possa ipotizzare un eventuale pregiudizio in senso morale non è necessaria l'instaurazione del rapporto di filiazione, dunque l'efficacia del riconoscimento, ma basta il semplice accertamento, in un atto ufficiale, della procreazione incestuosa.

D'altro canto, in quest'ordine di idee troverebbe opportuna giustificazione non soltanto che l'autorizzazione, a norma del nuovo testo dell'art. 251 c.c., debba precedere l'atto, ma anche che essa sia sempre richiesta, perfino se il riconoscimento riguardi il figlio capace. E' evidente, però, che, mentre là dove si tratti di un incapace il giudice deve procedere ad una valutazione della questione con criteri oggettivi, là dove sia coinvolta una persona capace legalmente e di fatto, deve concedere oppure no l'autorizzazione sulla base della sola volontà espressa dal figlio²².

Se nella nuova disposizione si rinviene anche questa, per così dire, funzione di filtro, in assenza di autorizzazione, il riconoscimento di figlio che risulti essere nato da relazione incestuosa non potrà essere fatto né nell'atto di nascita, né in apposita dichiarazione, posteriore alla nascita o al concepimento, davanti all'ufficiale dello stato civile, né in un atto pubblico (v. art. 254, comma 1, c.c.): si potrebbe discorre, pertanto, di atto irricevibile²³.

Più complesso è il discorso quando il riconoscimento è contenuto in un testamento, anche perché al riguardo si prescinde dalla forma di questo (art. 254, comma 1, c.c.). In caso di testamento pubblico, il riconoscimento dovrebbe comunque essere irricevibile, in quanto risulta al notaio che l'atto è *contra legem*²⁴. Là dove, invece, il riconoscimento sia contenuto in un testamento olografo o in un testamento segreto, sul presupposto che qui il contenuto dell'atto non è conoscibile dal pubblico ufficiale se non al momento della presentazione (art. 620, comma 1, c.c.) o dell'apertura (art. 621, comma 1, c.c.) della scheda, non si può pensare ad una forma di irricevibilità della disposizione testamentaria. Allora, sulla falsariga dell'art. 620, comma 6, c.c., si può soltanto ipotizzare un obbligo *ex lege* di cancellazione dal testamento e di omissione nel rilascio di copie.

²² In sostanza il giudice dovrebbe limitarsi ad accertare le volontà dell'interessato, sul modello dell'art. 2, comma 3, l. 26 giugno 1967, n. 458, in tema di trapianto di rene tra persone viventi, ove si demanda all'autorità giudiziaria la funzione di accertare, tra l'altro, che «il donatore si è determinato all'atto della donazione di un rene liberamente e spontaneamente».

²³ Sull'irricevibilità del riconoscimento tanto inammissibile quanto illegittimo, v. A. MUSIO e F. NADDEO, in *Il nuovo ordinamento dello stato civile. Commento al D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396*, a cura di P. Stanzione, Milano, 2001, p. 193 ss. (p. 197 s., con specifico riguardo alla filiazione incestuosa), ed ivi riferimenti.

²⁴ V. art. 28, comma 1, l. not.



In conclusione, sembra proprio che l'autorizzazione giudiziale di cui al vigente art. 251 c.c. svolga due diverse funzioni. Se relativa al riconoscimento di persona capace, si concretizza in una mera verifica da parte del giudice della volontà del figlio di non avere nulla in contrario a rendere pubblico il carattere incestuoso del concepimento: ovviamente ai fini dell'efficacia dell'atto sarà comunque necessario il suo assenso (art. 250, comma 2, c.c.). Se, invece, riguarda il riconoscimento di un minore di età o di altro incapace legale, oltre alla funzione di filtro, essa è finalizzata a verificare che l'instaurazione del rapporto di filiazione incestuosa risponda effettivamente all'interesse del figlio, non essendo sufficiente in tal caso né il pur sempre necessario assenso del figlio ultraquattordicenne (v. art. 250, comma 2, c.c.)²⁵, né il consenso dell'altro genitore che abbia effettuato il riconoscimento (comma 3). In ogni caso, là dove le circostanze lo consiglino²⁶ o là dove si propenda per la concessione dell'autorizzazione al riconoscimento, il figlio «che abbia compiuto gli anni dodici, e anche di età inferiore ove capace di discernimento, ha diritto di essere ascoltato» (art. 315 *bis*, comma 3, c.c.; v., anche, art. 250, comma 4, c.c.)²⁷.

8. In questa chiave di lettura differenti sono le conseguenze là dove il riconoscimento sia realizzato senza la preventiva autorizzazione. In caso di figlio capace, il pubblico ufficiale che riceve l'atto o che procede alla pubblicazione della disposizione testamentaria può incorrere in responsabilità oltre che in eventuali sanzioni disciplinari, anche se gli effetti non si dovessero produrre per carenza dell'assenso del figlio. Se, invece, si tratta di riconoscimento di incapace, a parte la responsabilità del pubblico ufficiale, la mancanza di autorizzazione dovrebbe conservare la natura di requisito di efficacia dell'atto e non assumere quella di elemento di validità, giacché diversamente si precluderebbe al figlio divenuto poi capace di manifestare il proprio assenso e, qualora abbia interesse all'instaurazione del rapporto di filiazione, lo si costringerebbe ad intraprendere un'azione di

²⁵ Ma v. L. LENTI, *La sedivente riforma della filiazione*, cit., p. 206, il quale, come constatato, anche con riguardo al figlio minore di età ultraquattordicenne, critica la soluzione adottata dal legislatore perché contraria all'autodeterminazione. In realtà, considerato il discredito sociale che ancora caratterizza l'incesto, sembra che si giustifichi la richiesta di una maggiore maturità di giudizio per l'assenso al riconoscimento di figlio concepito nell'ambito di una relazione incestuosa.

²⁶ Cfr. Cass., 15 maggio 2013, n. 11687, in *De Jure*, la quale ha precisato che l'audizione dei minori nelle procedure che li riguardano e in ordine al loro affidamento ai genitori è divenuta obbligatoria con l'art. 6 della Convenzione di Strasburgo sull'esercizio dei diritti del fanciullo del 1996, ratificata con l. 20 marzo 2003, n. 77, per cui ad essa deve procedersi, salvo che possa arrecare danno al minore stesso; Trib. Milano, ord. 30 aprile 2013, in www.personaedanno.it, secondo cui l'audizione dei minori non è obbligatoria: in linea di principio, infatti, va esclusa là dove risulti superflua oppure là dove rischi di pregiudicare l'equilibrio psico-fisico del fanciullo.

²⁷ Sull'applicabilità della disposizione anche agli interdetti giudiziali, v. G. LISELLA, *Questioni tendenzialmente definite e questioni ancora aperte in tema di amministrazione di sostegno*, cit., p. 287 ss.



dichiarazione giudiziale di paternità o maternità in aperto contrasto col principio di economicità dell'attività giuridica²⁸.

9. Le diverse funzioni dell'autorizzazione condizionano anche l'interpretazione di altre disposizioni normative. La funzione di filtro implica che l'autorizzazione sia necessaria anche in ipotesi di riconoscimento del figlio premorto «in favore dei suoi discendenti legittimi e dei suoi figli riconosciuti» (art. 255 c.c.). Mentre la verifica della rispondenza del riconoscimento all'interesse del figlio incapace porta ad escludere che si possa ipotizzare un'abrogazione tacita dell'art. 279 c.c. ad opera del nuovo testo dell'art. 251 c.c.

Ma soprattutto le due funzioni, a differenza di quanto disposto nell'art. 273 c.c., determinano la necessità dell'autorizzazione del giudice anche per proporre istanza di dichiarazione giudiziale di maternità o paternità a favore del figlio incapace nato da relazione incestuosa.

Come accennato, la Corte costituzionale in un primo momento ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 278, comma 1, c.c. nella parte in cui non ammette le indagini sulla paternità o maternità di genitori incestuosi in mala fede. A seguito di tale decisione, giustamente stigmatizzata in dottrina giacché manteneva in vita il divieto di riconoscimento²⁹, considerato il disposto dell'art. 273 c.c., risultava che, anche in ipotesi di filiazione incestuosa, mentre il genitore esercente la potestà poteva proporre l'azione nell'interesse del minore³⁰, il tutore doveva ottenere l'autorizzazione del giudice. In ogni caso l'azione era ammessa soltanto quando il giudice riscontrava «specifiche circostanze tali da farla apparire giustificata». Così recitava l'art. 274, comma 1, c.c., disposizione anch'essa successivamente dichiarata costituzionalmente illegittima³¹: nella decisione della Corte è, tuttavia, specificato che la valutazione dell'interesse del minore «non viene certamente meno

²⁸ Sotto questo profilo risulta poco convincente la decisione di Corte cost., 28 novembre 2002, n. 494, cit., là dove ha determinato la non corrispondenza tra riconoscibilità del figlio e dichiarabilità della maternità o paternità: prima della decisione della Corte, per una critica alla tesi della non corrispondenza tra riconoscibilità e dichiarabilità, sia consentito richiamare G. LISELLA, «I diritti dei figli privi di stato»: a proposito di un recente contributo, in *Rass. dir. civ.*, 1993, p. 360 ss., ove altri riferimenti.

²⁹ C.M. BIANCA, *La Corte costituzionale ha rimosso il divieto di indagini sulla paternità e maternità di cui all'art. 278, comma 1, c.c.*, cit., p. 4073, il quale rileva che «La persistenza del divieto di riconoscimento dei figli nati da genitori uniti da vincoli di parentela determina una vistosa incoerenza nella disciplina della filiazione»; M. DOGLIOTTI, *La Corte costituzionale interviene a metà sulla filiazione incestuosa*, in *Fam. e dir.*, 2003, p. 123 ss., spec. p. 126; in diverso senso, R. VILLANI, *Maggiore tutela ai figli incestuosi: dichiarata l'illegittimità dell'art. 278, comma 1, c.c. in materia di dichiarazione giudiziale e paternità e maternità naturale*, in *Studium iuris*, 2003, p. 563 ss., spec. p. 569 s.

³⁰ Sotto questo profilo la decisione della Corte è criticata da F. UCCELLA, *Sulla parziale illegittimità della disciplina sulla c.d. filiazione incestuosa: forti ombre su di un sentiero, che resta impervio*, in *Vita not.*, 2002, p. 1358 ss.

³¹ Corte cost., 10 febbraio 2006, n. 50, in *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 1093 ss., con nota di F.S. DAMIANI, *Sull'incostituzionalità del procedimento di ammissibilità dell'azione di riconoscimento della filiazione naturale*.



con la soppressione del giudizio di cui all'art. 274 del codice civile, ma potrà essere eventualmente deliberata prima dell'accertamento della fondatezza dell'azione di merito».

Allora, antecedentemente all'ultima modifica dell'art. 251 c.c., il quadro normativo sulla dichiarazione giudiziale di maternità o paternità riguardante genitori incestuosi, anche in mala fede, risultava essere il seguente: in caso di figlio capace l'azione non era soggetta ad alcuna autorizzazione, giacché la valutazione del suo interesse era garantita dal fatto che il diritto all'azione era riconosciuto soltanto a lui³²; in caso di incapace in tutela, a norma dell'art. 273 c.c., per proporre l'istanza era invece necessaria l'autorizzazione del giudice (commi 1 e 3), oltre al consenso (eventuale) del figlio ultrasedicenne (comma 2); in caso di minore in potestà, l'azione poteva essere proposta dal genitore soltanto col consenso del figlio sedicenne (commi 1 e 2), l'interesse del quale all'instaurazione del rapporto di filiazione doveva essere valutato dal giudice della causa prima di entrare nel merito dell'istanza.

Ebbene, se si condivide l'impostazione secondo cui la nuova formulazione dell'art. 251 c.c. richiede l'intervento del giudice anche in funzione di filtro della notizia, si deve concludere che l'autorizzazione è sempre necessaria, anche per proporre l'azione per la dichiarazione giudiziale della maternità o paternità incestuosa a beneficio del figlio in potestà³³, pena un fondato dubbio di legittimità costituzionale dell'art. 273 c.c. per ingiustificata disparità di trattamento.

³² Corte cost., 28 novembre 2002, n. 494, cit.

³³ La soluzione prospettata ha ripercussioni anche sulla competenza, giacché la rispondenza dell'istanza per la dichiarazione giudiziale della maternità o della paternità all'interesse del minore non è demandata al giudice del foro del presunto genitore (il tribunale ordinario a seguito della soppressione nel nuovo testo dell'art. 38 disp. att. del riferimento ai provvedimenti contemplati «nel caso di minori dall'art. 269, primo comma, del codice civile»), ma al giudice del foro del minore (il tribunale ordinario *ex art. 38, comma 2, disp. att.*, anche se al riguardo si potrebbe nutrire qualche perplessità in considerazione del carattere funzionale della competenza del tribunale per i minorenni di cui all'art. 251, comma 2, c.c.).