



IL DIRITTO ALLA GENITORIALITÀ E ALLE RELAZIONI FAMILIARI.

Maria Gabriella Stanzione

Sommario: 1. La legge 219 del 2012: l'attuazione di un principio costituzionale. – 2. L'impatto del progresso scientifico sul diritto di famiglia. – 3. Dal *favor veritatis* al pluralismo delle verità. – 4. L'emersione del rapporto affettivo. – 5. Verità biologica e responsabilità del genitore: il problema del riconoscimento di compiacenza. – 6. La nozione di genitorialità. – 7. Il diritto alla genitorialità e alle relazioni familiari: dalla potestà alla responsabilità. – 8. La "cogenitorialità" nelle famiglie ricomposte. – 9. Le questioni aperte: a) il terzo genitore. – 10. b) La richiesta di genitorialità della coppia omosessuale.

1. Il diritto della filiazione ha attraversato in tutta Europa, nell'ultimo trentennio, un'evoluzione assai significativa, nell'ambito di un mutamento di portata più generale che ha investito l'intero diritto di famiglia fino a coinvolgere l'idea stessa della struttura e delle finalità del consorzio familiare¹. La trasformazione cui si assiste è maggiore ancora di quella dell'ondata di cambiamento che ha percorso l'Europa negli anni 1960-70, culminata nelle leggi di riforma che si sono susseguite nella gran parte degli ordinamenti europei². Se quelle normative avevano funzionalizzato la disciplina allo sviluppo libero e armonioso dell'individuo e della persona secondo che l'orientamento fosse maggiormente individualista o relazionale³, in un'ansia di dare effettività agli impegni fondamentali dettati dal principio di

¹ Cfr. L. BALESTRA, E. BOLONDI, *La filiazione nel contesto europeo*, in *Fam. dir.*, 2008, p. 309 ss.; M. SESTA, *Diritto di famiglia*, Padova, 2005, p.1 ss.

² Fino a riconoscere in Francia con la l.26 maggio 2004 n. 2004-439 un vero e proprio "droit au divorcé", dopo un solo anno di separazione e cancellando la *clause de durété* che precedentemente il convenuto poteva invocare: v. P. MALAURIE-H. FULCHIRON, *Droit civil. La famille*, Paris, 3 ed, 2009, p. 234 s.

³ In generale sulla questione si rinvia ai contributi contenuti in AA. VV., *Famille, droit et changement social dans les sociétés contemporaines*, dir. Da M.-T. MEULDERS-KLEIN, Bruxelles, 1978 e spec. p. 11 ss.; cfr. altresì AA. VV., *Mariage et famille en question*, dir. da R. NERSON e H.A. SCHWARZ-LIEBERMAN VOM WAHLENDORF, Paris, 1978-1982; si rinvia altresì alle considerazioni di J. CARBONNIER, *L'hypothèse du non-droit*, in *Flexible droit*, Paris, VIII éd., 1995, spec. p. 231 ss. nonché a M.A. GLENDON, *State, Law and Family. Family Law in transition in the United States and Western Europe*, New York, 1977, *passim*. Cfr., altresì, J.-L. RENCHON, *La prégnance de l'idéologie individualiste et libérale dans les récentes réformes du droit de la personne et de la famille*, in AA.VV., *Mariage-conjugalité. Parenté-parentalité* sous la dir. de H. FULCHIRON, Paris, 2009, p. 209 ss.



eguaglianza, da quello di pari dignità e dal divieto di discriminazione⁴, non mettevano tuttavia in discussione le basi tradizionali della famiglia, in particolare le fonti di costituzione, la procreazione all'interno della medesima, la parentela fondata sulla filiazione legittima o naturale.

Oggi si assiste, invece, ad una rivoluzione del sistema, influenzata principalmente da due fattori: da un lato la perdita di centralità del matrimonio, che subisce la concorrenza di altre modalità coniugali, con la conseguenza che la filiazione assume un rilievo preponderante, quale atto fondante la famiglia. Dall'altro, la dirompente entrata in scena del progresso scientifico con l'avvento delle tecniche di procreazione medicalmente assistita – che disgiungono la riproduzione dalla sessualità – e l'introduzione della possibilità di accertare la verità biologica del legame di filiazione attraverso esami genetico-ematologici, con un margine di errore pressoché infinitesimale.

La famiglia diviene “incerta”⁵, perché mette in discussione l'unicità del modello familiare che rinviene il suo centro nel matrimonio, tanto che in dottrina si discute ormai da tempo non più di “famiglia” bensì di “famiglie”⁶. L'evoluzione della disciplina si connota pertanto

⁴ È sterminata la letteratura sulla rifondazione del sistema familiare improntata ai principi costituzionali che esaltano le situazioni reciproche dei singoli componenti il gruppo familiare precedentemente sacrificate a un variamente individuato interesse superiore. Per la bibliografia essenziale si rinvia a C.M. BIANCA, *Diritto civile. 2. La famiglia. Le successioni*, Milano, 1985, spec. p. 9 ss.; ma ancor prima P. RESCIGNO, *Persona e comunità*, Bologna, 1966, *passim*; P. PERLINGIERI, *Riflessioni sull'unità della famiglia*, in *Dir. fam. e pers.*, 1970, p. 7 ss.; adde G. AUTORINO STANZIONE, *Diritto di famiglia*, Torino, 2003, spec. p. 4 ss.; A. G. PARISI, *Il matrimonio. Profili generali*, in G. AUTORINO STANZIONE (diretto da), *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza. Trattato teorico-pratico*, Torino, 2^a ed., 2011, I, p. 71 ss.; cfr. altresì P. STANZIONE, *Manuale di diritto privato*, II ed., Torino, 2009, p. 324. Doveroso è il riferimento a J. CARBONNIER, di cui in particolare si cita dell'amplessissima produzione la conferenza pronunciata ad Algeri il 19 aprile 1961, inedita e ora in J. CARBONNIER, *Écrits, textes rassemblés par R. VERDIER*, Paris, II éd., 2010, p. 96 ss. e, per una visione ampliata ai sistemi di *common law*, M.A. GLENDON, *The Transformation of Family Law – State, Law and Family in the United States and Western Countries*, Chicago, 1989, *passim*. In prospettiva storica, cfr. altresì G. SALVIOLI, *Manuale di storia del diritto italiano. Dalle invasioni germaniche ai nostri giorni*, Torino 1890, p. 305 s.; L. DUCROS, *La société française au dix-huitième siècle*, Paris, 1933, *passim* e spec. p. 66 ss.; P. UNGARI, *Il diritto di famiglia in Italia dalle Costituzioni “giacobine” al Codice civile del 1942*, Bologna, 1970, p. 211 s., 221 s.; G. DELILLE, *Famiglia e proprietà nel Regno di Napoli. XV-XIX secolo*, Torino, 1988, p. 111 ss., 213 ss.; G. VISMARA, *Scritti di storia giuridica*, V, *La famiglia*, Milano, 1988, p. 34 ss.; G. AUTORINO STANZIONE e P. STANZIONE, *Sulla concezione della famiglia nell'Italia del XVIII secolo*, in *Dir. fam. pers.*, 1992, p. 316 ss. Sullo scarso – o nullo – rilievo della volontà della donna, durante il periodo anteriore alle moderne codificazioni cfr. per tutti F. BRANDILEONE, *Saggi sulla celebrazione del matrimonio in Italia*, Milano, 1906, p. 360; J. GOODY, *Famiglia e matrimonio in Europa*, Bari, 1995, p. 27 ss.

⁵ L'espressione è di L. ROUSSEL, *La famille incertaine*, Paris, 1989, *passim* e spec. p. 12 ss.

⁶ Cfr. V. SCALISI, *La “famiglia” e le “famiglie” (il diritto di famiglia a dieci anni dalla riforma)*, in *Scritti catanzaresi in onore di Angelo Falzea*, Napoli, 1987, p.431 ss.; ID., “Famiglia” e “famiglie” in Europa, relazione svolta al convegno *Persona e comunità familiare, 1982-2012*, in www.comparazioneditto civile.it; V. CARBONE, *Crisi della famiglia e principio di solidarietà*, relazione svolta al convegno *Persona e comunità familiare, 1982-2012*, *ibidem*; C. MAZZÙ, *Nuovi modelli*



– dapprima in Francia ma vale oggi per la gran parte degli ordinamenti europei – per la scelta di un diritto flessibile, secondo il principio “à chacun sa famille, à chacun son droit”, affermato dall’artefice della grandi riforme del diritto di famiglia francese, Jean Carbonnier⁷. La filiazione e la “genitorialità”, la prima che consacra la seconda, acquistano nella dimensione familiare un ruolo preponderante, anzi primario rispetto a tutte le altre funzioni, poiché la trasmissione della vita genera un ordine genealogico cui nulla è indifferente. In questo settore, la visione di Carbonnier gioca un ruolo fondamentale, specie nella riforma del 1972⁸: essa si pone a fondamento di un diritto che guarda al superamento delle differenze di *status*, aprendo la strada ad una normativa nella quale – finalmente – i termini e le nozioni di paternità e di maternità si sostituiranno, nella sostanza e nel lessico utilizzato, a quelli di filiazione legittima e naturale: così avverrà in Francia con l’Ordonnance del 4 luglio 2005, laddove come conseguenza inevitabile della consacrazione dell’eguaglianza di tutti i figli, quale che sia il legame – o l’assenza di legame – tra padre e madre, scompaiono gli *status filiationis* confluiti nell’unico *status* di figlio *tout court*⁹.

Nel nostro ordinamento, l’entrata in vigore della Costituzione e la proclamazione dell’eguaglianza giuridica tra filiazione legittima e naturale eseguita sulle note della pari dignità, come dimostrano sul piano lessicale le espressioni utilizzate dall’art. 30 cost. – “figli nati fuori del matrimonio” – impone e ispira l’evoluzione successiva di “assicurare ogni

di status nel diritto di famiglia, ibidem, F.D. BUSNELLI, *La famiglia e l’arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 509 ss.

⁷ Dal 1962 al 1975 J. CARBONNIER redige tutti i progetti di riforma del diritto di famiglia francese, sulla tutela dei minori, nel 1964, sul regime patrimoniale dei coniugi, nel 1965, sui *majeurs protégés*, nel 1968, sulla autorità parentale, nel 1970, sulla filiazione, nel 1972, sul divorzio, nel 1975, sulle successioni ancora, nel 2001. Il “Flexible droit” che tanta influenza avrà nell’evoluzione dottrinale e giurisprudenziale ben al di là dei confini francesi, è del 1969 e raggiunge la decima edizione rivista dall’autore nel 2001. Oltre al primigenio *Droit civil. La famille*, di cui si cita la XX edizione, Paris, 1999, il riferimento è ai due volumi del manuale *Droit civil, I, Introduction. Les personnes. La famille, l’enfant et le couple*, di cui si cita l’edizione del 2004 e il volume II, *La famille, l’enfant et le couple*, di cui si cita la XXI edizione del 2002, si aggiungono, tra i tanti, *Assais sur les lois*, nel 1979; *Droit et passion du droit sous la Vème République* nel 1996 e *Des libéralités. Une offre de loi*, nel 2003. Cui si aggiungono i numerosissimi saggi incentrati per la maggior parte sulle persone e sulla famiglia e ora raccolti negli *Écrits*, cit. L’espressione nel testo è tratta da *Essais sur les lois*, in *Rép. not. Defrénois*, 1995, p. 185.

⁸ Così C. LABROUSSE-RIOU, *Présentation a Les liens de famille*, in J. CARBONNIER, *Écrits*, cit., p. 201 ss.

⁹ Ordonnance n. 2005-759 per la quale cfr. J. MASSIP, *Le nouveau droit de la filiation*, in *Rép. Defrénois*, 2006, pp. 6 ss., 91 ss., 209 ss.; T. GARÉ, *L’ordonnance portant réforme de la filiation*, in *JCP, G* 2006, I, p. 144; L. MAUGER-VIELPEAU, *La volonté et la filiation au regard du droit nouveau. (A propos de l’Ordonnance n. 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation)*, in *Pet. Aff.*, 27 juin 2007, 128, p. 3 ss.; V. I. THÉRY, *Couple, filiation et parenté aujourd’hui: le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée. Rapport à la Ministre de l’emploi et de la solidarité et au Garde de Sceaux*, in *La documentation française*, 1998, p. 34 ss.; H. FULCHIRON, *Égalité, vérité, stabilité dans le nouveau droit français de la filiation*, in *Droit et Patrimoine*, 2006, 146, p. 44 ss. Il movimento di unificazione del diritto della filiazione va ben al di là dei confini francesi, basti pensare al Belgio con la riforma del 1987, al Québec nel 1994, alla Germania nel 1997, alla riforma italiana del 2012.



tutela giuridica e sociale”, sia pure nei limiti della compatibilità con i diritti dei componenti della famiglia fondata sul matrimonio¹⁰. Il legislatore del 1975, in attuazione dei principi costituzionali indicati, ha parificato le posizioni dei figli quale che sia la fonte del legame di filiazione o lo strumento di accertamento, volontario o giudiziale. E tuttavia permangono notevoli differenze di trattamento residuali¹¹, che nel tempo sono state in parte appianate dagli interventi della Corte costituzionale, dotati di un quoziente di uniformità¹², senza che si

¹⁰ Superata oramai da tempo la visione più conservatrice sul significato da attribuire alla espressione utilizzata dall'art. 30 cost., locuzione, calata nel disposto normativo costituito dagli artt. 2, 3, comma 1 e 30, comma 1, cost. è stata intesa, ormai senza seria discussione, nel senso di assicurare la non compromissione della coesione e dell'unità spirituale della famiglia fondata sul matrimonio. Il problema della compatibilità sorge dunque nel momento in cui la tutela della posizione del figlio naturale sia suscettibile di porre concretamente in pericolo quella coesione e quell'unità spirituale, come ad esempio nell'ipotesi, regolata dall'art. 252 c. c., in cui il genitore intenda inserire il proprio figlio naturale nella propria famiglia legittima, laddove si giustificano le cautele e i condizionamenti al diritto del figlio di convivere con il proprio genitore in nome del divieto di aggressioni all'armonia e all'ordine interno della famiglia precedentemente costituita. V., per tutti, F. NADDEO, *La filiazione naturale*, in *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza*, IV, cit., p. 69 ss. e ivi riferimenti alla dottrina e alla giurisprudenza.

¹¹ Siffatta disparità di trattamento si articolava sulle seguenti linee: conservazione di due distinti stati di filiazione (legittima e naturale), con la conseguente esistenza di uno stato filiale deteriore rispetto all'altro; inammissibilità dell'acquisizione dello stato di figlio da parte di chi è stato generato in seguito ad incesto; inesistenza di una relazione giuridica tra il figlio ed i parenti dell'altro genitore; modalità di costituzione del rapporto genitoriale e di attribuzione del cognome; disciplina relativa all'introduzione del figlio naturale nella famiglia legittima del genitore ai fini della convivenza; facoltà dei figli legittimi di commutare in denaro o in beni immobili ereditari la quota spettante ai figli naturali sulla successione del genitore.

¹² Si confrontino le sentenze della Corte costituzionale, n. 55 del 1979 – Una minore tutela del figlio nato fuori del matrimonio in tanto può trovare una sua giustificazione costituzionale in quanto tale condizione venga a confliggere con i diritti dei membri della famiglia legittima. In assenza - come nella specie - di altri successibili *ex lege* ad eccezione dello Stato, tale situazione di conflittualità non si determina e quindi - sottoponendo a revisione critica la precedente pronuncia di non fondatezza della medesima questione (n. 76/1977), sia pure relativamente a disposizioni diverse del codice civile, ed armonizzando la soluzione del caso in esame con la costante giurisprudenza di questa Corte (sent. nn. 7/1963; 79/1969; 50/1973; 82/1974) - la posizione del figlio naturale va assimilata a quella del discendente legittimo, giustificandosi così la successione tra fratelli (o sorelle) naturali, purché la filiazione sia stata riconosciuta o dichiarata. Va pertanto dichiarata l'illegittimità costituzionale - per contrasto con gli artt. 3 e 30, comma terzo, cost. - dell'art. 565 c. c., nella parte in cui esclude dalla categoria dei chiamati alla successione legittima, in mancanza di altri successibili, e prima dello Stato, i fratelli e le sorelle naturali riconosciuti o dichiarati, venendosi conseguentemente a stabilire per essi un trattamento deteriore rispetto a tutti gli altri successibili *ex lege*. Nel caso in cui manchino successibili per diritto di coniugio e di parentela, il favore per i figli naturali non entra in conflitto col principio della successione familiare, né con l'interesse pubblico dello Stato alla continuità (comunque assicurata) dei rapporti giuridici del defunto (sent. n. 184 del 1990). Pertanto, non sussistendo idonee ragioni giustificatrici, va dichiarato costituzionalmente illegittimo - per contrasto con gli artt. 3 e 30, comma terzo, cost. - l'art. 565 c. c. (novellato dall'art. 183, l. 19 maggio 1975, n. 151), nella parte in cui, in mancanza di altri successibili all'infuori dello Stato, non prevede la successione legittima tra fratelli e sorelle naturali, dei quali sia legalmente accertato



giungesse tuttavia ad una parificazione tanto sul piano terminologico che su quello sostanziale¹³.

il rispettivo *status* di filiazione nei confronti del comune genitore. In merito, la stessa Corte costituzionale, con la sentenza n. 377 del 1994 ha affermato che “a distanza di vent'anni dalla riforma del diritto di famiglia e in presenza di un notevole incremento dei rapporti familiari di fatto, appare sempre meno plausibile che i fratelli e sorelle naturali del *de cuius* restino esclusi dalla successione *ab intestato* a vantaggio anche di lontani parenti legittimi fino al sesto grado”; tuttavia, la stessa Corte ha riconosciuto che “l’inserimento dei suddetti fratelli e sorelle naturali negli ordini successori dei parenti non può avvenire mediante una pronuncia additiva che attribuisca ad essi precedenza sulla vocazione dei parenti legittimi dal terzo al sesto grado in linea collaterale, bensì postula un bilanciamento di interessi che implica una valutazione complessa, eccedente i poteri della Corte”. Conseguentemente, la Consulta non ha potuto far altro che invitare il legislatore a provvedere. Più in generale, sulla parificazione tra figli legittimi e figli naturali, la giurisprudenza della corte costituzionale, (inizialmente favorevole all’equiparazione soltanto in assenza di famiglia legittima (secondo la ricostruzione di E. LAMARQUE, *Art. 30*, in *Commentario alla Costituzione* (a cura di R. BIFULCO-A. CELOTTO-M. OLIVETTI), Torino, 2006, vol. I, p. 634 ss.) sembra oggi privilegiare un’interpretazione del comma 3 dell’art. 30 che assicuri l’incondizionata applicazione del principio di eguaglianza, e sostiene che le residue disparità di trattamento dei figli nati fuori del matrimonio possono trovare una giustificazione “unicamente nel tradizionale disfavore verso la prole naturale, che pervadeva ancora il nuovo codice civile” (per la sent. n. 250 del 2000, è costituzionalmente illegittimo l’art. 803, comma 1, c. c., nella parte in cui prevede che - in caso di sopravvenienza di un figlio naturale - la donazione possa essere revocata solo se il riconoscimento del figlio sia intervenuto entro due anni dalla donazione, in quanto detta norma, espressione del tradizionale disfavore verso la filiazione naturale, appare incompatibile con il principio dettato dall’art. 30, comma 3, cost., che vuole assicurata ai figli nati fuori del matrimonio ogni tutela giuridica e sociale, compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima, e viola nel contempo anche l’art. 3 della Costituzione sotto i due concorrenti profili, della disparità di trattamento rispetto alla possibilità di revocazione della donazione concessa senza limiti al genitore legittimo (ed anche all’adottante) in seguito alla sopravvenienza di figli legittimi, e della palese irragionevolezza. Le uniche occasioni in cui la Corte costituzionale fa ancora applicazione della clausola di compatibilità – per il resto travolta dalla necessità di dare integrale applicazione all’art. 3, comma 1, cost. – sono quelle in cui essa nega rilevanza alla c.d. “parentela naturale”, affermando che l’equiparazione fra filiazione legittima e filiazione naturale richiesta dall’art. 30, co. 3, cost. riguarda soltanto il rapporto che si instaura tra il genitore e il figlio (cfr. sent. n. 363 del 1988; 184 del 1990; 377 del 1994; 532 del 2000). Peraltro, quanto alla consistenza del limite di compatibilità, la giurisprudenza costituzionale per lungo tempo non dà alcuna indicazione, limitandosi ad affermare che “la determinazione di tale limite appartiene alla discrezionalità del legislatore” (cfr. sent. n. 167 del 1992). Soltanto di recente, però, con la sentenza n. 494 del 2002, la Corte ha affermato che “la riserva del 3° comma in favore dei diritti dei membri della famiglia legittima mal si presta ad essere interpretata in modo tanto generico e atecnico, fino a ricomprendervi la protezione di condizioni di serenità psicologica; i diritti dei membri della famiglia legittima capaci di porre un limite all’eguaglianza dei figli sono soltanto i “diritti in senso proprio”;”in ogni caso, l’ingresso di figli naturali in un rapporto coniugale e in una vita familiare legittima di per sé non è una violazione di diritti ma un incerto del mestiere di vivere”. Nell’escludere che il limite possa consistere nella necessità di salvaguardare la coesione della famiglia e la sua unità spirituale, la Corte rende oggi inutilizzabile il riferimento agli unici beni che gli studiosi – in modo pressoché unanime – avevano ritenuto che potessero fornire un contenuto minimo concreto a quella clausola.

¹³ Il discorso vale soprattutto per i figli incestuosi, dal momento che la riforma del 1975 supera la irricognoscibilità dei figli adulterini ma non di quelli incestuosi.



Il percorso che in Francia ha portato, nel 2005, alla cancellazione delle espressioni *filiation legitime* e *filiation naturelle*, in Italia è stato assai più lento, risentendo dell'indifferenza con cui il legislatore ha per lungo tempo accolto i progetti di riforma del diritto della filiazione ispirati dall'esigenza di una equiparazione sostanziale di tutti i figli¹⁴. Finalmente, con la legge 10 dicembre 2012, n. 219 ("Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali"), anche l'ordinamento italiano dà piena attuazione alla parificazione di tutte le forme di filiazione, obbedendo al monito espresso ormai anni or sono da autorevole dottrina per la quale "i figli sono figli, e basta!"¹⁵: il nuovo articolo 315 c.c. sancisce, infatti, che "tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico". La disposizione di cui al comma 7 dell'art. 1 l. 10 dicembre 2012, n. 219¹⁶ costituisce il punto intorno al quale ruota l'intera normativa: da questo prendono le mosse tanto le modifiche alla disciplina codicistica già operative (art. 1) quanto l'ampia delega al Governo per la revisione delle disposizioni vigenti in tema di filiazione (art. 2)¹⁷.

L'art. 1, comma 11, della legge citata stabilisce che "nel codice civile, le parole «figli legittimi» e «figli naturali», ovunque ricorrano, sono sostituite dalla seguente «figli», eliminando ogni aggettivazione o precisazione che si possa ricondurre ad un diverso *status*"¹⁸.

¹⁴ Il tema della completa parificazione tra filiazione naturale e legittima è stato al centro delle proposte di riforma del d.d.l. n. 2514, presentato il 12 aprile 2007, recante "Delega al Governo per la revisione della normativa in materia di filiazione", travolte dalla fine di quella legislatura e non più ritenute degne di attenzione dal legislatore succeduto. Il progetto è confluito in parte nel successivo d.d.l. n. 2805, recante "Disposizioni in materia di filiazione", finalmente approvato nel novembre 2012.

¹⁵ C.M. BIANCA, *Dove va il diritto di famiglia?*, in *Famiglia*, 2001, I, p. 10.

¹⁶ Il settimo comma dell'art. 1 l. 219 del 2012 prevede la modifica dell'art. 315 c.c., originariamente rubricato "Doveri del figlio verso i genitori", nei seguenti termini: «L'art. 315 del codice civile è sostituito dal seguente: Art. 315 ("Stato giuridico della filiazione"). - Tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico».

¹⁷ L'art. 2 recita, al comma 1°, che: «1. Il Governo è delegato ad adottare, entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi di modifica delle disposizioni vigenti in materia di filiazione e di dichiarazione dello stato di adottabilità per eliminare ogni discriminazione tra i figli, anche adottivi, nel rispetto dell'articolo 30 della Costituzione, osservando, oltre ai principi di cui agli articoli 315 e 315-bis del codice civile, come rispettivamente sostituito e introdotto dall'articolo 1 della presente legge, i seguenti principi e criteri direttivi:

a) sostituzione, in tutta la legislazione vigente, dei riferimenti ai "figli legittimi" e ai "figli naturali" con riferimenti ai "figli", salvo l'utilizzo delle denominazioni di "figli nati nel matrimonio" o di "figli nati fuori del matrimonio" quando si tratta di disposizioni a essi specificamente relative(...).

¹⁸ Una delle conseguenze più rilevanti e discusse della riforma riguarda il riconoscimento dei figli incestuosi: il nuovo art. 251 c.c. – così come modificato dall'art. 1, comma 3, l. n. 219/2012 – stabilisce che "il figlio nato da persone tra le quali esiste un vincolo di parentela retta all'infinito o in linea collaterale nel secondo grado, ovvero un vincolo di affinità in linea retta, può essere riconosciuto previa autorizzazione del giudice avuto riguardo all'interesse del figlio e alla necessità di evitare allo stesso un qualsivoglia pregiudizio".



Si realizza in tal modo il disegno, da tempo auspicato dalla dottrina (la quale ha posto in luce a più riprese la perdita di centralità della filiazione legittima), di eliminare la disuguaglianza consistente già nell'attribuzione di stati differenti ai figli, dipendenti dalla generazione, con le diversità di trattamento che ne conseguono, nel rispetto dell'art. 30 cost., che rivela nella scelta dell'espressione "figli nati fuori dal matrimonio", la volontà di attribuire pari dignità alla filiazione legittima e naturale¹⁹.

La strada per una piena ed effettiva attuazione dei principi costituzionali e di quelli sanciti dalla Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e dalla CEDU, va, dunque, ben al di là di una mera unificazione terminologica, né può arrestarsi al riconoscimento del diritto di tutti i figli alla genitorialità. Di pari rilievo è la questione, infatti, della costituzione dei vincoli di parentela tra il figlio nato fuori del matrimonio e i familiari dei genitori. In tale prospettiva, la nuova legge stabilisce all'art. 1, comma 4, che il riconoscimento produce automaticamente effetto non soltanto nei confronti del genitore che lo ha effettuato, ma anche nei confronti dei parenti di esso.

Dinanzi alla caduta delle categorie tradizionali e alla frantumazione del modello unico di famiglia, il diritto avverte il bisogno di nuovi termini e categorie, nuove certezze cui appigliarsi nell'emergere dalla realtà sociale di ribollenti questioni: si pensi alla crescita del fenomeno delle famiglie ricomposte o alla questione della c.d. omogenitorialità.

¹⁹ Nell'ambito di una dottrina ormai vastissima, si vedano i lavori di E. LAMARQUE, *Art. 30*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit., pp. 622 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile. II. La famiglia – Le successioni*, IV ed., Milano, 2005, p. 313 ss.; F. GROSSI, *Problemi attuali della nozione di parentela e di famiglia*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 661 ss.; A. RENDA, *L'inserimento del figlio naturale nella famiglia legittima: l'art. 252 c.c. tra molteplici percorsi interpretativi*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 463 ss.; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2004, p. 401 ss.; A. RENDA, *Verso la scomparsa dei figli incestuosi? Riflessioni a margine della sentenza n. 494/2002 della Consulta*, in *Fam. dir.*, 2004, p. 96 ss.; G. FERRANDO, *La condizione dei figli incestuosi: la Corte costituzionale compie il primo passo*, in *Famiglia*, 2003, p. 848 ss.; M. BESSONE, G. ALPA, A. D'ANGELO, G. FERRANDO, M.R. SPALLAROSSA, *La famiglia nel nuovo diritto*, Bologna, 2002, p. 264 ss.; C.M. BIANCA, *La Corte costituzionale ha rimosso il divieto di indagini sulla maternità e paternità di cui all'art. 278, 1° comma, c.c. (ma i figli irrecognoscibili rimangono)*, in *Giur. cost.*, 2002, pp. 4068-4074; G. FERRANDO, *La successione tra parenti naturali: un problema aperto*, in *Famiglia*, 2002, p. 313 ss.; P. UBALDI, *La posizione del figlio naturale*, in G. COLLURA, L. LENTI, M. MANTOVANI (a cura di), *Filiazione*, vol. 2, in *Trattato di diritto di famiglia* (diretto da P. Zatti), Milano, 2002, p. 262 ss.; E. VARANO, *La revoca della donazione per sopravvenienza di figli e la parità tra figli legittimi e naturali*, in *Famiglia*, 2002, p. 69 ss.; C.M. BIANCA, *I parenti naturali non sono parenti? La Corte costituzionale ha risposto: la discriminazione continua*, in *Giust. civ.*, 2001, p. 594 ss.; G. FERRANDO, *Principio di eguaglianza, parentela naturale e successione*, (nota a Corte cost., sent. n. 532 del 2000), in *Fam. dir.*, 2001, p. 361 ss.; B. LENA, *I diritti successori dei figli naturali tra discriminazione e tutela della famiglia legittima*, in *Famiglia*, 2001, p. 1075 ss.; M. Sesta, *Filiazione*, in *Enc. dir.*, IV Agg., Milano, 2000, p. 582 ss.; M. SESTA, *Il riconoscimento del figlio naturale*, in M. DOGLIOTTI, M. SESTA (a cura di), *Il diritto di famiglia*, Tomo III, in *Trattato di diritto privato* (diretto da M. BESSONE), Torino, 1999, p. 79 ss.; G. FERRANDO, *L'attuale regime della filiazione naturale*, in *Persone e famiglia*, Tomo III, in *Trattato di diritto privato* (diretto da P. RESCIGNO), Torino, 1997, p. 101 ss.; M. COSTANZA, *Filiazione. III) Filiazione naturale*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989.



Ne deriva che è assai arduo il compito di chi osserva la multiforme realtà dei rapporti familiari dal punto di vista del diritto: pertanto, discorrere di “diritto alla genitorialità e alle relazioni familiari” del figlio, presuppone il tentativo di fissare dei punti fermi nell’attuale evoluzione del concetto di “famiglia”, dai sempre più mobili confini.

In via di premessa, solo apparentemente ovvio è precisare che se è vero che un’indagine sul tema familiare debba impegnarsi a ricostruire la materia su basi rigorosamente giuridiche, prendendo le mosse dal dato di diritto positivo, essa però non potrà essere avulsa dal contesto sociale e culturale in continuo mutamento nel quale emergono, per dirla con Carbonnier, tali richieste di giustizia²⁰. A tal fine, sembra non si possa prescindere dal confronto con le scelte degli altri ordinamenti europei, dalle quali si desume l’esistenza di un cammino comune, sebbene percorso a differenti velocità, per poi interrogarsi sulla forza innovativa della nuova disciplina italiana e sulle sue modalità di attuazione.

Gli interventi immediatamente operativi della legge n. 219 del 2012 comportano, infatti, l’allineamento della disciplina del codice civile sulle posizioni che il diritto ha lentamente conquistato, dal 1975 in poi, nell’interpretazione dottrinale e giurisprudenziale, attente a quello che avveniva negli altri ordinamenti, soprattutto nell’ultimo decennio. La riforma è rivoluzionaria sotto molteplici aspetti: in primo luogo, la tanto attesa unificazione dello stato di figlio, che si realizza tanto sotto il profilo terminologico quanto sotto il profilo sostanziale.

Ulteriore rivoluzione si compie nelle norme che prevedono il costituirsi dei legami di parentela a prescindere dal fatto che la filiazione sia avvenuta nel matrimonio o al di fuori ovvero si tratti di filiazione adottiva (art. 1). Sulla medesima linea si pongono la norma sul riconoscimento, il quale, come si è visto, produce effetti riguardo ai parenti del genitore che lo ha posto in essere (art. 1, comma 4) e la disposizione che sancisce il diritto del figlio a crescere nella sua famiglia e a mantenere rapporti significativi con i parenti (art. 1, comma 8).

Al centro della normativa v’è il figlio, reso finalmente protagonista della vicenda familiare accanto ai genitori: il nuovo art. 315-*bis* c.c., così come delineato dalla riforma, è stato autorevolmente definito lo “statuto dei diritti del figlio”, come dimostra la nuova rubrica (“Diritti e doveri del figlio”). Il figlio ha diritto ad essere “mantenuto, educato, istruito ed assistito moralmente dai genitori, nel rispetto delle sue capacità, delle sue inclinazioni naturali e delle sue aspirazioni”: in tale disposizione sembra potersi rinvenire il contenuto della responsabilità del genitore, nozione che il legislatore non definisce ma che riconduce nell’ambito della potestà genitoriale, quale aspetto del suo esercizio (art. 2, comma 1, lett. h).

Resta da chiedersi, allora, in che modo avverrà la concreta attuazione dell’ampia delega al Governo soprattutto sotto il profilo del possesso di stato e dell’imprescrittibilità dell’azione

²⁰ È l’insegnamento di G. AUTORINO STANZIONE, in *Diritto di famiglia*, cit., p. 1 ss., confluito poi nell’introduzione al trattato *Il diritto di famiglia nella dottrina e giurisprudenza*, cit., p. XV ss.



di impugnazione del riconoscimento. Al riguardo, la tendenza comune agli ordinamenti europei – caduto il *favor* nei confronti della famiglia fondata sul matrimonio – appare improntata alla ricerca della stabilità del pieno e valido rapporto che lega il figlio ai genitori sulla base dell’assunzione di responsabilità che discende dalla procreazione, dall’adozione ovvero dal riconoscimento. Il che si traduce nella tutela del rapporto familiare “pieno e valido”, ossia fondato sul possesso di stato inteso come “filiazione vissuta” cui si aggiungono le relazioni con gli altri parenti, tanto sul piano pubblico che su quello privato. E allora la via indicata al legislatore delegato appare quella del rispetto dei principi costituzionali – soprattutto di quelli sanciti dagli artt. 2, 3, 29 e 30 cost. – richiamati dalla legge delega e, in ogni caso, la valutazione in concreto dell’interesse del minore e della tutela del suo diritto all’identità, intesa come *summa* di tutte le sue dimensioni, interiori ed esteriori, su tutte, quella familiare, avendo quali punti di riferimento i principi costituzionali dell’eguaglianza e della solidarietà, nonché la tutela dell’interesse del minore, quale “soggetto debole” e bisognoso di maggiore protezione da parte dell’ordinamento²¹.

2. A partire dagli anni settanta, il controllo della procreazione ha trasformato le relazioni tra uomo e donna e conseguentemente ha stravolto gli istituti giuridici che le organizzano giuridicamente, in particolare matrimonio e filiazione. Effetti ancora più possenti ha provocato il dominio della procreazione, quando l’uomo si è dotato di nuovi poteri per trasmettere la vita e ha osato separare la procreazione dalla sessualità. Gli effetti sono devastanti sul precedente assetto dei fondamenti della genitorialità e della filiazione anche sul palcoscenico del diritto.

La questione delle tecniche di regolamentazione delle continue e profonde e inarrestabili innovazioni della scienza e della tecnica, specie quando invadono il piano più intimo delle relazioni umane, si colora di crescente inquietudine quando si prende atto che quelle si mostrano assai restie al confronto con i tradizionali paradigmi culturali²², tanto da porre in grave crisi le categorie dommatiche elaborate nei secoli dal diritto civile.

Nelle esperienze occidentali si fronteggiano tre differenti indirizzi di politica legislativa, che qualificano e circoscrivono il ruolo dell’autonomia delle parti di questa vicenda.

²¹ Cfr. P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Napoli, 1975, *passim* e ID., *La tutela dei soggetti “deboli”*, Milano, 2004, p. 19 ss.

²² E’ d’obbligo il riferimento a L. LOMBARDI VALLAURI, *Bioetica, potere, diritto*, in *Justitia*, 1984, I, p. 1 ss. Si veda altresì G. AUTORINO STANZIONE, *Ricerca scientifica, consenso e tutela della persona*, in G. AUTORINO – S. SICA, *Comparazione e diritto civile. Percorsi*, Salerno, 2007, p. 53 ss. e ivi ulteriore bibliografia.



Il primo modello coincide con la soluzione adottata negli Stati Uniti e riconosce un vero e proprio *right to autonomy in procreative decisions*²³, per di più costituzionalmente disciplinato. Il sistema si caratterizza per una disciplina “aperta” delle tecniche di fecondazione artificiale, ponendosi in alternativa – meglio, in antitesi – a quello classico fondato sulla famiglia nucleare. L’opzione di fondo è la piena esaltazione del “polimorfismo familiare”, che riconosce ad ogni individuo, senza distinzione di sesso, la più ampia libertà possibile nell’autodeterminazione delle scelte, anche giuridiche, in tema di paternità e maternità, con compiuta attuazione del *right of privacy*²⁴.

Si vedrà che la giurisprudenza della CEDU su tali questioni richiama di frequente proprio il diritto all’intimità delle relazioni familiari, come diretta espressione della privacy, per motivare molte sue scelte favorevoli alla maggiore espansione della “genitorialità”. Da siffatta premessa deriva una serie di corollari per così dire necessitati: non vi è possibilità di distinguere per regolamentare tra inseminazione artificiale, omologa o eterologa, da un lato, e maternità surrogata o affitto d’utero, dall’altro; donatore di seme e madre surrogata ricevono lo stesso trattamento; l’interesse del nascituro si costringe alla garanzia che al momento del concepimento vi sia almeno un soggetto maggiorenne responsabile della sua cura. Vi è in tale sistema la piena esaltazione del consenso e della volontà del singolo. “Il rapporto giuridico genitore-figlio sarà così fondato su di un accordo volontario, ed il genitore naturale che non si assume la responsabilità per il figlio dovrà essere ritenuto come un prestatore di servizi di procreazione a vantaggio dei genitori sociali”²⁵.

²³ R. DWORKIN, *Life’s Dominion*, New York, 1993, spec. p. 6 ss. nonché C. SHALEV, *Birth Power. The Case for Surrogacy*, New Haven-London, 1989, trad. it. *Nascere per contratto*, Milano, 1992. Cfr. altresì D. COOPER, *The Death of Family*, London, 1971, trad. It. *La morte della famiglia*, Torino, 1972.

²⁴ Fondamentale in tal senso è il richiamo a C. SHALEV, *Birth Power*, cit., *passim*.

²⁵ Così, C. SHALEV, *Birth Power*, cit., p. 92.



Il secondo modello accomuna quasi interamente le soluzioni francese e italiana, che anzi la seconda è assai più severa e restrittiva, benché messa in questione da più parti sotto il profilo della conformità a costituzione²⁶.

²⁶ La questione per l'ordinamento francese è già chiaramente delineata nell'*Avant-Projet de Loi sur les sciences de la vie et les droits de l'homme: Rapport de présentation*, c.d. *Rapport Braibant* del 1989 cui seguono le due leggi del 1994: la n. 94-653 in tema di bioetica e di atti di disposizione del corpo umano e la n. 94-654, concernente l'assistenza medica alla procreazione. Ricostruisce il fenomeno secondo gli schemi classici del diritto civile J. RUBELLIN DEVICHI, *La gestation pour le compte d'autrui*, in *Rec. Dalloz.*, I, 1985, p. 182 ss. Cfr., per una visione ampia relativa a una molteplicità di orientamenti, i materiali e i saggi contenuti in *Tensions Between Legal, Biological and Social Conceptions of Parentage*, (ed) I. Schwenzer, Antwerpen-Oxford, 2007, *passim* e spec. p. 53 ss. Per la situazione italiana si rinvia, anche per bibliografia e giurisprudenza, a G. SCIANCALEPORE-P. STANZIONE, *Filiazione e procreazione assistita*, Milano, 2001, *passim* e, specialmente, pp. 51-87. Per le osservazioni critiche al d.d.l. n. 1514 – Senato della Repubblica –, rubricato *Norme in materia di procreazione assistita*, si rinvia a P. RESCIGNO, *Una legge annunciata sulla procreazione assistita*, in *Corriere giur.*, 2002, 8, pp. 981-983. Con la l. 19 febbraio 2004, n. 40 il legislatore ha posto, oltre ad ulteriori restrizioni in ordine alla crioconservazione degli embrioni e al loro impianto, il divieto di procreazione eterologa con apparente chiarezza. Così, l'art. 4 al punto 3 afferma che “è vietato il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo”. Tuttavia il legislatore si preoccupa della *querelle* sorta dai criticabili e criticati episodi giurisprudenziali nei quali il marito agiva per il disconoscimento (poi concesso dai giudici) del nato da fecondazione eterologa cui aveva acconsentito. Il tribunale di Rimini rimarcava, infatti, come il consenso del marito all'inseminazione eterologa della moglie, lungi dall'essere ostativo dall'esercizio dell'azione di disconoscimento di paternità, costituiva elemento integrante la fattispecie del reato di alterazione di stato: “Non compete a chi abbia dato luogo a pratiche di inseminazione artificiale eterologa, seguite dal concepimento e dalla nascita di un figlio in costanza di matrimonio, il diritto di disporre liberamente dello "status" del nato a seguito delle pratiche predette, facendo prevalere, a scelta, o la verità genetica o il falso; sono pertanto colpevoli della violazione del divieto di alterare la realtà del rapporto di procreazione, previsto dall'art. 567 c.p., i coniugi che, a fronte della nascita di un figlio conseguente a pratiche di fecondazione artificiale eterologa, abbiano formato un atto di nascita di figlio legittimo” (Trib. Rimini, 24 marzo 1995, in *Fam. dir.*, 1996, 1, p. 39). Nel regolare l'ipotesi della violazione del suddetto divieto, si dispone al punto 1 dell'art. 9 che “qualora si ricorra a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3, il coniuge o il convivente il cui consenso è ricavabile da atti concludenti non può esercitare l'azione di disconoscimento di paternità nei casi previsti dall'articolo 235, comma 1, numeri 1) e 2), né l'impugnazione di cui all'articolo 263 dello stesso codice”. Tuttavia la precisione della regola dettata dal legislatore è soltanto apparente, in quanto ci si preoccupa unicamente di statuire che “i nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno lo stato giuridico di figli legittimi o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime ai sensi dell'articolo 6” (art. 8, 1). Nulla è disposto, invece, in ordine allo *status filiationis* del nato da fecondazione eterologa.



Tale indirizzo di politica legislativa si caratterizza per eleggere uno schema “chiuso”, incentrato sul ruolo preminente della configurazione classica della famiglia.

Il modello è ben delineato in Francia da una serie d'interventi legislativi, non smentiti dalle successive riforme del diritto di famiglia, che iniziano dalle dichiarazioni dell'*Avant-Projet de Loi sur les sciences de la vie et les droits de l'homme: Rapport de présentation*, del 1989 – più noto come Rapport Braibent – e proseguono con l'emanazione di due leggi: la 94-653 del 1994, in tema di bioetica e, dello stesso anno, la 94-654 concernente la procreazione medicalmente assistita.

La normativa prescrive che possano usufruire della procreazione assistita soltanto le coppie formate da un uomo e una donna, legati da matrimonio o da una comunione di vita seria e stabile che perduri da almeno due anni. E' opinione diffusa che la normativa esprima chiaramente la funzionalizzazione dell'istituto esclusivamente all'infertilità patologica accertata da uno specialista della materia. Unica eccezione, l'esigenza di evitare di trasmettere al figlio una malattia particolarmente grave.

Sembra evidente che nel sistema francese il ruolo del consenso e della volontà individuale in questa materia sia nettamente delimitato, che anzi le considerevoli restrizioni e le finalità esclusivamente terapeutiche non consentano di discorrere di riconoscimento di un diritto alla procreazione bensì piuttosto di una libertà negativa.

Ultima opzione, quasi una via mediana tra i due modelli contrapposti dianzi descritti, è quella prediletta dal diritto inglese, che propone un sistema di autorizzazioni né aperto né chiuso, bensì duttile e idoneo a piegarsi alle varie esigenze d'intervento senza aprioristiche esclusioni. Il *Surrogacy Arrangements Act* del 1985 e lo *Human Fertilization and Embriology Act* del 1990 rappresentano, probabilmente, il faticoso compromesso tra due schieramenti

A tal punto, l'intervento “riparatore” dell'interprete deve essere condotto nella consapevolezza che –di là dalla violazione di legge –, l'obiettivo da perseguire, in aderenza alla coerenza sistematica espressa dal nostro ordinamento, deve essere quello di apprestare idonea tutela al nato. Viene in soccorso al proposito – limitatamente al caso della coppia coniugata – l'applicazione analogica del comma 2 dell'art. 128 c.c., laddove il pregiudizio dell'invalidità matrimoniale – in ipotesi, appunto, di matrimonio putativo – non può pregiudicare i nati dal predetto vincolo. Questi, quindi, assumeranno lo *status* di figli legittimi. Simile impostazione può essere ulteriormente rafforzata dalla concomitante utilizzabilità, come medesima funzione suppletiva, del punto 1 dell'art. 8 della l. n. 40/2004, atteso che un trattamento differenziato della discendenza in sé, pur nella patologia della peculiare evenienza esaminata, sarebbe fortemente sospetta d'incostituzionalità. Non solo, ma la stessa violazione del divieto della fecondazione eterologa – in altra prospettiva – è stata già contemplata dallo stesso legislatore della l. n. 40/2004. Così, G. SCIANCALEPORE, *La procreazione medicalmente assistita*, in *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza. Trattato teorico-pratico*, cit., IV, p. 277 ss. Coerentemente, in aderenza al dettato di cui al comma 3 dell'art. 30 cost., il nato da fecondazione eterologa nel contesto di una famiglia non fondata sul matrimonio sarà ritenuto figlio naturale riconoscibile.



contrapposti: quello che s'identifica nel *Warnock Report* del 1984, ampiamente permissivo, e quello addirittura intransigente del libro bianco presentato dal governo al Parlamento britannico nel 1987.

Il sistema è strutturato in modo tale da non rifiutare nulla a priori; il pragmatismo tipico dell'ordinamento inglese questa volta sceglie di non scegliere: sono consentite tanto la maternità surrogata, anche nella forma di affitto d'utero, purché l'accordo non sia stipulato a titolo oneroso, quanto la inseminazione artificiale *post mortem*, figure decisamente respinte dalla gran parte degli ordinamenti europei. Si prende atto della difficoltà di conciliare in maniera appagante ideologie opposte e conseguentemente si rifiutano posizioni rigide e predefinite in favore di direttive aperte, che lascino spazio agli operatori pratici per scegliere la soluzione più adeguata al caso specifico²⁷.

Singolare è la vicenda nell'esperienza italiana. Dopo lunghi anni di assenza da parte del legislatore, sempre in attesa di una deliberazione rispetto alle numerose proposte di disciplina. Anni in cui a una pratica medica senza controlli si contrapponeva la visione per la maggior parte restrittiva della giurisprudenza e l'intervento dell'ordine dei medici attraverso il Codice di deontologia professionale, si è approdati a una normativa che riceve critiche da più parti per la incoerenza e il rigore di talune previsioni e che vede l'atteggiamento giurisprudenziale ribaltarsi per contestare fortemente la legittimità di una normativa che impone l'impianto contemporaneo di tutti gli embrioni fecondati e non tiene conto delle

²⁷ Si tratta del noto *Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilization and Embriology (Warnock Report)*, London, 1984. Si veda anche G.L. WARNOCK, *A Question of Life*, London, 1985. Tale disciplina va completata con le norme sull'inseminazione artificiale contenute nel *Family Law Reform Act* sempre del 1987.

Uno dei momenti centrali della normativa è la previsione di un organismo amministrativo indipendente che sovrintende alla materia (altro carattere che rende unica la disciplina inglese nel panorama europeo): lo *Human fertilization and embryo Authority*. Esso, nato nel 1990, a seguito della approvazione della legge che regola la fecondazione artificiale *in vitro*, ha il compito di autorizzare le cliniche che praticano la procreazione assistita con sperma di donatori ed inoltre deve controllare, in genere, la ricerca scientifica sugli embrioni. Spetta, dunque, a tale ente (ovvero alle Commissioni di autorizzazione costituite al suo interno) il rilascio, la modifica, la sospensione oppure la revoca delle autorizzazioni (art. 9). Conseguenza della presenza di tale Ente è che ogni singola fattispecie concreta è sottoposta ad un duplice vaglio selettivo, amministrativo e giudiziario: la possibilità per le strutture sanitarie di svolgere i "trattamenti terapeutici" destinati alla riproduzione è sottoposta ad una serie di condizioni e direttive ed inoltre il responsabile di tale struttura non potrà comunque effettuare l'intervento fecondativo senza prima aver tenuto conto del benessere del bambino che nascerà dal trattamento (compreso il bisogno di ogni bambino della doppia figura genitoriale) e di ogni altro bambino che potrà subire effetti da tale nascita. In tal senso anche D.L. ROBERTSON, *Children of Choice: Freedom and the New Reproductive Technologies*, Princeton, 1994. Cfr., altresì, H. DIYCK, *Manufacturing Babies and Public Consent. Debating the New Reproductive Technologies*, Huondsmills-London, 1995.



condizioni patologiche presenti nella coppia quando esclude a priori l'inseminazione eterologa²⁸.

E ciò nonostante tra perplessità e scontri di opinioni si è affermato anche prima dell'entrata in vigore in Italia della legge il valore per la costituzione dello *status* genitoriale del consenso per l'inseminazione artificiale eterologa del marito o del convivente della donna. Per lungo tempo dottrina e giurisprudenza si sono divise tra posizioni di favore tanto nei confronti della paternità biologica (donatore del seme) quanto della paternità sociale (soggetto che ha prestato il consenso). La considerazione è che il nostro codice è legato al principio del *favor veritatis*, ma certamente incide l'inimmaginabile – per lungo tempo dalla codificazione in poi – scissione tra elemento biologico e elemento volontaristico, che pone come elemento centrale della vicenda – il particolare atto causativo della nascita – la prestazione del consenso esplicito, finalizzato alla responsabilizzazione giuridica e sociale e, in definitiva, all'acquisto della qualifica genitoriale. Ciò è valido, tuttavia, fino all'entrata in vigore della l. 10 dicembre 2012 n. 219 che mette fortemente in dubbio la condivisibilità di una soluzione che privilegi la paternità biologica.

3. L'avvento di tecniche sempre più sofisticate per l'accertamento del legame biologico di filiazione, oltre a rendere anacronistiche le precedenti modalità impiegate in tali accertamenti, ha anche contribuito in misura non marginale a segnare un mutamento della stessa coscienza sociale, generando fino a un certo momento storico, istanze, avvertite in modo progressivamente diffuso, di *favor veritatis*, cioè reclamanti la predisposizione di strumenti giuridici in grado di realizzare una sempre più esatta corrispondenza tra la realtà biologica e quella legale dei rapporti di filiazione²⁹.

La tesi del pluralismo delle verità, elaborata con riferimento all'identità della persona, se trasferita in questa diversa prospettiva, ed anche ad un contesto di "famiglia allargata", dove

²⁸ Tra le prime ricostruzioni della materia, A. TRABUCCHI, *Inseminazione artificiale (dir. civ.)*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, VIII, 1962, p. 732 ss.; ID., *Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista*, in *Libri dell'Istituto Giuridico Italiano* (Atti del Convegno di Verona, 2-4 ottobre 1986), V, Padova, 1987, p. 3 ss.; V. LOJACONO, *Inseminazione artificiale (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, p. 751 ss.; F. SANTOSUOSSO, *La fecondazione artificiale umana*, Milano, 1984, e A. GORASSINI, *Procreazione*, in *Enc. Dir.*, sez. civ., XXXVI, Milano, 1987, p. 944 ss. Più di recente, F. RIMOLI, *Appunti per uno studio sul diritto alla procreazione*, in *Dir. e Società*, 1994, p. 115 ss.; P. RESCIGNO, *Note sul tema della procreazione assistita*, in *Il Foro Napoletano*, 1995, p. 233 ss.; P. VERCELLONE, *Procreazione artificiale*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1997, p. 309 ss.; A. PALAZZO, *Procreazione assistita e bioetica*, in AA. VV., *Le biotecnologie: certezze ed interrogativi*, Milano, 2001, p. 135 ss.; D. CILIBERTI, *Il diritto tra sviluppo della tecnologia biologica e problematiche etiche. Il caso della fecondazione assistita*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 2, 2001, p. 463 ss.

²⁹ In tal senso, L. BALESTRA, E. BOLONDI, *loc. cit.*; G. FERRANDO, *Prove genetiche, verità biologica e principio di responsabilità nell'accertamento del rapporto di filiazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, p. 735 ss.



i due ruoli genitoriali possono estendersi a più persone contemporaneamente³⁰, ammonisce che, anche in riferimento alla filiazione, potrebbero convivere diverse dimensioni di verità: una affettiva (il vero padre è colui che ci ama); una biologica (i sacri legami del sangue); l'altra sociale (quella che genera il possesso di stato); l'altra ancora derivante dalla volontà individuale (per essere padre o madre è necessario volerlo); infine, una legata al passare del tempo (ogni nuovo giorno la paternità o la maternità vissute rafforzano il vincolo)³¹.

Mentre in passato la volontà di fondare una famiglia si manifesta sistematicamente attraverso l'istituzione matrimoniale, oggi la nascita di un figlio spesso contraddistingue tale volontà di fondazione: anche sotto questo aspetto l'opposizione tra filiazione legittima e filiazione naturale ha perduto la sua funzione originaria.

La possibilità che si profili un bivio sulla strada del rapporto familiare, laddove genitorialità biologica e legale non coincidano, sembra confermata se si osserva che la qualifica di genitore biologico non comporta automaticamente l'attribuzione delle situazioni giuridiche complesse, composte di diritti e doveri, normalmente associate dall'ordinamento alla genitorialità. Parallelamente, colui che è considerato genitore, sotto un profilo legale, potrebbe non essere il genitore biologico del bambino³².

Anche se si definisce figlio legittimo colui che nasce da madre coniugata e dal marito di questa, si tratta, in realtà, di una presunzione che può essere vinta per mezzo dell'azione di disconoscimento di paternità, ammissibile però soltanto in presenza di determinate condizioni. Il figlio legittimo è a tutti gli effetti componente della famiglia: la sua

³⁰ Cfr. sugli argomenti affrontati F.D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 509 ss.; V. SCALISI, *La "famiglia" e le "famiglie" (il diritto di famiglia a dieci anni dalla riforma)*, in *Scritti catanzaresi in onore di Angelo Falzea*, cit., p. 431 ss.

³¹ Cfr. diffusamente P. MALAURIE, *La Cour Européenne des droits de l'homme et le "droit" de connaître ses origines. L'affaire Odièvre*, in *Sem. Jur.*, n. 13, 26 mars 2003, I, 120, 546, cui *adde* J. FORTIN, *Children's Rights and the Developing Law*, 2nd edit., London, 2003. Per una simile impostazione si veda, inoltre, M. D. HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, *op. cit.*, p. 19 ss., che sottolinea come la filiazione, istituto ricco e complesso, dove confluiscono fattori biologici, affettivi, sociali, individuali, di certezza giuridica ed altri ancora, costituisca un luogo di confronto tra il formale ed il materiale, ovvero tra impostazioni formalistiche e realistiche, come principi e concezioni giuridiche in continua tensione (p. 19). Analogamente, E. STEINER, *The Tensions Between Legal, Biological and Social Conceptions of Parenthood in English Law*, in *Report to the XVIIth International Congress of Comparative Law, July 2006*, in *Electr. J. of Comparat. Law*, vol. 10.3, December 2006, p. 2.

³² Cfr. E. STEINER, *op. cit.*, p. 2 ss.



procreazione permette l'instaurarsi di un rapporto non soltanto tra il nato ed i genitori, ma anche tra il nato, i parenti e gli affini di questi³³.

Al contrario, lo stato di figlio naturale non viene attribuito automaticamente per il solo fatto della nascita, ma richiede il compimento, da parte di uno o di entrambi i genitori, di un atto formale: il riconoscimento. Ove questo manchi occorrerà una dichiarazione giudiziale di paternità o maternità³⁴.

Tanto si può sostenere fino all'avvento della nuova legge sulla filiazione: si tratta per l'appunto di vedere quanto essa incida sul tradizionale schema fin qui descritto. A ben vedere, la nuova normativa non può fare a meno di mantenere distinte la filiazione all'interno del matrimonio da quella che non si inserisce nel vincolo matrimoniale. Entrambe, infatti, si basano, da un lato, su una serie di presunzioni e di atti giuridici, dall'altro, su un accertamento giudiziale, tutti diretti ad attribuire un'identità parentale al figlio. Naturalmente le regole variano a seconda che si tratti di accertamento della maternità o della paternità, e ancora che si prenda in considerazione un ben preciso modello giuridico. Per quanto concerne l'accertamento della maternità, significativa è la scelta dell'ordinamento tedesco che fa proprio il principio di derivazione romanistica, *mater semper certa*, stabilendo al § 1591 del BGB che "madre di un figlio è la donna che lo ha partorito". Sia che la nascita avvenga in un contesto matrimoniale, sia che si compia al di fuori di esso, la legge assicura in ogni caso un sistema amministrativo in cui il riconoscimento materno è obbligatorio ed automatico. Tale opzione, apparentemente ispirata al *favor veritatis* e motivata in base all'esigenza di responsabilizzare la maternità, sembra confermata anche da importanti riconoscimenti internazionali: la Convenzione di Strasburgo del 1975 dispone all'art. 2 che "la filiazione materna di ogni figlio nato fuori dal matrimonio è stabilita dal solo fatto della

³³ Cfr. F. BUONO, *Brevi cenni sui provvedimenti giurisdizionali in materia di filiazione*, cit., p. 1-2, che nota come "la nostra Costituzione all'art. 30 conosce solo due categorie di figli: quelli nati entro e quelli nati fuori del matrimonio. I primi sono figli legittimi, i secondi quelli naturali, anche se indubbiamente suona strano l'aggettivo "naturale". Forse che gli altri figli non sono anch'essi "naturali"? In realtà bisogna considerare l'aggettivo nella sua accezione giuridica, tenere conto che un tempo non molto lontano, e cioè prima del 1975, il figlio naturale o spurio era comunque etichettato nel nostro codice civile come illegittimo. Ciò, come ho detto, fino al 1975 e cioè fino alla riforma del diritto di famiglia di cui alla legge n. 151." La riforma del 1975 ha sostituito al termine "illegittimo" quello "naturale", prendendo in carico anche una particolare subcategoria dei figli naturali, quella dei figli adulterini, cioè nati da persona che al momento del concepimento fosse già unito in matrimonio con altra persona, consentendone il riconoscimento e ponendo fine all'avversione sociale che un tempo colpiva duramente questi figli.

³⁴ Una ricostruzione del legame parentale fatta a distanza di tempo e senza, o ancor peggio, contro la volontà dell'altro protagonista della vicenda (figlio o genitore) può divenire un'esperienza particolarmente difficile e, a volte, dolorosa. Si pensi ai problemi che potrebbero sorgere, laddove l'interesse del genitore naturale di riconoscere il figlio, imponendo il proprio cognome, confligga con l'interesse del figlio a non veder turbata la diversa identità sociale ormai consolidata.



nascita del bambino”. La CEDU nel caso *Marckx*³⁵ ritiene che violino il combinato disposto degli articoli della Convenzione di Roma 8 n. 1 - che garantisce il rispetto della vita privata e familiare - e 14 - che proibisce discriminazioni in ragione della nascita -, quelle legislazioni che fanno dipendere da un atto di riconoscimento la costituzione del vincolo giuridico di filiazione tra la madre ed il nato³⁶.

All’opposto si situa il modello francese, cui è assimilabile anche la soluzione italiana, caratterizzato com’è da un forte coefficiente volontaristico, di modo che l’attribuzione dello *status* di madre, indipendentemente dalla circostanza che costei sia o meno coniugata, non può avvenire contro la sua volontà³⁷. Infatti, l’art. 326 del *code civil* prevede che “al momento del parto la madre può domandare che sia conservato il segreto, tanto sul suo ingresso in ospedale, quanto sulla sua identità”³⁸.

Il tema rileva per la sua particolare attualità, in quanto l’evoluzione dei costumi, della tecnica, della scienza, invece di risolvere il dilemma, sembra renderlo sempre più complesso, richiamando nella persona, quasi per contrasto, il profondo valore delle origini naturali, anche se in contrasto con la verità legale, e costringendo il diritto e le sue norme a riportare un principio di razionalità nel sistema.

In tale prospettiva, la ricostruzione di un diritto all’identità, correlato alla vicenda della filiazione naturale, non può non porre al centro l’interesse del figlio ad esprimere una preferenza, certo non capricciosa ma radicata su evidenze di fatto, tra diverse verità, a favore di quella che più si avvicina alle proprie esigenze di vita. L’opzione di sancire la

³⁵ CEDU, 13 giugno 1979, *Commissione europea dei diritti dell’uomo c. Belgio*, in *Riv. dir. int.*, 1980, p. 233 ss., con nota di T. SAULLE, *Filiazione naturale e diritti umani*.

³⁶ Cfr. L. BALESTRA-E. BOLONDI, *op. cit.*, p. 310 ss.; analoga soluzione, rispetto a quella adottata dal BGB, si rinviene nell’art. 252 del codice civile svizzero, come ricordato da T. AULETTA, *Prospettive di unificazione dello status di filiazione*, in *Fam. dir.*, 2007, p. 1066 il quale sottolinea che queste scelte hanno comunque il pregio di riaffermare la centralità del diritto del figlio di vedersi riconosciuti, come genitori, coloro che lo hanno procreato. In tal senso, anche M. DOSSETTI, *op. cit.*, p. 85, la quale rivendica la non intercambiabilità dei genitori rispetto ad orientamenti che, invece, paiono assimilare in tutto e per tutto l’esito della filiazione adottiva a quello della filiazione naturale. Cfr., ad esempio, D. CULOT, *Il figlio naturale*, in *Il diritto privato oggi*, a cura di P. CENDON, Milano, 2001, p.10. Per una riaffermazione della distinzione tra le due posizioni, laddove, tra l’altro, soltanto al figlio adottivo si prefigurerà la problematica della conoscibilità delle proprie origini, v. per ulteriore conferma, V. SCALISI, *Lo status di figlio legittimo da adozione*, ora in *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno*, Milano, 2005, pp. 364, 374.

³⁷ L. BALESTRA-E. BOLONDI, *op. loc. cit.*

³⁸ Caratteristiche di un orientamento antivolontaristico sono alcune sentenze del *Tribunal Supremo* spagnolo, tra cui quella del 5 novembre 1987 (RJ 1987, 8336) con la quale il diritto a investigare la paternità da parte del minore viene riconosciuto come diritto costituzionalmente tutelato, nonché *Tribunal Superior de Justicia de Cataluña* del 27 ottobre 2003 (AC 2003, 8211) che, recependo l’orientamento prima richiamato, parla di un *principio de veracidad biológica*, come una preferenza per la verità reale, dato che essa finisce quasi sempre per coincidere con l’interesse del minore.



preminenza dell'una o dell'altra realtà sulle caratteristiche identitarie del figlio, infatti, potrebbe concorrere in maniera diversa e spesso contrastante allo sviluppo della sua personalità e il dilemma va risolto tenendo conto del concreto interesse della parte, per definizione, più vulnerabile e provvista di più deboli strumenti per far valere le proprie ragioni.

4. Il movimento rinnovatore del diritto della filiazione in Europa, ma anche in altri paesi della tradizione giuridica occidentale, si connota, da un lato, per la perdita di rilievo della verità di sangue e, dall'altro, per l'emersione del rapporto affettivo, della filiazione vissuta, quale elemento fondamentale per il riconoscimento dei legami tra genitori e figli sul piano del diritto.

Si è già parlato dell'orientamento costante della CEDU, volto alla tutela del diritto alla vita privata e familiare (art. 8 conv.): il criterio principale utilizzato dalla Corte per verificare la sussistenza di una "vita familiare" è per l'appunto quello del valido rapporto affettivo costituitosi tra i genitori e tra i genitori e il figlio.

"Le droit de filiation n'est pas seulement un droit de la vérité. C'est aussi, en partie, un droit de la vie, de l'intérêt de l'enfant, de la paix des familles, de l'ordre établi", si afferma autorevolmente³⁹. In altri termini, non è soltanto il diritto della filiazione di sangue, ma anche della filiazione voluta e della filiazione vissuta⁴⁰.

Queste affermazioni da tempo sono condivise in Francia, anche dalla giurisprudenza che spesso esprime medesime considerazioni sin dal notissimo *arrêt Bodin*⁴¹, dove la Suprema Corte, sebbene in altri tempi e a diversi fini, ebbe ad asserire profeticamente che: "Les questions de paternité et de filiation intéressent moins l'ordre public que l'honneur et le repos des familles que doivent être protégés par la loi contre toute atteinte".

Nonostante la pronunzia sia risalente, i suoi accenti risuonano nelle assai più recenti sentenze del *Cour d'arbitrage* belga, poi divenuta *Cour constitutionnel* il 7 maggio 2007, quando rifiuta di considerare illegittime le disposizioni, contenute nella l. belga 31 marzo 1987, che negano azione diretta di contestazione di paternità al padre biologico rispetto al marito della madre. E lo fa in base alla considerazione che occorre salvaguardare "la paix des familles" e che comunque si possa sempre consentire che qualsivoglia "terzo, foss'anche il padre biologico" possa mettere in questione la stabilità del legame di filiazione⁴². Come si è avuto

³⁹ G. CORNU, *Droit civil. La famille*, Paris, 1984, p. 201.

⁴⁰ Così P. RAYNAUD, *Le rôle de la volonté individuelles dans l'établissement de la filiation. Etude de droit positif français*, Paris, 1982, p. 87.

⁴¹ Cass., 17.12.1913, *Bull.* n. 241, p. 466.

⁴² Lo ricorda anche N. GALLUS *op. cit.*, p. 43.



modo di notare, con il rifiuto del legislatore francese di continuare a distinguere tra varie tipologie di filiazione, il significato è cambiato, ma il principio è rimasto: per quanto possibile, non si tocchi il valido e pieno rapporto che si è costituito tra genitori e figli.

In Francia, come anche in Belgio, dopo le più recenti riforme⁴³, il percorso verso l'affermazione della rilevanza del legame affettivo instauratosi tra il genitore – non importa se biologico o meno – e il figlio avviene naturalmente seguendo la via della rifunzionalizzazione del possesso di stato.

Il possesso di stato nel diritto di famiglia, ancor più nella dimensione assunta nella normativa riformata francese, è elemento di identificazione, di individualizzazione della persona umana. Sorto come rafforzamento della stabilità dello *status* di figlio legittimo e dunque dell'istituzione matrimoniale, contiene in sé una scintilla di sovversione che divamperà in seguito fino a trasformarsi nel “fin de non recevoir absolue” della contestazione della paternità menzognera della più recente disciplina francese⁴⁴: infatti, secondo quanto stabilisce l'art. 333 *code civ.*, l'azione di contestazione di paternità o maternità è irricevibile quando il possesso di stato conforme al titolo perduri da almeno cinque anni dalla nascita o dal successivo riconoscimento.

Il possesso di stato appare, allora, come l'esercizio di fatto di un rapporto di filiazione e di genitorialità, l'apparenza di uno stato, più esattamente nel senso di una relazione vissuta.

Taluno afferma che in questo fenomeno si avverte chiaramente “la montée du fait dans le droit de la filiation”⁴⁵, ovvero che accanto al legame di sangue rileva essenzialmente il comportamento, nel senso da tempo inteso dalla dottrina italiana più avveduta, che stringe il rapporto di filiazione tra i termini della verità e della responsabilità⁴⁶. Dunque in questa prospettiva la “filiazione vissuta” è meritevole di tutela e va salvaguardata in quanto assicuri la stabilità del legame affettivo e del rapporto educativo e la certezza dello *status*⁴⁷. Il controllo giudiziario dovrebbe assicurare poi sulla possibilità di comportamenti fraudolenti

⁴³ Sulle quali diffusamente N. GALLUS, *Le droit de filiation*, cit., p. 15 ss.

⁴⁴ Cfr. M. REMOND-GUILLOD, *La possession d'état d'enfant (A propos de la loi du 3 janvier 1972)*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1975, p. 459 ss.; C. MÉCARY, *Réflexions sur les destinées de la possession d'état d'enfant*, in AA. VV., *Mélanges à la mémoire de D. Huet-Weiller. Droit des personnes et famille*, Strasbourg, 1994, p. 319 ss. e N. GALLUS, *op. cit.*, *passim* e spec. p. 55 ss., con ricche indicazioni di dottrina e giurisprudenza, in confronto con l'esperienza belga.

⁴⁵ Così, P. MURAT, *L'action de l'ordonnance du 4 juillet 2005 sur la possession d'état*, in *Dr. fam.*, 2006, p. 17.

⁴⁶ P. STANZIONE, *Sulla natura del riconoscimento di figlio naturale*, in *Diritto privato. Casi e problemi*, Salerno, 1992, p. 69 ss.

⁴⁷ Si potrebbe ripetere, con PORTALIS e DEMOLOMBE, sebbene in diversa funzione, che “La possession d'état constitue le plus puissant des titres”: generalmente verità biologica e verità affettiva coincidono, ma quando coincidono occorre chiedersi se salvare l'una o l'altra, la filiazione tecnicamente accertata o quella che attraverso il quotidiano riconoscimento instaura una “parenté d'engagement”; C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, T. V, *Traité de la paternité et de la filiation*, III ed., Paris, 1886, pp. 205 e 480. La citazione di Portalis si rinviene in P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, T. X, 1836, p. 78.



o non meritevoli di tutela di ciascun attore della vicenda, considerato poi che l'interesse del minore e la sua salvaguardia pervade l'intera materia e dunque anche questo profilo.

Occorre sottolineare che, salvo l'accertamento del caso concreto, non dovrebbe individuarsi nella vicenda un conflitto tra situazioni esistenziali tutte meritevoli di tutela sul piano dei diritti fondamentali. Non dovrebbe porsi conflitto, almeno nell'ordine delle relazioni personali tra genitore di sangue e genitore di fatto poiché il *nomen*, il *tractatus* e la *fama* dei quali è tradizionalmente composto il possesso di stato indicano un intreccio di relazioni che esclude ogni tipo di rapporto e di sentimento intercorrente per il tempo stabilito dalla normativa, scaduto il quale lo *status* è inattaccabile, tra il minore e il genitore biologico.

Se questa è la tendenza che connota la gran parte dei paesi europei, in Italia il percorso è ancora incerto e tutto da tracciare: il legislatore della riforma si è infatti limitato a prevedere una delega per la "ridefinizione della disciplina del possesso di stato e della prova della filiazione", senz'altro aggiungere se non che la futura disciplina dovrà prevedere che la filiazione fuori del matrimonio può essere giudizialmente accertata con ogni mezzo idoneo.

5. L'evoluzione della disciplina verso lo *status* unico di figlio e le modificazioni delle azioni di stato ha fatto sì che lentamente emergesse un atteggiamento, assai differente rispetto al passato, di fronte al fenomeno che si potrebbe chiamare "riconoscimento di compiacenza", e cioè il riconoscimento non veritiero effettuato da un soggetto con la consapevolezza di non essere il genitore di sangue e di voler creare, in tal modo, un legame di filiazione accertato, sì da costituire reciprocamente lo *status* di genitore e di figlio.

La volontà di far coincidere, così facendo, il legame stretto sul piano affettivo e dei rapporti sociali alla costituzione dello *status*, con quel che ne consegue di assunzione di diritti e di doveri, sembra emergere nell'ordinamento fin dal fatto che esso incarica di ricevere l'atto di riconoscimento un pubblico ufficiale, nella consapevolezza di non concedergli né i mezzi né il potere legale di verificare la corrispondenza della dichiarazione con la verità genetica.

Se nell'ordinamento francese, con la potenza assorbente attribuita al possesso di stato e la brevità dei termini di prescrizione delle azioni di contestazione, si rende il riconoscimento di compiacenza pressoché incontestabile sia per chi riconosce che per il riconosciuto, in Italia l'art. 263 c.c. prevede a tutt'oggi un'ampia legittimazione ad impugnare il riconoscimento in mala fede, estesa, oltre all'autore, a chiunque vi abbia interesse, nonché l'imprescrittibilità dell'azione di impugnazione.

Siffatta disciplina si connota per il *favor* nei confronti della verità biologica, ponendola al di sopra di ogni altro interesse, arrivando a giustificare il comportamento di chi, dopo lungo tempo e per motivazioni non meritevoli di tutela, torni sulla propria decisione.



Eppure, qualche aggancio per un'interpretazione evolutiva della disciplina italiana si potrebbe rinvenire nell'innovazione importante introdotta nel sistema dalla esclusione dall'azione di disconoscimento dell'uomo che abbia consentito all'inseminazione eterologa della moglie o della compagna di vita. Le giustificazioni di tale previsione sono state già individuate in precedenza e trovano riscontro in un vasto, analogo orientamento europeo, e tutte si basano sul fatto che la manifestazione di volontà non revocata "brucia", per così dire, le possibilità d'invocare l'assenza di discendenza genetica, poiché l'esercizio dell'azione di disconoscimento si tramuterebbe in un inaccettabile abuso del diritto e nella distorsione delle finalità nuove che quell'azione ha assunto in un panorama normativo fortemente mutato rispetto al tempo in cui si è dettata ed innovata, nel 1975, quella disciplina, tanto da provocare una forte esigenza e una pressante attesa di una ulteriore riformulazione, anzi rivoluzione dei presupposti della "genitorialità" e della "cogenitorialità". Notissima in tale prospettiva è la sentenza della Cassazione civile, sez. I, 16 marzo 1999, n. 2315⁴⁸.

⁴⁸ La sentenza è riportata in *Giust. civ.*, 1999, p. 1317 con nota di M. C. BIANCA, *Disconoscimento del figlio nato da procreazione assistita: la parola alla Cassazione*, ivi, 1999, p. 1324 ss.; P. STANZIONE-G. SCIANCALEPORE, *Tutela della vita e fecondazione assistita: prime applicazioni giurisprudenziali in Corr. Giur.*, 2004, p. 1528 ss. Riteneva, invece, ammissibile l'azione di disconoscimento della paternità proposta dal presunto padre nei confronti di persona nata da inseminazione eterologa consentita dal medesimo, Trib. Roma, 30 aprile 1956, in *Giur. it.*, 1957, I, 2, p. 218; nonché, più di recente, Trib. Cremona, 17 febbraio 1994, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, p. 995; App. Brescia, 10 maggio 1995, in *Fam. dir.*, 1996, p. 34 ss.; Trib. Rimini 24 marzo, in *Fam. dir.*, 1996, p. 569 ss.. L'orientamento favorevole all'inammissibilità, invece, aveva, in un primo momento, utilizzato un'argomentazione assai dubbia. Cfr. Corte costituzionale nella sent. 26 settembre 1998, n. 347, in www.cortecostituzionale.it, secondo la quale l'art. 235 c.c., che ammette l'azione di disconoscimento di paternità, "riguarda esclusivamente la generazione che segua ad un rapporto adulterino, ammettendo il disconoscimento di paternità in tassative ipotesi, quando le circostanze indicate dal legislatore facciano presumere che la gravidanza sia riconducibile, in violazione del dovere reciproco di fedeltà, ad un rapporto sessuale con persona diversa dal coniuge". Similmente, Corte cost. 14 maggio 1999, n. 170, in *Giur. cost.*, 1999, p. 1662 ss. Il risultato utile non toglie il vizio di fondo dell'argomentazione utilizzata e, correttamente, la sentenza Cass. civile, sez. I, 16 marzo 1999, n. 2315 conferma il risultato, depurando il ragionamento della C. cost. dal fondamento della prova del rapporto adulterino, effettivamente anacronistica. La Cassazione afferma più correttamente che "un successivo ripensamento del marito, a prescindere da apprezzamenti di ordine etico, difetta della *ratio* su cui si fonda l'azione di disconoscimento perché rinnega una scelta già espressa con l'assunzione di una paternità presunta nonostante la piena contezza della sua non rispondenza alla paternità biologica. Detto ripensamento del resto, ove ammissibile, sfuggirebbe a limitazioni e tradirebbe le finalità per le quali il disconoscimento è contemplato, perché assegnerebbe al marito un *quid pluris* rispetto all'alternativa sopra evidenziata, vale a dire l'anomala licenza di rivedere la propria anteriore decisione, anche se siano rimasti fermi tutti i dati a suo tempo noti ed apprezzati, ovvero siano sopravvenute circostanze non certo meritevoli di tutela in pregiudizio del bambino già nato (quali il dissidio con il coniuge, il superamento dell'impotenza, o l'insoddisfazione per il frutto dell'inseminazione)". Cfr. altresì, Trib. Napoli, 24 giugno 1999, in *Giust. civ.*, 1999, p. 2507 ss. (con nota di M. R. MORELLI, *La sentenza costituzionale n. 347 del 1998 in tema di fecondazione assistita e la risposta del giudice "a quo"*, ivi, 1999, p. 2514 ss.), che afferma: "la derivazione biologica non può più ritenersi un criterio esclusivo per la determinazione dei rapporti di filiazione perché la manifestazione di volontà del padre all'inseminazione



Il principio trova conferma nella l. 19 febbraio 2004, n. 40, che, pur vietando la pratica dell'inseminazione eterologa, adotta egualmente le restrizioni all'azione di disconoscimento per chi abbia consentito alla pratica stessa⁴⁹.

Il consenso paterno e la relativa assunzione di responsabilità nell'aver accettato una "non-verità" genetica, non permettono che successivamente egli possa invocare la medesima per sottomettere lo *status* così costituito all'incertezza della volontà. L'assunzione di responsabilità consiste per l'appunto nell'impegno ad assumere una funzione genitoriale che è qualificata necessariamente dall'essere un rapporto di durata per la vita.

La giurisprudenza francese non ha mai mostrato esitazioni in proposito, com'è invece avvenuto in Italia, dove la normativa ha tolto ogni dubbio sulla questione. Nel 1991 la Corte d'appello di Parigi⁵⁰, infatti, dichiara che "l'insemination artificielle avec donneur a pour finalit  de créer, par la volont  commune des  poux, une maternit  de substitution, accept e en raison même de son ind termination biologique, comme le fruit de l'engagement des  poux de concevoir, par ce moyen, un enfant qu'ils s'engagent   accueillir et   traiter comme leur enfant légitime".

eterologa costituisce un atto di responsabilit  sostanzialmente equiparabile a quello della generazione per via naturale quantomeno sotto il profilo della valutazione giuridica dell'improponibilit  dell'azione di disconoscimento. Per ammettere tale azione nelle ipotesi di fecondazione eterologa in cui manca il legame biologico deve esservi allora necessariamente la contestuale assenza anche del dato volitivo perch , in mancanza di tale coincidenza, l'azione deve ritenersi priva di uno dei suoi indefettibili presupposti".

Nel senso che la promozione dell'azione di disconoscimento della paternit  debba essere preclusa, in questi casi, tra gli altri, A. TRABUCCHI, *Fecondazione artificiale e legittimit  dei figli*, in *Giur. it.*, 1957, I, p. 220; G. FERRANDO, *Il "caso Cremona": autonomia e responsabilit  nella procreazione*, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, p. 996 ss.; M. DOGLIOTTI, *Inseminazione eterologa e azione di disconoscimento: una sentenza da dimenticare*, in *Fam. dir.*, 1994, p. 175. Dubbi, invece, vengono espressi, sulla base di diverse argomentazioni tra cui quella che l'azione di disconoscimento della paternit    indisponibile perch  le azioni di stato non rientrano nella disponibilit  del privato. Cfr. V. SGROI, *Riflessi della fecondazione artificiale sul rapporto di filiazione legittima*, in *Giust. civ.*, 1956, I, p. 1612; nonch , pi  di recente, M. GORGONI, *Fecondazione artificiale eterologa e rapporti parentali* e M. SOLDANO, *Disconoscimento di paternit  in caso di inseminazione artificiale eterologa consentita dal marito*, entrambi in *Giust. civ.*, 1994, I, rispettivamente p. 1690 ss. e 1697 ss.; G. M. UDA, *Inseminazione artificiale eterologa e stato della persona*, in *Riv. dir. fam. e pers.*, 1996, I, p. 569 ss.; P. VERCELLONE, *Procreazione artificiale*, in *Digesto disc. priv.*, sez. civ., XV, Torino, 1997, p. 313. Su tutto, v. da ultimo, F. SALMONI, *Fecondazione artificiale- Artificial Insemination*, in J. LUTHER, *I diritti fondamentali in Italia, Contributi alla ricerca "Fundamental Rights in Europe and North-America"*, diretta dal Prof. Dr. ALBRECHT WEBER, University of Osnabrück, Germany (*delivered papers per 1.1.2004*), p. 5 ss. e nota 14.

⁴⁹ Cos , *Leeds Teaching Hospitals NHS Trust v A.* [2003] 1 FCR 599. Cfr. STEINER, *op. cit.*, p. 4, nota 13. Da ultimo, si consideri l'ordinamento spagnolo con l'art. 8, Ley 14/2006, legge sulle tecniche di riproduzione umana assistita. In generale, per ulteriori riferimenti relativamente all'esperienza dell'America latina, V. ROSPIGLIOSI, *Incaducibilidad de las acciones de filiacion*, cit., p. 1 ss.

⁵⁰ App. Paris, 29 marzo 1991, in *Rec. Dalloz*, 1991, *Jur.*, p. 562 ss.



Così come nel possesso di stato, anche nella procreazione assistita eterologa, accanto alla manifestazione di volontà si pone un altro profilo, ben sottolineato dalla dottrina francese. La c.d. “verità sociologica”⁵¹ del legame di filiazione, tanto se si tratta del *tractatus* come figlio nel possesso di stato, che rende irrilevante l’esistenza in natura della discendenza, quanto nella procreazione eterologa, là dove per definizione questo legame non v’è, prevale sulla “verità biologica” nel nome dell’interesse del nato e della certezza e stabilità dello *status*, o meglio della sua identità.

Se questo è vero, nel caso di riconoscimento di compiacenza, quando un soggetto ha liberamente e consapevolmente manifestato la volontà di assumersi nei confronti del figlio così agnato la responsabilità di genitore, non sembrerebbe del tutto errato derivarne l’impossibilità di riconoscergli un’azione che si tradurrebbe in una distorsione della funzione della medesima e in una frode all’ordinamento: anche qui la manifestazione di volontà precedente verosimilmente “brucia”, per chi l’ha compiuta, la successiva azione.

Tali conclusioni sono state fatte proprie da una recente pronuncia del Tribunale di Roma⁵² che ha stabilito che colui il quale ha riconosciuto un figlio sapendo di non essere il padre biologico non è legittimato ad impugnare successivamente il riconoscimento: attribuirgli tale potere significherebbe riconoscergli la facoltà di rivedere ad libitum ed in qualunque momento la propria decisione, ponendo nel nulla il falso riconoscimento e sottraendosi allo svolgimento delle funzioni di genitore che ne sono discese. Il che si risolverebbe, in primo luogo, in una intollerabile violazione del principio di eguaglianza di cui all’art. 3 cost. e di eguaglianza tra tutti i figli, siano essi nati nel matrimonio o al di fuori di esso, secondo quanto sancito dall’art. 30 cost., dal momento che l’impugnazione del riconoscimento è vietata a chi ha dato il consenso alla fecondazione assistita. Altresì, tale comportamento costituirebbe una precisa violazione del principio di solidarietà, che l’art. 2 cost. pone a fondamento di tutte le formazioni sociali ove l’uomo svolge la propria personalità, nonché entrerebbe in contrasto con il principio di autoresponsabilità e con la tutela della buona fede. Ancor di più, il diritto al rispetto della vita privata e familiare dovrebbe proteggere i protagonisti della vicenda, ove vi siano consolidate relazioni familiari.

A quest’ultimo riguardo, tuttavia, particolarmente meritoria appare la delega contenuta nella l. n. 219/2012, anche se occorrerà attendere l’effettiva attuazione dei suoi dettami. La nuova normativa incide proprio sul profilo della prescrittibilità, riguardo al quale bisognerà valutare attentamente l’interazione con la disciplina riformata in tema di possesso di stato (art. 2, comma 1, lett. c), così come sarà disegnata dai decreti delegati. Infatti, l’art. 2, comma 1, lett. g della legge citata, affida a questi ultimi la modifica della disciplina con la limitazione

⁵¹ Espressione cara alla dottrina d’oltralpe: si vedano i riferimenti in N. GALLUS, *Le droit de la filiation*, cit., spec. p. 4353 ss.

⁵² Trib. Roma, 17 ottobre 2012, in NGCC, 2013, I, p. 349 ss., con nota di M.G. STANZIONE, *Interesse del minore e verità biologica nel riconoscimento di compiacenza*.



dell'imprescrittibilità dell'azione solo per il figlio e con l'introduzione di un termine di decadenza per l'esercizio dell'azione da parte degli altri legittimati. La soluzione sembra riecheggiare in qualche modo quella già adottata dal legislatore francese nell'Ordonnance di riforma della filiazione del 2005, che riqualifica il possesso di stato – e dunque il pieno e valido rapporto che si è costituito tra genitore e figlio –, ponendolo al centro del sistema delle azioni di contestazione.

6. Un nuovo termine si fa spazio sulla scena del diritto: il termine “genitorialità”, mutuato dalle scienze sociali e ben presto adottato dai giuristi per richiamare, al contempo, e l'insieme delle relazioni tra genitori e figli e l'insieme delle funzioni attribuite allo *status* di genitore. Da questo momento in poi il tema delle trasformazioni profonde che riceve la questione dello *status filiationis* si lega inesorabilmente, com'è giusto che sia, a quello delle trasformazioni dell'attribuzione e dell'esercizio della potestà dei genitori; anzi, il contenuto stesso della nozione non sembra dissimile da quello comunemente attribuito alla potestà del genitore, tanto che in dottrina si sono avanzati dubbi sull'utilità di un nuovo termine peraltro ambiguo. Ma giustamente si sottolinea che l'apparizione di un nuovo termine sulla scena del diritto non è mai neutra o neutrale.

In effetti, il suo significato va ben al di là della nozione di potestà dei genitori: la novità terminologica sembra il portato della nuova famiglia che gioca diversificati ruoli nella società contemporanea, ove la progressione inarrestabile dei divorzi e delle unioni non fondate sul matrimonio a partire dalla metà degli anni sessanta fa sì che con sempre maggiore accelerazione la famiglia perda le funzioni esterne tradizionalmente attribuitele per essere rivendicata come il luogo degli affetti e dello sviluppo della persona. La messa in discussione del matrimonio come unico modello dell'organizzazione familiare travolge l'immagine della famiglia tradizionale. Emerge sempre più forte la consapevolezza che un nuovo attore recita il suo ruolo nella commedia familiare, ed è la famiglia ricostituita, che non concerne soltanto la nuova coppia, ma altresì, ed è il profilo più delicato, i figli dell'uno e dell'altro conviventi con il nuovo compagno del genitore, che vi sia oppur no tra di essi un vincolo matrimoniale.

Il che ha due conseguenze. L'una, maggiormente evidente e nel solco della tradizione, si traduce in un approccio più consapevole alla questione della spartizione dei compiti legati alla potestà dei genitori, che inizia a scavalcare i confini fino ad allora consueti della dicotomia titolarità-esercizio. L'altra ancora latente ma che si avverte in numerosi aspetti della nuova disciplina come bisogno di regolamentazione, riguarda le funzioni che assume nella quotidiana convivenza con il minore il partner, coniuge o convivente, del genitore.

Il profilo è reso assai più complesso per l'entrata in scena, in quegli ordinamenti che lo hanno regolamentato, dei patti di convivenza estesi alle coppie omosessuali, laddove è



frequente o comunque possibile che un fanciullo sia allevato nell'ambito della coppia omosessuale anche dal partner del genitore di sangue o comunque del genitore legale.

I sociologi allora ricorrono a un nuovo termine: quello di "genitorialità", prima nel modo attenuato di "monogenitorialità", poi perdendo per strada il prefisso "mono". La genitorialità intesa come funzione sarebbe da distinguere dal mero fatto di "essere genitore". L'una può essere ed è anche in via di diritto disgiunta dall'altra. E del resto molti esempi offre in tal senso l'ordinamento, oltre che la vita.

7. "Il minore ha diritto di crescere e di essere educato nell'ambito della propria famiglia". Il principio, che, esplicitato chiaramente dal legislatore italiano per la prima volta nella riforma della legge sulle adozioni (art. 1, l. 28 marzo 2001, n. 149)⁵³ e che aveva poi ispirato il dettato della l. 8 febbraio 2006, n. 54⁵⁴, viene adesso ribadito dalla nuova legge 10 dicembre 2012, n. 219 all'art. 1, comma 1, che modifica l'art. 74 c.c. sulla parentela. La nuova norma stabilisce che il vincolo di parentela si costituisce tra le persone che discendono da uno stesso stipite, sia nel caso in cui la filiazione è avvenuta all'interno del matrimonio, sia nel caso in cui è avvenuta al di fuori di esso, sia nel caso in cui il figlio è adottivo.

Altresì, in linea con quanto affermato nella Convenzione sui diritti del fanciullo di New York⁵⁵ e nella Convenzione di Strasburgo⁵⁶, il comma 8 dell'art. 1 della l. n. 219/2012, sancisce il diritto del figlio a crescere in famiglia e di mantenere rapporti significativi con i parenti, nonché il diritto ad essere ascoltato in tutte le questioni che lo riguardano, a partire dal dodicesimo anno di età o anche prima se capace di discernimento⁵⁷. La nuova legge

⁵³ Vedi, *amplius*, A. SCALISI, *Famiglia e diritti del minore*, in *Fam. pers. e succ.*, 2006, p. 817 ss.

⁵⁴ Da ultimo sull'affidamento condiviso si vedano in dottrina A. ARCERI, *Sub art. 155*, in *Codice della famiglia*, (a cura di M. SESTA), Milano, 2009, p. 681 ss.; N. COSPITE, *Commento sub art. 155*, in *Commentario breve al diritto della famiglia*, a cura di A. ZACCARIA, Padova, 2009, p. 389 ss.; M. DOGLIOTTI- A. FIGONE-F. MAZZA GALANTI, *Codice dei minori, sub artt. 155 c.c. e ss.*, Torino, 2009, p. 64 ss.; M. SESTA, *Codice della famiglia, Sub artt. 155 c.c. e ss.*, Milano, 2009, p. 681 ss.; C. IRTI, *Il contenuto dell'affidamento esclusivo nella giurisprudenza di merito*, *FPS*, 2008, 8-9, p. 684 ss.; ID., *L'affidamento dei figli minori ad un solo genitore nell'applicazione giurisprudenziale*, in *FSP*, 2008, p. 1016 ss.; M. MANTOVANI, *Commento sub art. 155, Le nuove leggi civili commentate*, 2008, p. 97 ss.; G. FEDE, *L'affidamento della prole nella crisi coniugale prima e dopo la legge n. 54 del 2006*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, p. 670 ss.; G. MANERA, *L'affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio*, Milano, 2007; F. RUSCELLO, *La dinamica coniugale nel farsi e disfarsi del legame. Separazione personale e affidamento condiviso della prole*, in *Vita not.*, 2007, p. 57 ss.

⁵⁵ Firmata a New York il 20 novembre 1989 e resa esecutiva in Italia con l. 27 maggio 1991, n. 176.

⁵⁶ La Convenzione reca la data del 25 gennaio 1996 ed è stata resa esecutiva in Italia con la l. 20 marzo 2003, n. 77.

⁵⁷ L'art. 1, comma 8°, l. 10 dicembre 2012, n. 219, recita: 8. Dopo l'articolo 315 del codice civile, come sostituito dal comma 7 del presente articolo, e' inserito il seguente: «Art. 315-bis (Diritti e doveri del figlio). - Il



affida, inoltre, ai decreti delegati la previsione della legittimazione degli ascendenti a far valere il diritto di mantenere rapporti significativi con i nipoti minori.

Tale è il punto di arrivo di un'evoluzione che, sul piano del diritto positivo, ha toccato il momento più alto con la trasformazione dell'affidamento esclusivo in quello preferibilmente condiviso⁵⁸, ma che lì si era arrestata fino alla riforma del 2012.

E, tuttavia, il merito della l. n. 54/2006 è quello di aprire la strada a tali modifiche⁵⁹, anteponendo l'interesse del minore ad ogni altro interesse in gioco, nel tentativo – nella realtà purtroppo il più delle volte vano – di evitare che la crisi della coppia si ripercuota sul figlio.

Il novellato art. 155 c.c. stabilisce, infatti, il diritto del figlio minore di “mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno di essi (genitori), di ricevere cura, educazione e istruzione da entrambi e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale”. Ciò implica, sul piano concreto, che il giudice “valuti prioritariamente” l'affidamento della prole ad entrambi i genitori allorché venga a mancare l'unità familiare.

Il legislatore muove dalla premessa che “il fallimento di due individui come coppia non comporta necessariamente il loro fallimento come genitori”⁶⁰. Recuperata, per tale via, la centralità del minore e la tutela del suo interesse, la nuova normativa sull'affidamento condiviso segna l'allineamento del nostro ordinamento ai contenuti fondamentali della Convenzione di New York e della Convenzione di Strasburgo, nonché alle principali esperienze europee, che già da tempo conoscono e incoraggiano forme di affidamento

figlio ha diritto di essere mantenuto, educato, istruito e assistito moralmente dai genitori, nel rispetto delle sue capacità, delle sue inclinazioni naturali e delle sue aspirazioni. Il figlio ha diritto di crescere in famiglia e di mantenere rapporti significativi con i parenti. Il figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici, e anche di età inferiore ove capace di discernimento, ha diritto di essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano. Il figlio deve rispettare i genitori e deve contribuire, in relazione alle proprie capacità, alle proprie sostanze e al proprio reddito, al mantenimento della famiglia finché convive con essa».

⁵⁸ La disciplina sull'affidamento condiviso si traduce ne “l'ultimo atto di un ambizioso progetto di ripensamento ‘politico’ degli equilibri interni alla comunità familiare”, per M. DELL'UTRI, *L'affidamento condiviso nel sistema dei rapporti familiari*, in *Giur. it.*, 2006, p. 1549. “Le origini del testo – per come desumibili dal tenore dei documenti parlamentari, dalla relazione delle forze politiche promotrici, ma anche dallo stesso commento della dottrina, della pubblica opinione o del mondo associativo coinvolto – restituiscono l'immagine di una vigorosa reazione critica, che qui si avverte, in contrapposizione alle inclinazioni del ‘diritto vivente’ di formazione giurisprudenziale invalso nelle materie della separazione e del divorzio, dei suoi equilibri ‘maternalistici’ o delle sue denunciate attitudini culturali d'indole conservatrice”. Tra i primi commenti sulla recente riforma dell'affidamento, cfr., in particolare, F. RUSCELLO, *La tutela dei figli nel nuovo “affidamento condiviso”*, in *Famiglia*, 2006, p. 626 ss.

⁵⁹ Lo sostiene L. ROSSI CARLEO in *Affidamento condiviso: bilanci e prospettive*, relazione al convegno *Persona e comunità familiare, 1982-2012*, in www.comparazionediritto.it

⁶⁰ Secondo quanto afferma M.L. MISSAGGIA, *L'affido condiviso è legge*, in *Riv. dir. e gius.*, 2006, p. 13.



congiunto. Il riferimento non è soltanto alla *garde conjointe* francese, ma anche alla *custodia compartida* propria della giurisprudenza spagnola; alla scelta tedesca⁶¹ di riconoscere al minore ultraquattordicenne il diritto di opporsi alla domanda di affidamento esclusivo, in cerca di equilibrio tra le contrapposte esigenze di *Kindeswohl* e *Kindeswill*⁶².

Il legislatore italiano del 2012 si ispira a siffatte esperienze, in alcuni casi compiendo passi in avanti come quando disegna il diritto del figlio che abbia compiuto i dodici anni di età – o anche più giovane se capace di discernimento – ad essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano (art. 1, comma 8). L'interesse del minore, così come era avvenuto per la legge sull'affidamento condiviso, assurge a criterio guida dell'intera normativa, ricongiungendosi peraltro ad un percorso già tracciato dalla riforma del 1975, ma ancor prima dalla l. n. 898 del 1970, in materia di scioglimento del matrimonio, e comunque costantemente ribadita e in qualche modo costruita dalla dottrina e dalla giurisprudenza. L'interesse del minore rende operante il giudizio di meritevolezza di tutela sulle scelte sia dei titolari delle situazioni sia del giudice guardiano della loro conformità al diritto, secondo le circostanze del caso concreto, che esse concernano le modalità dell'affidamento o coinvolgano altri interessi, quali ad esempio quello all'assegnazione della casa familiare, o le modalità di adempimento da parte dei genitori dei doveri nei confronti dei figli.

Il fatto di enunciare solennemente siffatti principi ed esigenze, in modo da renderli espliciti in un nuovo provvedimento normativo non toglie che rimanga aperto il problema di renderne effettiva la tutela. Resta, infatti, la questione di come attuarne il dettato, ad esempio delineando i doveri dei genitori che hanno la “responsabilità” nei confronti dei figli, per assicurare loro l'armonioso svolgersi del rapporto educativo finalizzato alla tutela della persona e alla costruzione della personalità, di raggiungere l'intesa in nome del prevalente “interesse morale e materiale della prole”.

Nell'immaginario tecnico del giurista l'uso della categoria logica “responsabilità” rinvia immediatamente a un insieme di relazioni qualificate dalla concatenazione comportamento antigiusuridico-pregiudizio-sanzione e dunque incentrato sull'idea di colpevolezza.

Non è così nel diritto di famiglia, dove rifulge la virtù del dubbio (per dirla alla Zagrebelsky⁶³): qui il termine responsabilità, in particolare collegato alle relazioni paternofiliali, è andato assumendo man mano, dapprima in altri ordinamenti e poi finalmente anche in Italia, un significato ben diverso da quello dianzi ricordato. Di là da ogni valutazione

⁶¹ Cfr. lo *Statistisches Bundesamt*, Fachserie 10, R2.2, 2003. La legge tedesca di riforma dell'affidamento è stata approvata il 16 dicembre 1997 ed è entrata in vigore il 1° giugno 1998.

⁶² La *Kindeswohl* si identifica “nella continuità all'adempimento degli obblighi di cura, che però richiede il consenso ed il coinvolgimento di entrambi i genitori”; la *Kindeswill*, al contrario, indica “il rilievo da assegnare alle opzioni manifestate dal minore ultraquattordicenne, o anche infraquattordicenne, purché dotato di capacità di discernimento”, in sede di colloquio con il giudice: V. ZAMBRANO, *Interesse del minore ed affidamento congiunto. Esperienze europee a confronto*, in *Dir. fam. e pers.*, 2000, p. 1385 ss.

⁶³ G. ZAGREBELSKY, *La virtù del dubbio. Intervista su etica e diritto*, Bari, 2007, spec. p. 58 ss.



negativa del comportamento dei genitori, la nozione di responsabilità si è via via sovrapposta a quella di potestà modificandola profondamente, tanto da farle assumere connotati normativi nuovi rispetto alla conservazione della consueta terminologia. Attraverso il riferimento alla responsabilità, l'istituto della potestà genitoriale si allontana dalla tradizionale definizione di potere-dovere costituzionalmente garantito a educare, istruire, mantenere il figlio, nel significativo “crescendo” dell'art. 30 cost.

Ora il collegamento è con l'idea che mai in nessuna circostanza è consentito ai genitori di ritenersi legittimati a distaccarsi dal compito fondamentale di essere entrambi punto di riferimento essenziale nel rapporto affettivo ed educativo che li lega al figlio. Siffatto contenuto della potestà dei genitori è disegnato espressamente per la prima volta in Europa dal legislatore inglese nel *Children Act* del 1989⁶⁴ dove si sceglie di disciplinare non la potestà ma la “*responsibility*” dei genitori nei confronti dei figli comuni o rispetto ai quali comunque si assume la funzione genitoriale.

Che vi sia oppur no vincolo matrimoniale o convivenza, il *Children Act* attribuisce a entrambi i genitori la *responsibility*, incentrandola sulla regola dell'accordo, da un lato, e del controllo del giudice, dall'altro. Questi è munito di ampi poteri d'intervento mediante “ordinanze” positive e negative, in funzione soprattutto di prevenzione di eventuali pregiudizi per il figlio minore di natura esistenziale o patrimoniale.

Tali considerazioni valgono nonostante la riforma del 2012 non abbia ritenuto di sostituire il termine responsabilità a quello di potestà, precisando tuttavia che la responsabilità è uno degli aspetti qualificanti la potestà, accentuandone dunque il profilo di doverosità⁶⁵.

Altra scelta è stata quella di considerare che è impossibile imporre il dovere di amare un figlio, ma sicuramente si può imporre il dovere di assisterlo moralmente e materialmente (art. 1, comma 8°, l. 219/2012), il che implica la sanzione del colpevole inadempimento dei

⁶⁴ Come riformato dal *Children Act* del 2002: cfr. in materia E. STEINER, *The tensions between legal, biological and social conceptions of parenthood in english law*, in AA. VV., *The tensions between legal, biological and social conceptions of parentage*, cit. p. 159 ss. In Inghilterra il sistema si basa sul principio che la verità biologica prevale sempre su quella non veritiera, che sia fondata su una sorta di riconoscimento ovvero sulla presunzione, assai fragile, secondo cui “*pater is est, quem nuptiae demonstrant*”. Da essa tuttavia non scaturisce una posizione inattaccabile basata sulla nozione di *status*, che in verità non sembra trovare corrispondenza nel diritto inglese, sicché non si rinviene neppure la categoria delle azioni di stato, con i conseguenti presupposti, condizioni e termini di prescrizione. Ciò nonostante, se il bambino è cresciuto come “figlio” del falso genitore, non per questo quello vero può “rivendicare” il figlio a suo piacimento poiché a ciò osta la relazione di Welfare che si è instaurata tra figlio e genitore sociale: anche in Inghilterra, come in Francia e in Germania, vi è tutt'altro che necessario collegamento tra *responsibility* e filiazione di sangue: v. in proposito le considerazioni di R. FRANK, *Qu'est-ce qu'être un père ou une mère aujourd'hui?*, in *Mariage-Conjugalité. Parenté-Parentalité*, cit. p. 112 ss.

⁶⁵ Cfr., diffusamente, F. RUSCELLO, *Potestà dei genitori versus responsibility*, relazione al convegno *Persona e comunità familiare, 1982-2012*, in www.comparazionediritto civile.it e ID., *Potestà dei genitori*, in *Diritto civile* a cura di S. MARTUCCELLI e V. PESCATORE, Milano, 2011, p. 853 ss.



doveri insiti nel rapporto educativo. In questo senso, la responsabilità che accompagna sempre la nascita di un figlio è di assisterlo, custodirlo, curarlo, educarlo e impegnarsi in una parola a condurre a buon fine la costruzione di una personalità armoniosa e matura durante il cammino verso l'età adulta. Intesa la responsabilità dei genitori in tale accezione, il suo contenuto non muta né è influenzato dall'atteggiarsi delle relazioni che intercorrono tra i genitori quanto meno concettualmente.

Altro profilo è quello operativo della effettiva e piena realizzabilità dell'abbandono, in caso di non convivenza, dello schema abituale che separa la titolarità dall'esercizio della potestà. Se questo è vero, nella dimensione "basica" della responsabilità dei genitori, intesa come clausola generale e al contempo criterio interpretativo nella ricostruzione della normativa applicabile al caso concreto, la nozione di potestà ad essa riferibile rompe il suo legame con la categoria dell'"autorità". Infatti al suo interno non si rinviene più la dimensione del potere, ma quella di atto dovuto in adempimento di una funzione considerata dall'ordinamento prioritaria nella scala di funzioni essenziali nell'ottica costituzionale della promozione della persona umana. Si badi, in questa visione si è ben lontani dalla seduzione della potestà come funzione di diritto pubblico, anzi. Un'altra nozione generale domina il campo e protegge da queste ambiguità ed è quella dell'interesse del minore, soprattutto in caso di crisi della coppia.

La disciplina in materia di affidamento condiviso al riguardo è significativa perché non prevede per la sua applicabilità un accordo globale fra il padre e la madre⁶⁶, ma semplicemente la disponibilità ad assumere la propria responsabilità genitoriale nei confronti dei figli nel rispetto delle reciproche competenze e possibilità. Soltanto le decisioni più importanti, richiedono, infatti, la deliberazione di entrambi, spettando al giudice di valutare se la conflittualità esistente nella coppia permette un vero e proprio esercizio congiunto della potestà, oppure se sia meglio assegnare a ciascuno dei genitori compiti distinti rispetto ai figli, sia dal punto di vista educativo che da quello più strettamente economico.

Quali saranno le concrete modalità di attuazione di tali principi si vedrà con i decreti, sta di fatto che la legge di riforma della filiazione prevede, all'art. 4 ("Disposizioni transitorie"), che le nuove norme si applicano ai giudizi in corso compreso il profilo del mantenimento e degli alimenti, rispetto al quale v'è lo specifico articolo della legge che coinvolge in

⁶⁶ Così, Trib. Novara, 26 marzo 2009, secondo cui "in definitiva mentre nell'affido condiviso solo le decisioni più importanti devono obbligatoriamente essere prese congiuntamente (a titolo esemplificativo: la scelta del medico o della scuola) potendo le decisioni per le questioni di minore importanza essere assunte autonomamente sulla base delle indicate aree di competenza, nell'affido congiunto ogni decisione, anche di importanza minima, dovrebbe ricevere il nulla osta di entrambi i genitori. Giova, peraltro, ribadire come l'affidamento ad entrambi non comporti la necessità di condivisione del quotidiano (ad esempio per l'acquisto dell'abbigliamento), la cui gestione rimane demandata al genitore che vive stabilmente con i minori, spettando invece ad entrambi i genitori la condivisione delle principali scelte educative e scolastiche dei minori".



particolare gli ascendenti qualora i genitori non siano in grado di assolvere ai loro doveri nei confronti dei figli.

8. Se si tralascia per il momento la questione dirompente delle unioni omosessuali, specie se guardata sotto il profilo della richiesta di genitorialità, l'attenzione si appunta su un fenomeno niente affatto nuovo, anzi assai risalente nel tempo: le coppie ricostituite ora si apprestano ad affrontare problemi un tempo disattesi.

Il dibattito sembra pressoché assente in Italia, quasi che il pericolo che per questa via si possa giungere a riconoscere posizioni genitoriali condivise all'interno di una coppia omosessuale sia così temuto da esorcizzarlo con il silenzio e la reticenza.

In Francia invece il confronto si dipana con l'evolversi della disciplina esaminata, poiché è molto forte sotto il profilo sociologico la spinta ad occuparsi di un fenomeno che, pressoché irrilevante quando il passaggio a nuove nozze era percepito come conseguenza di una vedovanza precoce, assume proporzioni enormi con il diffondersi della dissoluzione e ricostituzione delle coppie, dove il nuovo compagno spesso si sostituisce al genitore estromesso che a sua volta diviene via via più assente. A partire dagli anni settanta il *beau-parent* viene avvertito più come un rivale del genitore non convivente. Man mano invece si fa strada l'idea di uno statuto del patrigno, o meglio del c.d. terzo genitore⁶⁷. In Francia, la legge del 2002 respinge questa prospettiva, che anzi è guardata a lungo con una certa ostilità⁶⁸, poiché sembra in contraddizione con l'obiettivo di rafforzare la *coparentalité*. E tuttavia, la commissione parlamentare di riforma, in considerazione del fatto che è preferibile nel nome dell'interesse del minore regolamentare quanto accade in fatto, e cioè lo svolgere *de facto* di tali funzioni da parte del terzo genitore, suggerisce di ricorrere in alcuni casi al meccanismo della delega delle funzioni per facilitare “quando le circostanze lo esigano” l'intervento del terzo nei confronti del minore. Così, il nuovo art. 377, commi 1 e 2 code civ., stabilisce che i genitori possono fare istanza al *juge aux affaires familiales*, per le esigenze di educazione del minore, “di suddividere o demandare l'esercizio della potestà con o ad un terzo”. La misura è certamente di carattere eccezionale e richiede l'intervento del giudice, ma è significativo che assuma rilevanza espressa sotto il profilo normativo la figura del terzo genitore.

⁶⁷ Sia consentito il rinvio a M.G. STANZIONE, *Filiazione e “genitorialità”. Il problema del terzo genitore*, Torino, 2010, spec. p. 233 ss.

⁶⁸ Considerazioni simili si rinvencono tanto nel Rapport I. THÉRY, cit., p. 18, quanto nel Rapport F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, cit., p. 89 s.



Se la soluzione in Francia suscita molte perplessità e sotto molteplici profili⁶⁹, nel dissociare i termini genitore, parentela e genitorialità spalanca le porte alle successive evoluzioni nella materia.

Il rinnovato art. 372 code civ., che enuncia il principio della potestà dei genitori, viene ricondotto all'art. 18 della Convenzione sui diritti del fanciullo più volte richiamata, anzi in essa proclama di affondare le sue radici. In effetti, l'art. 18 conv. s'incentra sulla responsabilità dei genitori, adoperando tale termine in sostituzione della consueta "potestà", dando inizio al dibattito in dottrina sull'opportunità di preferire la responsabilità – *responsibility* - dei genitori alla potestà che invece evoca poteri e subordinazione di un soggetto ad un altro. Le parole non sono mai scelte per caso in rami sensibili del diritto come quello familiare, hanno sempre un ruolo fortemente evocativo. In Francia, ad esempio, quando nel 1970 il legislatore sostituisce il termine "autorità" all'espressione "*puissance paternelle*", intende segnalare con chiarezza lo spostamento dell'equilibrio ordinamentale dalla supremazia alla cooperazione⁷⁰. Cooperazione non soltanto tra genitori e figli dotati di sufficiente discernimento, ma altresì tra gli stessi genitori posti sul medesimo piano in attuazione del principio di eguaglianza anche nell'esercizio dell'*autorité*: entra dunque come motore delle relazioni paterno-filiali la regola dell'accordo.

9. a) Nonostante che in via del tutto naturale il nuovo partner del genitore sia destinato nei fatti a svolgere nei confronti del minore con cui convive una funzione genitoriale, il diritto lo relega nel ruolo di terzo e sembra che non vi sia spazio per una diversa conclusione.

Rivestito unicamente di un'autorità di fatto, egli sembra non disporre di alcun diritto, tantomeno di alcun dovere nei confronti del minore. In una vicenda in cui la convivenza seria e stabile sembra ancora una volta elemento essenziale, convivenza intesa per di più come continuità e quotidianità di vita che si traduca in un rapporto educativo ed affettivo, l'emersione dall'irrilevanza sembra essere legata a due differenti fattori, che si escludono a vicenda. Da un lato, l'acquisizione dello *status* di genitore. Dall'altro, la spartizione delle

⁶⁹ Cfr. i rilievi in E. RICHARD, *Réflexions sur le domaine d'application du principe de coparentalité*, Thèse doctorale, Lille, 2009, p. 13 ss. Il dibattito è acceso e la letteratura è vasta: tra i tanti, v. S. TROISVALET, *L'autorité parentale dans les familles récomposées*, in *LPA*, 2000, n. 94, p. 12 ss.; C. MÉCARY, *Les recompositions familiales et le droit au temps du démariage*, in AA. VV., *Les recompositions familiales aujourd'hui*, dir. da M.-T. MEULDERS-KLEIN, Paris, 1993, p. 313 ss.; A. M. LEROYER, *L'enfant confié à un tiers: de l'autorité parentale à l'autorité familiale*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1998, p. 587 ss.; F. BOULANGER, *Faut-il revoir les règles de l'autorité parentale? (examen critique de la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993)*, in *Rec. Dalloz*, 1999, *Chron.* p. 233 ss.; C. BRIERE, *La coparentalité. Mythe ou réalité?*, in *Rev. dr. san. soc.*, 2002, p. 567 ss.

⁷⁰ In tal senso C. COLOMBET, *Commentaire de la loi du 4 juin 1970 sur l'autorité parentale*, in *Rec. Dalloz*, 1971, *Chron.*, p. 3. L'opinione è concorde ed espressa in tutti i manuali sulla materia.



competenze attraverso un atto di esercizio di autonomia familiare che coinvolga genitori di sangue e terzo genitore. La via della delega, insomma, già prevista in altri casi dall'ordinamento francese, come si è avuto modo di affermare, qualora si superino i giudizi di meritevolezza di tutela e di consonanza con l'interesse del minore.

La prima strada presenta vari ostacoli, ma comunque non si mostra a prima vista impercorribile; la seconda sembra scontrarsi con l'ostacolo insormontabile della indisponibilità della materia della filiazione.

Per quanto concerne la prima ipotesi, il problema si pone soltanto per il presunto padre, poiché altrimenti s'incorrerebbe nel reato di sostituzione di parto. Né è possibile che la discendenza possa essere rivendicata dal partner omosessuale del genitore, data l'identità di sesso. Dunque l'ipotesi può prospettarsi soltanto per la madre che abbia contratto una nuova unione eterosessuale. Il risultato di acquisire la qualifica di genitore su base volontaristica è più agevole da conquistare se non vi è accertata una precedente filiazione paterna.

Più contrastata se il minore ha già un padre. Nell'ordinamento francese, in questa seconda ipotesi, dirimente è la circostanza che vi sia oppure no per il figlio un possesso di stato conforme al titolo con il padre la cui filiazione sia stata costituita o vi sia soltanto il titolo o solamente il possesso di stato.

Se il titolo è conforme al possesso di stato, entra in campo l'art. 333 code civ. Tale disposizione fa della durata uno degli elementi essenziali del possesso di stato. In base alla durata, si ammette o si esclude la contestazione del legame di filiazione. Il termine di cinque anni dalla nascita è perentorio: una volta scaduto, se vi è conformità con il titolo, nessuno può agire in contestazione. Vi è comunque da sottolineare che, se vi è realmente un legame di sangue tra padre e figlio, l'azione è comunque destinata al fallimento sul piano della prova, a meno che non vi sia inerzia totale del convenuto e grande benevolenza da parte del giudice.

Al contrario, se vi è legame di sangue tra figlio e padre legale, purché non sia trascorso il termine, l'azione è ben fondata e idonea a cancellare il precedente legame per instaurarne uno nuovo con il terzo genitore, anche se questi non sia il vero padre di sangue.

Questo se si tratti di filiazione accertata all'interno del matrimonio. Paradossalmente, le nuove regole dell'esperienza francese rendono assai più difficile rispetto al passato proprio la contestazione della paternità del figlio nato al di fuori del matrimonio. Infatti, sotto il vigore della disciplina abrogata, il possesso di stato conforme al titolo perdurante da dieci anni bloccava l'azione di contestazione soltanto per determinati soggetti, mentre il figlio, la madre e chi si pretendeva genitore potevano agire entro un termine di trent'anni. Il fatto che ora valgano le stesse regole che vi sia oppure matrimonio, anche colui il quale abbia operato un riconoscimento non veritiero acquisendo lo *status* di genitore subisce il termine di cinque anni dalla nascita, in caso di titolo conforme al possesso di stato.



Se invece manchi il possesso di stato conforme al titolo, anche qui nell'ordinamento francese si assiste a un capovolgimento di prospettiva. Se con la riforma del 1972, nel nome della verità biologica, si ammetteva, *a contrario*, come si è visto, l'azione di contestazione in mancanza di possesso di stato conforme al titolo di figlio legittimo, fino a consentire addirittura il riconoscimento da parte del genitore naturale⁷¹, la riforma del 2005, pur confermando l'ampia legittimazione all'azione aperta a chiunque ne abbia interesse, fissa un termine di due anni dalla nascita o dal riconoscimento. Anche qui, tuttavia l'esito dell'azione è assai influenzato dall'inerzia del vero padre e dalla tolleranza del giudice nel non disporre le prove biologiche, che esiti a tagliare un legame soltanto formale in favore di una relazione "fictive mais vivante"⁷².

Poco resta da dire dell'ipotesi di esistenza del solo possesso di stato fatta constare mediante un atto notorio. La questione non impedisce a nessun diretto interessato di agire in contestazione, entro il termine decennale previsto dalla norma ed è sempre ammessa la prova biologica.

10. b) Si è detto che nell'ordinamento italiano non sembra ancora emersa la tematica del "terzo genitore", se non per sporadici accenni qua e là colti, né è dato individuare riflessi giurisprudenziali della questione. Ad ogni modo, un'osservazione sembra indiscutibile: che la soluzione francese della *délégation*, in qualche forma introdotta anche soltanto per via interpretativa nel nostro ordinamento, non potrebbe mai trovare accoglimento nell'ambito di un'unione omosessuale, in quanto contraria alla nozione comunemente accettata d'interesse del minore, che pretende la presenza nel rapporto educativo di entrambe le figure genitoriali di sesso differente, per assicurare l'armonioso svolgimento della personalità del fanciullo.

Che in fatto possa accadere che la vita di questi si svolga in un contesto che vede esercitare nei suoi confronti le funzioni genitoriali da parte di persone dello stesso sesso, come può succedere anche al di fuori di una convivenza omosessuale, potendo ben ipotizzare l'esistenza di focolari domestici costituiti, per le vicende della vita, da soli uomini o da sole donne, nonno e padre, nonna e madre e via enumerando, non potrebbe per ciò stesso, a mio avviso, siffatta situazione assumere ufficialità di "cogenitorialità", neppure attraverso un accordo intervenuto tra il genitore o i genitori, tra di loro e il genitore sociale omosessuale. L'accordo non potrebbe essere considerato meritevole di tutela né avere

⁷¹ *Status* reso ancora più fragile dalla legittimazione estesa a chiunque ne avesse interesse e dal termine trentennale ritenuto applicabile in mancanza di un diverso termine espresso: considerazioni in tal senso in E. RICHARD, *op. cit.*, p. 206 ss. e ivi indicazioni bibliografiche e giurisprudenziali.

⁷² L'espressione è di H. FULCHIRON, *Autorité parentale et familles recomposés*, cit., p. 148.



alcuna efficacia, qualsivoglia forma assuma, di rappresentanza generale, di mandato, di accordo relativo al governo della famiglia.

La tematica della richiesta di genitorialità delle coppie omosessuali è, tuttavia, ben distinta – e le sovrapposizioni spesso sono strumentalizzate ideologicamente – da quelle del riconoscimento delle unioni omosessuali e dell'ammissibilità del matrimonio tra persone del medesimo sesso, e pertanto deve essere affrontata separatamente.

Se nell'ordinamento italiano non si intravede alcuna apertura alla richiesta di genitorialità della coppia omosessuale, riguardo alle altre due questioni è possibile rilevare i primi segni di un cambiamento di tendenza, a partire dal dibattito giurisprudenziale, grazie al costante dialogo tra le Corti interne ed internazionali⁷³.

In Italia, tale percorso ha inizio con la nota sentenza della Corte costituzionale n. 138 del 2010⁷⁴, nella quale la Consulta – nonostante abbia respinto le argomentazioni delle questioni di costituzionalità di una serie di disposizioni del codice civile che secondo i giudici rimettenti ostacolavano la possibilità di ammettere il matrimonio tra appartenenti allo stesso sesso – ha contestualmente riconosciuto che l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra persone dello stesso sesso, rientra nelle formazioni sociali di cui discorre l'art. 2 cost.

Assai importante è il riconoscimento a chi pone in essere tale convivenza del diritto di “vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri”; nonché l'affermazione della necessità, in ipotesi particolari, di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale” da garantire con il controllo di ragionevolezza.

Di poco successiva è la pronuncia della CEDU del 24 giugno 2010 (*Schalk e Kopf contro Austria*)⁷⁵, nella quale – anche in questo caso nonostante il rigetto delle richieste dei ricorrenti – la Corte europea afferma che il diritto al matrimonio sancito dall'art. 12 conv. non debba essere limitato ai casi di matrimonio tra persone di sesso differente, ferma restando la piena discrezionalità degli Stati nella scelta di concedere o meno l'accesso al matrimonio omosessuale.

Altresì, in riferimento agli artt. 8 e 14 della Convenzione, la CEDU afferma in modo netto che le coppie omosessuali con una stabile relazione di fatto rientrano nella nozione di

⁷³ Cfr. M.G. LUCCIOLI, *Giurisprudenza delle Corti (CGE, CEDU, Corte costituzionale, Corte di Cassazione sui profili esistenziali della famiglia*, relazione svolta al convegno “Persona e comunità familiare”1982-2012, in www.comparazioneidiritto civile.it.

⁷⁴ Corte cost., 14 aprile 2010, n. 138, in *Quaderni costituzionali*, 2010, n. 2, p. 361 ss.

⁷⁵ CEDU, 24 giugno 2010, *Schalk e Kopf c. Austria*, n. 30141/04, in *Ajfam (Actualité juridique famille)*, 2010, p. 333, *obs.* V. AVENA-ROBARDET, *Dr. fam.*, 2010, p. 143, *note* E. LAGARDE ; *JCP*, 2010, p. 1013, *obs.* H. FULCHIRON.



vita privata e familiare, come vi rientrerebbe la relazione di una coppia eterosessuale nella stessa situazione.

Sulla scia di tale decisione si pone la recente pronunzia della Corte di Cassazione italiana, 15 marzo 2012, n. 4184⁷⁶, che pur negando ai componenti della coppia omosessuale la possibilità di far valere il diritto a contrarre matrimonio o ad ottenere la trascrizione del matrimonio contratto all'estero, ha nello stesso tempo affermato che costoro sono titolari, a prescindere dall'intervento del legislatore in materia, del diritto alla vita familiare e che possono adire i giudici comuni per far valere il diritto ad un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alle coppie coniugate.

⁷⁶ Cass., 15 marzo 2012 n. 4184, in www.cassazione.it.