



FUNZIONI E RUOLI GENITORIALI NELLE FAMIGLIE ALLARGATE E RICOMPOSTE: UNA COMPARAZIONE FRA MODELLI NORMATIVI E ALCUNE RIFLESSIONI EVOLUTIVE.¹

ALESSANDRA CORDIANO

SOMMARIO: 1. Le nuove tipologie familiari e la declinazione della fattispecie. - 2. Famiglie allargate e ricomposte: il concetto di genitorialità sociale. - 3. Modelli legislativi a confronto: il modello astensionistico o dell'esclusione, in particolare, il sistema italiano. - 4. *Segue*. Il modello c.d. sostitutivo nel contesto della famiglia monoparentale: l'esempio tedesco e quello danese - 5. *Segue*. Il modello inclusivo o "riformista": l'esperienza inglese e quella francese. - 6. Linee di tendenza e considerazioni conclusive.

1. La constatazione del superamento del problema sinteticamente individuato nella *famiglia di fatto*², senza averlo tuttavia risolto a livello legislativo³, è evidenziata in

¹ Lo scritto riproduce la relazione presentata al Convegno "Lo statuto della Matrigna. Figli, padri e madri nelle famiglie ricomposte", organizzata dall'Osservatorio Nazionale sul diritto di Famiglia - Sezione di Verona, in data 29 novembre 2011.

² Nella vastissima letteratura in argomento, G. FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, Milano, 1979, p. 281 ss.; F. PROSPERI, *La famiglia non "fondata sul matrimonio"*, Camerino-Napoli, 1980, diffusamente; E. ROPPO, *La famiglia senza matrimonio. Diritto e non diritto nella fenomenologia delle libere unioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, p. 697 ss.; F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Milano 1983, diffusamente; A. FALZEA, *Problemi attuali della famiglia di fatto*, in AA.VV., *Una legislazione per la famiglia di fatto?*, Napoli 1988, p. 52 ss.; F. D'ANGELI, *La famiglia di fatto*, Milano, 1989, diffusamente; EAD., *La tutela della convivenza senza matrimonio*, Torino, 1995, diffusamente; M. DOGLIOTTI, *Famiglia di fatto*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VIII, Torino, 1992, p. 196 ss.; F. D. BUSNELLI e M. SANTILLI, *La famiglia di fatto*, in *Comm. dir. it. fam.* Cian, Oppo, Trabucchi, VI, 1, Padova, 1993, p. 757 ss.; G. AUTORINO STANZIONE, *Diritto di famiglia*, Torino, 1997, part. p. 18 ss.; M. FORTINO, *Diritto di famiglia. I valori, i principi, le regole*, Milano, 1997, p. 60 ss.; R. TOMMASINI, *La famiglia di fatto*, in *Tratt. dir. priv.* Bessone, IV, t. I, Torino 1999, p. 499 ss.; G. FERRANDO, *Gli accordi di convivenza: esperienze a confronto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, p. 163 ss.; L. BALESTRA, *La famiglia di fatto*, Padova, 2004, diffusamente; G. OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, Milano 2001, diffusamente; V. FRANCESCHELLI, voce *Famiglia di fatto*, in *Enc. dir.*, Agg., VI, Milano 2002, p. 365 ss.



maniera inequivocabile dal contesto sociale, che offre modelli nuovi e diversi dalla convivenza *more uxorio*, che esigono soluzioni giuridiche altre, per certi versi più complesse dell'applicazione analogica delle norme sulla famiglia legittima al contesto predetto⁴.

Già dal 1994 e poi frequentemente nel corso del decennio successivo⁵, gli interventi del Parlamento europeo, esortavano i Paesi membri a provvedere con sollecitudine al riconoscimento e alle garanzie delle nuove tipologie familiari presenti a livello europeo: le famiglie monoparentali, quelle allargate e ricomposte, le unioni omosessuali⁶. L'Europa stessa, inoltre, esibisce un panorama normativo così consistente e diversificato in tema di nuovi contesti familiari, da far apparire ancor meno difendibile la posizione astensionistica dell'ordinamento italiano⁷.

³ Si rammenta, fra i numerosi disegni di leggi in tema, quello noto come proposta di legge sui "Dico", il d.d.l. 1333 "Diritti e doveri delle persone stabilmente conviventi", del 20 febbraio 2007, presentato dai Ministri Bindi e Pollastrini, sul quale M. DOGLIOTTI e A. FIGONE, *Famiglia di fatto e Dico: un'analisi del progetto governativo*, in *Fam. dir.*, 2007, p. 416 ss.

⁴ Così S. POLIDORI, *Le famiglie non fondate sul matrimonio: ruolo del diritto e tecniche d'intervento del sistema*, in *Rapporti familiari e regolazione: mutamenti e prospettive* a cura di M. FRANCESCA e M. GORGONI, Napoli, 2009, p. 127 ss..

⁵ Le Raccomandazioni del Parlamento europeo sono contenute nelle Risoluzioni dell'8 febbraio 1994, del 16 marzo 2000, del 14 luglio 2001 e del 4 settembre 2003 (in tema, si consenta un rinvio a A. CORDIANO, *Tutela delle coppie omosessuali ed esigenze di regolamentazione*, in *Famiglia*, 2004, p. 107 ss.).

⁶ Nella vasta letteratura, M. COSTANZA, *Adottare è un diritto di tutti?*, in *Dir. fam. pers.*, 1994, p. 1079 ss.; C. FORDER, *Riconoscimento e regime delle coppie omosessuali in Europa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, p. 107 ss.; G. FERRANDO, *Gli accordi di convivenza: esperienze a confronto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, p. 163 ss.; F. GRILLINI, *Omosessuali e diritti*, *ivi*, p. 183 ss.; F. RUSCELLO, *La famiglia tra diritto interno e normativa comunitaria*, in *Famiglia*, 2001, part. p. 706 s.; ID., *Dal patriarcato al rapporto omosessuale: dove va la famiglia?*, in *Rass. dir. civ.*, 2002, p. 516 ss.; M.C. DE CICCO, *La tutela delle convivenze: cenni alle esperienze straniere*, in *Tratt. dir. fam.* Zatti, I, Milano, 2002, p. 809 ss.

⁷ Ne parla ampiamente M. FONTANA VITA DELLA CORTE, *Le unioni civili nel diritto locale*, in *Rapporti familiari e regolazione: mutamenti e prospettive*, cit., p. 163, part. 167 ss. Un dato di novità, nel panorama delle nuove tipologie familiari, è rappresentato da quell'ambito denominato "diritto regionale della famiglia", vale a dire quell'insieme di normative regionali, che diversamente riconoscono e sostengono le forme familiari non coniugali, attraverso la partecipazione alle graduatorie per l'assegnazione dell'edilizia popolare, per gli asili comunali, e mediante le agevolazioni per la costruzione e ristrutturazione degli immobili residenziali. La consistenza e la rilevanza di questo panorama, consolidato da disposizioni comunali che prevedono l'istituzione di elenchi delle unioni civili, testimonia, ancora una volta, il superamento di quella prospettiva dicotomica fra diritto privato e diritto pubblico (sulla questione, già M. GIORGIANNI, *Il diritto privato e i suoi attuali confini*, in *Riv. trim.dir. proc. civ.*, 1961, p. 399 ss.; S. PUGLIATTI, *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 696 ss.; P. PERLINGIERI,



L'evidente superamento del modello familiare tradizionale, che illustre studioso ha definito "mediterraneo"⁸, è testimoniato da una significativa frantumazione della categoria dogmatica di riferimento, attraverso un percorso che ha trasformato la famiglia da "isola" ad "arcipelago"⁹, ad indicare metaforicamente la consistenza di detta frantumazione. È una trasformazione che desta meno sgomento in quanti, nella migliore dottrina, hanno sempre reputato la famiglia non un dogma intangibile, quanto piuttosto una delle tecniche di tutela della persona e dei suoi interessi fondamentali¹⁰. È vero che la convivenza di fatto è stata per lungo tempo il concetto aggregativo di molteplici istanze di tutela e di esigenze affettive¹¹; oggi, pur rimanendo intatto il problema della garanzia degli interessi sottesi¹²,

L'incidenza dell'interesse pubblico nella negoziazione privata, in *Rass. dir. civ.*, 1986, p. 933 ss.) e impone, pertanto, una dimestichezza con fonti normative tradizionalmente estranee all'ambito familiaristico del diritto civile (così M. FONTANA VITA DELLA CORTE, *Le unioni civili nel diritto locale*, cit., p. 192 ss.; ma già prima, C. DONISI, *Verso la "depatrimonializzazione" del diritto privato*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 649 ss.).

⁸ Così D. MESSINETTI, *Diritti della famiglia e identità della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 137.

⁹ L'evoluzione del fenomeno è rilevata da D. MESSINETTI, *Diritti della famiglia e identità della persona*, cit., p. 137 e nota n. 2, dove l'A. riporta il passaggio di F.D. BUSNELLI, *L'isola e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, i, p. 510 ss.

¹⁰ P. PERLINGIERI, *Diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991, 2° ed., part. p. 490 ss.

¹¹ Sulla perdita del valore evocativo e di sintesi della famiglia di fatto a causa della disgregazione dei modelli familiari, D. MESSINETTI, *Diritti della famiglia e identità della persona*, cit., p. 138, nota n. 5.

¹² A titolo d'esempio, si rammenti la scelta del legislatore della disciplina di modifica della legge 183/1984, che ha optato per la sola coppia coniugata, eludendo la coppia convivente *more uxorio* con lo stratagemma della convivenza triennale precedente alla celebrazione del matrimonio, così svilendo il processo di riconoscimento giuridico della famiglia di fatto; criticamente, S. POLIDORI, *Le famiglie non fondate sul matrimonio: ruolo del diritto e tecniche d'intervento del sistema*, cit., p. 136 ss. Per altro verso, non si può che accogliere con favore l'estensione, compiuta dal legislatore del 2006, che ha introdotto la disciplina di modifica dell'affidamento della prole in occasione della separazione e del divorzio, a tutta la patologia familiare, compresa, quindi, anche la crisi della famiglia di fatto¹². È pur vero, tuttavia, che la nuova disciplina non ha risolto la questione del riparto di competenza fra tribunale ordinario e per i minorenni e, anzi, ha sollevato profili critici di compatibilità fra la norma di cui all'art. 317 *bis* c.c. e la disciplina di cui artt. 155 c.c. e seguenti, almeno nel contesto della patologia familiare; sulla presunta abrogazione dell'art. 317 *bis* c.c., per opera della novella sull'affido condiviso, L. SALVANESCHI, *I procedimenti di separazione e divorzio*, in *Fam. dir.*, 2006, p. 373 ss.; M. A. LUPOI, *Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 1067 ss.; *contra* F. TOMMASEO, *La disciplina processuale della separazione e del divorzio dopo le riforme del 2005 (e del 2006)*, in *Fam. dir.*, 2006, p. 7 ss.



essa ha però perso quel notevole valore evocativo e di sintesi, che le era proprio. La realtà si è fatta a tal punto complessa, che lo studio del diritto di famiglia attiene, oggi, a un'articolata e complessa molteplicità di situazioni interpersonali: indefinibili, soggette a modificazioni continue, talvolta evanescenti. Gli effetti di queste inedite dinamiche familiari, espressione ed estrinsecazione della personalità degli individui, trascendono il modello familiare tipico (anche extraconiugale), talvolta neppure raggiungendo la soglia del giuridicamente rilevante. Questa la ragione per la quale, non a torto, l'ambito di competenza del diritto di famiglia si è esteso, sino a coprire l'area di quel campo più esteso, comprendente il *diritto delle persone e della famiglia*¹³. In questo senso appare opportuna una riflessione sulle nuove (o rivisitate) tecniche di tutela, sui nuovi strumenti di promozione e di garanzia dei più attuali contesti familiari, nella prospettiva di un diritto della famiglia che non prescindia dai vincoli affettivi, sociali e di solidarietà¹⁴. Il privilegio verso il rapporto affettivo, piuttosto che nei riguardi dell'atto che lo costituisce, raffigura un'opzione di favore che da tempo dottrina attenta non esita a evidenziare¹⁵.

Un documento elaborato dall'Istat nel 2010, sulla *Misurazione delle tipologie familiari*, evidenzia un'importante diversificazione del modello tipico di riferimento, imponendo una riflessione che vada oltre il "tradizionale" ambito della famiglia costituitasi all'interno delle convivenze coniugali e di fatto¹⁶. Rappresenta un dato acquisito, così, che le coppie *omosessuali* descrivano una realtà ineludibile dell'arcipelago familiare, incontestabile sotto un profilo giuridico¹⁷, né sulla scorta dell'assenza della stabilità della relazione, né in ragione della mancata finalizzazione procreativa¹⁸.

¹³ Sul "diritto delle persone e della famiglia" ancora D. MESSINETTI, *Diritti della famiglia e identità della persona*, cit., p. 138.

¹⁴ Indicativa in tal senso la raccolta di scritti di C.M. BIANCA, M. MALAGOLI TOGLIATTI e A.L. MICCI, *Le famiglie ricomposte. Presa in carico e consulenza*, Roma, 2005. Sul mutamento sociale e culturale e sui nuovi modelli familiari, si rinvia anche a P. ZATTI, *Introduzione*, in *Tratt. dir. fam.* Zatti, I, 1, cit., p. 25 ss.; nonché già S. ALAGNA, *Famiglia e rapporti tra coniugi nel nuovo diritto*, Milano, 1983, p. 7 ss.; L. MENGONI, *La famiglia in una società complessa*, in *Iustitia*, 1990, p. 4 ss.

¹⁵ N. LIPARI, *Riflessioni sul matrimonio a trent'anni dalla riforma del diritto di famiglia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, p. 715 ss.

¹⁶ Il documento è consultabile al sito Istat http://www.istat.it/dati/catalogo/20100802_00/.

¹⁷ Si segnala una nota pronuncia di merito, che ha equiparato, quale presupposto della facoltà di astensione dal testimoniare, la convivenza tra soggetti eterosessuali a quella tra omosessuali, ravvisando i medesimi requisiti della relazione affettiva stabile e del reciproco riconoscimento della collaborazione e dell'assistenza morale e materiale, insieme alla situazione psicologica determinata dal vincolo affettivo, a fondamento la disposizione dell'art. 199 c.p.p.: così Assise Torino, 19 novembre 1993, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1994, p. 230 ss.

¹⁸ G. FERRANDO, *Gli accordi di convivenza: esperienze a confronto*, cit., p. 163 ss.; F. RUSCELLO, *Dal patriarcato al rapporto omosessuale: dove va la famiglia?*, cit., p. 516 ss.; M.C.



Raffigura una sfida affascinante, pertanto, riempire il dettato costituzionale di cui all'art. 29 Cost., in combinato disposto con la clausola generale dell'art. 2 Cost.; una sfida alla quale, sino a oggi, il legislatore nazionale¹⁹ e la Corte costituzionale²⁰ non hanno, l'uno saputo, l'altra voluto, dare risposta.

Il superamento e il mutamento dei modelli culturali tradizionali è stato fortemente influenzato, poi, da quel fenomeno sinteticamente definito come *globalizzazione*²¹, che ha prodotto l'abbattimento delle barriere geografiche e la circolazione di modelli culturali del tutto diversificati. La stessa *globalizzazione* è stata una delle cause dei massicci fenomeni migratori di cittadini, anche extraeuropei, con i loro portati culturali, familiari, religiosi ed etnici molto distanti dall'ambito europeo. La ricchezza derivante dal *multiculturalismo*²² non consente di celare gli evidenti disagi che questi fenomeni migratori hanno talvolta provocato: anche nel campo del diritto di famiglia, disciplina tradizionalmente a vocazione nazionalistica e abitualmente neutra rispetto a modelli di tutela "diversificati" per differenze culturali, religiose, economiche, si conoscono fattispecie inedite - come la famiglia poligamica e il ripudio della donna - e strumenti nuovi - quali l'affido omoculturale, che propone un tentativo per offrire garanzie di tutela, di promozione e di sviluppo ad un minore, quello straniero²³, accompagnato e non accompagnato, portatore di

DE CICCO, *La tutela delle convivenze: cenni alle esperienze straniere*, cit., p. 809 ss.; D. MESSINETTI, *Diritti della famiglia e identità della persona*, cit., p. 140 ss.

¹⁹ Recentemente in tema, S. CANATA, *La legalizzazione della vita di coppia: panorama europeo e prospettive di riforma in Italia*, in *Fam. pers. succ.*, 2010, p. 198 ss., part. p. 216 ss.

²⁰ Sulla pronuncia della Corte cost., 15 aprile 2010, n. 38, R. PINARDI, *La Corte, il matrimonio omosessuale ed il fascino (eterno?) della tradizione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, p. 527 ss.; F.R. FANTETTI, *Il principio di non discriminazione ed il riconoscimento giuridico del matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, p. 179 ss.; M. GATTUSO, *La Corte costituzionale sul matrimonio tra persona dello stesso sesso*, in *Fam. dir.*, 2010, p. 653 ss. Sulla giurisprudenza della CEDU in tema, si veda recentemente R. CONTE, *Convergenze (inconsapevoli o...naturali) e contaminazioni tra giudici nazionali e Corte Edu: a proposito del matrimonio di coppie omosessuali*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 573 ss.

²¹ Così D. MESSINETTI, *Diritti della famiglia e identità della persona*, cit., p. 143 ss.

²² Celebre il saggio di G. SARTORI, *Pluralismo, multiculturalismo e estranei: saggio sulla società multi-etnica*, Milano, 2000, diffusamente.

²³ In tema d'immigrazione e di tutela dei minori, Cass., 17 marzo 2009, n. 8159, in *Fam. dir.*, 2009, p. 995: "Ai sensi dell'art. 31, d.lgs. n. 286/1998, il Tribunale può autorizzare l'ingresso e la permanenza di un familiare di un minore straniero per un tempo determinato per gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico e tenuto conto dell'età e delle condizioni di salute del minore che si trova sul territorio italiano, dovendosi revocare l'autorizzazione quando vengano a cessare i gravi motivi di cui sopra"; conforme Cass., 11 gennaio 2006, n. 396, in *Dir. giust.*, 2006, p. 22; e Cass. S.U., 16 ottobre 2006, n. 22216, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, 908. *Contra*, App. Roma, 19 aprile 2004, in *Fam. dir.*, 2004, p. 492: "In materia di condizione giuridica dello straniero, l'autorizzazione alla permanenza, per un periodo di tempo determinato, dei genitori di minore



interessi di innegabile peculiarità²⁴. Le famiglie straniere, nell'alveo delle quali vanno ricomprese quelle definite "regolari" e "irregolari", costituiscono un concetto di evocazione, un fenomeno che riesce a sintetizzare fattispecie traducibili sul terreno giuridico: una riflessione compiuta del giurista familiarista, capace di confrontarsi con i temi delle politiche sociali e con il sistema dei servizi sociali per i cittadini²⁵, avvezzo agli strumenti sociali, in dialogo costante con i giuristi lavoristi, internazionalisti e comunitaristi, rappresenta una sfida importante del *diritto delle persone e della famiglia*. Le criticità e le difficoltà tipiche delle famiglie straniere, con cui è oramai tassativo confrontarsi, richiederebbero di dotarsi di un bagaglio minimo di competenze interculturali, tradizionalmente estranee al mondo giuridico, ma indispensabili per riuscire a comporre i conflitti in funzione garantistica²⁶.

Accanto a questo fenomeno di globalizzazione, il giurista odierno si trova a confrontarsi, da un lato, con quello, che è stato lucidamente definito come "relativismo assiologico"²⁷; dall'altro, con il dispiegarsi dei fenomeni in commento all'interno di una *società aperta*²⁸ e *liquida*²⁹: attraverso la perdita dei modelli affettivi e familiari rassicuranti ad opera di un incessante formarsi e disgregarsi di relazioni *liquide*, talvolta evanescenti e giuridicamente irrilevanti, che sino giungono a modificare la rete sociale tipica di riferimento³⁰. Avviene così che, accanto alla famiglia nucleare (non sempre basata su un legame legittimo e a prescindere dalla caratterizzazione sessuale) si affianca un'altra categoria, esito dalla logica del consumo, quella del *single* adulto,

straniero che si trova nel territorio italiano, può essere rilasciata - ai sensi dell'art. 31, comma 3, d.lgs. n. 286 del 1998 - valutando il pregiudizio per il minore nella sua concreta imminenza e tenendo conto della situazione personale dello stesso nella sua globalità"; conforme, App. Perugia, 10 aprile 2002, in *Giur. mer.*, 2003, p. 1260: "Nonostante il decreto di espulsione, è possibile che il genitore straniero di un bambino extracomunitario venga autorizzato a rimanere in Italia per gravi motivi connessi allo sviluppo psico-fisico del minore".

²⁴ M. FORNARI e C. SCIVOLETTO, *Affido omoculturale nell'accoglienza dei minori stranieri non accompagnati*, in *Min. giust.*, 2007, p. 97 ss. Si rinvia al documento *Un'indagine sulle buone prassi nella giustizia minorile*, elaborato dalla Direzione generale per gli interventi di giustizia minorile e l'attuazione dei provvedimenti giudiziari-Dipartimento di giustizia minorile, presso il Ministero della giustizia, al link <http://www.giustiziaminorile.it/rsi/studi/buoneprassi.pdf>.

²⁵ Sulla famiglia naturale "straniera", nuovamente G.G. GRECO, *Gli accordi di convivenza ed i diritti dei singoli nella giurisprudenza*, in *Rapporti familiari e regolazione: mutamenti e prospettive* a cura di M. FRANCESCA e M. GORGONI, cit., p. 354 s.

²⁶ Per tutti, A. PORTERA e P. DUSI, *Gestione dei conflitti e mediazione interculturale*, Milano 2006.

²⁷ C. SALVI, *La famiglia tra giusnaturalismo e positivismo giuridico*, in *Studi in onore di Davide Messinetti* a cura di F. RUSCELLO, I, Napoli, 2008, p. 883 ss.

²⁸ K.R POPPER, *La società aperta e i suoi nemici*, Roma, 1974, vol. I, p. 179.

²⁹ Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, Roma Bari, 2000, p. 72.

³⁰ D. MESSINETTI, *Diritti della famiglia e identità della persona*, cit., p. 144 ss.



professionista³¹, che si traduce talvolta nel modello di famiglia *monoparentale*.

La *liquidità* delle relazioni plasma poi la famiglia *ricomposta*³² e quella *allargata*, un nucleo formato dai figli, il genitore naturale e il *terzo genitore*³³ o, ancora, quelle famiglie formate dai due ex coniugi con i rispettivi nuovi compagni e i figli avuti dalle relazioni precedenti e da quelle attuali³⁴. Si tratta, a ben vedere, di relazioni che si creano a prescindere dai legami biologici e dai modelli giuridici di riferimento e che richiederebbero un riconoscimento giuridico, distante dalle categorie tradizionali, fondato e legittimato dalle relazioni sociali e affettive: un riconoscimento, a tutta prima, ben lontano dalla tutela offerta dalla norma di cui all'art. 252 c.c.³⁵, che, piuttosto che attestare una famiglia allargata *ante litteram*, sottintende una tutela estrema della famiglia legittima attraverso il dogma inviolabile della sua unità³⁶.

Un altro fenomeno di rilievo è che sono talvolta le prescrizioni normative a produrre fenomeni indirizzati all'elusione degli stessi precetti: nella disciplina sulla procreazione medicalmente assistita, l'ambito soggettivo comprende, con una scelta forse non meditata in profondità, anche la famiglia di fatto; il legislatore del 2004 ha scelto di estendere la disciplina anche alle coppie conviventi, senza alcuna prescrizione riguardo ai loro

³¹ Nuovamente D. MESSINETTI, *Diritti della famiglia e identità della persona*, cit., p. 145.

³² È quella nella quale “dopo la separazione del padre e della madre di un bambino, uno dei genitori costituisce, sposandosi o convivendo, un nuovo nucleo familiare che prende in carico questo figlio in modo permanente, se il genitore in questione è quello che esercita da solo l'autorità genitoriale o a causa del quale è stata fissata la residenza abituale; in modo occasionale, nel caso in cui al genitore gli siano stati riconosciuti il diritto di visita e la possibilità di ospitare il figlio”: così M.T. MEULDERS-KLEIN E I. THÉRY, *Quels repères pour les familles recomposées?*, Parigi, 1995. Diversamente, S. MAZZONI, *Nuove costellazioni familiari: le famiglie ricomposte*, Milano, 2002, definisce le famiglie ricomposte come, appunto, delle “nuove costellazioni”, che comprendono tutti i nuclei costituitisi successivamente alla separazione o al divorzio, acquisendo livelli diversi di complessità in ragione delle scelte compiute dagli adulti. Della stessa A., si veda anche, EAD., *Le famiglie ricomposte: dall'arrivo dei nuovi partners alla costellazione familiare ricomposta*, in *Dir. fam. pers.*, 1999, p. 369 ss.

³³ A. OLIVIERO FERRARIS, *Il terzo genitore. Vivere con i figli dell'altro*, Milano, 1997, diffusamente.

³⁴ Sul versante sociologico, P. DI NICOLA, *Famiglia: sostantivo plurale*, Roma, 2010, part. p. 164; si veda anche il recente scritto di A.L. ZANATTA, *Le nuove famiglie*, Bologna, 2008, diffusamente. Sul tema, anche A. DE MAURO, *Le famiglie ricomposte*, in *Famiglia*, 2005, p. 767 ss.; G. FERRANDO, *Famiglie ricomposte e nuovi genitori*, in *Giur. it.*, 2007, c. 12 ss.

³⁵ Sull'inserimento del figlio naturale nella famiglia legittima, si veda il commento ad App. Roma, 15 giugno, 2004, di A. FIGONE, *Riconoscimento del figlio naturale da parte di uno solo dei genitori e sua legittimazione*, in *Fam. dir.*, 2005, p. 57 ss.

³⁶ Criticamente, P. PERLINGIERI, *Riflessioni sull'“unità della famiglia”*, in AA.VV., *Rapporti personali nella famiglia* a cura di P. Perlingieri, Napoli, 1982, p. 8 ss.



requisiti; un limite è, invece, statuito riguardo alla persona *single*³⁷ e, in stretta connessione, all'inseminazione con gameti di un terzo donatore, così agevolando la formazione di *coppie di comodo*, costituitesi al fine di accedere alle tecniche di fecondazione assistita: un'altra tipologia familiare nata per ovviare alle preclusioni legislative³⁸.

Queste considerazioni confermano l'idea di uno studio del diritto di famiglia che sappia confrontarsi con le categorie e le regole del *diritto delle persone*, in una visione complessa e complessiva delle relazioni interpersonali. Un processo riformistico è naturalmente necessario; ma prima di questo, opportuna sarebbe una riflessione complessiva del legislatore, che sappia di seguito agire con interventi "miti"³⁹, con una legislazione "aperta" e "per principi"⁴⁰, attraverso la quale i rapporti personali acquisiscano giuridica rilevanza e la necessaria tutela a prescindere dai legami della biologia e dai limiti formali del diritto, ma per vincoli affettivi e sociali, dove la famiglia non sia tanto e solo il luogo dell'attestazione di uno *status*, quanto quello dell'affermazione dell'identità⁴¹. La proliferazione fenomenologica dell'esistente affettivo

³⁷ F. RUSCELLO, *La nuova legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Fam. dir.*, 2004, p. 628 ss., part. p. 634, rileva come la legge sulla procreazione, volta alla tutela e alla soluzione di problemi salute, sia in realtà discriminatoria con riguardo alla tutela della salute della donna *single*.

³⁸ Costituisce ulteriormente un profilo critico, quello per cui, a ridosso del divieto di fecondazione eterologa, siano previsti strumenti rimediali di tipo sanzionatorio accanto al solo strumento di cui all'art. 235 c.c. Nessun rilievo, infine, è svolto con riferimento al così detto *breach of contract* del negozio di p.m.a, sia rispetto ai rapporti fra coppia ed ente - dove troverebbero facilmente applicazione le norme sull'inadempimento contrattuale -, sia riguardo alla coppia, laddove quale che riflessione potrebbe essere condotta circa lo scioglimento del contratto senza giusta causa da parte di uno della coppia e per lo svilimento delle aspirazioni genitoriali dell'altro partner, nonché rispetto alla sorte degli embrioni residui. Sugli embrioni residui, in particolare, F.D. BUSNELLI e E. PALMERINI, voce *Bioetica e diritto privato*, in *Enc. dir.*, Agg., V, Milano, 2001, p. 148.; F. CAPOLUONGO, *Il problema degli embrioni residui*, in *Fam. dir.*, 2010, p. 1069 ss.; A. CORDIANO, *Identità della persona e disposizioni del corpo. La tutela della salute nelle nuove scienze*, cit., p. 295 ss.

³⁹ Il riferimento è a G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Milano 1992.

⁴⁰ Così S. RODOTÀ, *Tra diritto e società. Informazioni genetiche e tecniche di tutela*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, p. 576; ID., *Il corpo e il post-umano*, in *Studi in onore di Davide Messinetti* a cura di F. RUSCELLO, I, Napoli, 2008, p. 821. Si veda anche D. MESSINETTI, *Ermeneutica e contesti normativi "aperti"*, in *Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa* a cura di V. SCALISI, Milano, 2007, p. 215. Auspica una tecnica legislativa aperta e "per principi" e non di tipo regolamentare o repressivo-penale, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991, p. 373 ss.

⁴¹ Sul punto, D. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, p. 339 ss.; S. RODOTÀ, *Persona, riservatezza*,



e familiare non accorda, tuttavia, una logica induttiva, fondata sul relativismo assiologico e giustificata da un nuovo utilitarismo, ma anzi richiede una dogmatica forte, che al contempo sappia evitare i tranelli del mero dogmatismo, con la sua ideologia categorizzante.

2. La significativa diversificazione del modello familiare tradizionale, accanto alle considerazioni brevemente sopra esposte, conducono ad altra riflessione, indotta dalla constatazione di un fenomeno tipico nel panorama di riferimento, sinteticamente traducibile nell'attestazione, a livello europeo ed extraeuropeo, di una nuova forma di genitorialità *sociale*, accanto e per certi versi equiparata alla tradizionale genitorialità *biologica*, che caratterizza la struttura familiare tipica⁴².

In particolare, in questa composita fenomenologia, individuata nella locuzione di sintesi "genitorialità sociale", possono essere ricomprese, in un primo versante, quelle fattispecie nelle quali il progetto familiare è condiviso *ab origine*. Si tratta, in particolare, di quelle ipotesi che annoverano le famiglie costituite a seguito di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita *eterologa* o mediante il ricorso alla maternità surrogata (talvolta coincidenti, ma non necessariamente, con una famiglia omosessuale). Di là delle peculiarità che i singoli ordinamenti prevedono nel disciplinare e consentire queste forme familiari, si evidenzia, in entrambi i casi, la mancanza della discendenza biologica, in tutto o in parte⁴³; attraverso un accordo diversamente intercorso fra i soggetti coinvolti e l'assunzione della responsabilità genitoriale, il progetto genitoriale è però costituito e condiviso *ab origine*. Di qui, l'interesse del minore è presunto dalla duplicità della figura genitoriale, alla quale è riconosciuta dalla legge ogni funzione parentale e il correlato ruolo giuridicamente sancito⁴⁴.

Nel fenomeno della così detta genitorialità *sociale* vanno ricomprese quelle distinte situazioni, nelle quali, viceversa, manca un progetto genitoriale condiviso al momento della costituzione del rapporto affettivo: nelle famiglie così dette *allargate* o *ricomposte*,

identità. Prime note sulla protezione dei dati personali, in *Studi in onore di P. Rescigno*, V, Milano, 1998, p. 592 ss.; S. VICIANI, *L'autodeterminazione "informata" del soggetto e gli interessi rilevanti (a proposito dell'informazione sul trattamento sanitario)*, in *Rass. dir. civ.*, 1996, p. 278 ss. Si consenta il rinvio a A. CORDIANO, *Identità della persona e disposizioni del corpo. La tutela della salute nelle nuove scienze*, Roma, 2011, p. 64 e p. 240 ss.

⁴² A. D'ANGELO, *La famiglia nel XX secolo: il fenomeno delle famiglie ricomposte*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, p. 13 ss. Sulla giurisprudenza della CEDU in argomento, M.G. STANZIONE, *Rapporti di filiazione e "terzo genitore": le esperienze francese e italiana*, in *Fam. dir.*, 2012, part. p. 204 ss.

⁴³ Parla di "famiglia pluriematica", F. UCCELLA, *Dalla "famiglia pluriematica" alla "famiglia putativa" come soggetto giuridico: prime considerazioni*, in *Famiglia*, 2005, p. 447 ss., alludendo alla perdita di rilievo del vincolo di consanguineità.

⁴⁴ Sul superamento fattuale del concetto di "parentalità", M.G. STANZIONE, *Filiazione e "genitorialità". Il problema del terzo genitore*, Torino, 2010, p. 109 ss.



uno o entrambi i partner provengono da una precedente unione e convivono con in figli nati da una o da entrambe le relazioni e, sovente, con i figli nati da quella attuale. La complessità è ampliata dal fatto che le funzioni parentali di cura e di assistenza talvolta sono interamente mantenute dai genitori biologici, residuando al minimo la partecipazione del genitore sociale; talaltra, invece, dette funzioni sono in tutto o in parte esercitate in maniera condivisa, comprendendo il genitore sociale, al quale sono (di fatto) delegati compiti di cura morale e materiale della prole, spesso anche sostanziali, senza tuttavia un formale e giuridico riconoscimento degli stessi⁴⁵.

In queste fattispecie, il progetto genitoriale “originario” manca, poiché il nucleo familiare deriva dalla (o dalle) disgregazioni delle precedenti unioni⁴⁶. È presente, tuttavia, l’elemento volontaristico, ossia un accordo intercorso fra i partner per costituire un nuovo nucleo affettivo. In queste ipotesi, piuttosto, manca la presunzione dell’interesse della prole, che rimane incardinata nel mantenimento della relazione bigenitoriale. La delega più o meno estesa delle funzioni parentali è affidata al genitore sociale, ma a seguito del consolidamento del legame affettivo con la prole. Sono assenti, pertanto, vincoli giuridici di sorta, che compongano detto legame con i requisiti della giuridicità. A ciò si aggiunga che, queste tipologie familiari, derivando dalla disgregazione di precedenti unioni, soggiacciono alle discipline nazionali, le quali, pur con le loro peculiarità, sono caratterizzate tutte dal principio di bigenitorialità e dall’affido condiviso. Con ciò s’intende, che il nuovo nucleo familiare e l’attuale gestione dello stesso si affiancano e si sovrappongono all’esercizio condiviso delle responsabilità e delle funzioni parentali, che rimangono attribuite ai genitori biologici in maniera condivisa, magari a seguito di accordi solo faticosamente raggiunti.

⁴⁵ Ne parla M.G. STANZIONE, *Rapporti di filiazione e “terzo genitore”: le esperienze francese e italiana*, cit., p. 201 ss., part. p. 204.

Indicativo, in tal senso, sotto il profilo terminologico che la denominazione della figura del terzo genitore in Italia sia correlata alle proiezioni negative della tradizionale iconografia raffigurante “matrigne” e “patrigni”; in molti Paesi, invece, invece, il termine si rifà ad un prefisso, (es., in lingua inglese, *step*; nelle lingue tedesca e olandese, *stief*; in lingua svedese, *styv*), che possiede la connotazione di “perdita”, se correlato ad esempio alla parola bambino (*stepchild*: orfano); correlativamente, il prefisso associato alla parola “padre” o “madre” acquisisce il senso di indicare colui o colei che divengono padre o madre a seguito della morte del genitore biologico. Il termine è esteso, naturalmente, anche a quanti assumono il ruolo anche a seguito della disgregazione della famiglia d’origine, a seguito di una separazione, ma senza mai possedere una connotazione negativa, che si acquisisce con l’accostamento di un aggettivo specifico (es., *the evil stepmother*: la matrigna di Biancaneve). In Francia, la figura del terzo genitore, e con questo anche il termine che indica i “fratellastri” e le “sorellastre”, è viceversa connotato in termini positivi: i *beaux parent*, la *belle mère*, il *beau père*, i quali curiosamente definiscono anche la suocera e il suocero.

⁴⁶ Ne parla M.G. STANZIONE, *Rapporti di filiazione e “terzo genitore”: le esperienze francese e italiana*, cit., p. 201 ss.



Ciò produce, talvolta, un'intersecazione dei ruoli genitoriali e delle funzioni di cura e di assistenza attribuite *ex lege* o volontariamente assunte, ma giuridicamente inesistenti, generando sovente conflitti anche profondi fra genitori biologici e i così detti *terzi genitori*, quando anche fra la prole nata dalla precedente e dall'attuale relazione coniugale. A ciò si aggiunga, infine, che non è esclusa un'ulteriore e successiva disgregazione del nucleo familiare *sociale*, magari quando, dopo molti anni, le relazioni affettive si sono ampiamente consolidate, ma non hanno titolo per ricevere una tutela che garantisca il mantenimento del legame, attraverso forme di riconoscimento dell'interesse sotteso, esplicitate magari mediante il ricorso al diritto di visita.

L'interesse della prole a un legame forte con il nucleo attuale e, particolarmente, con questi terzi *significativi* in queste diversificate situazioni è evidente che non si possa presumere a priori; ma qualora questo possa essere attestato, si manifesta il problema delle modalità di garanzia dell'interesse e, non meno importante, del grado di rilevanza giuridica da accordare a queste relazioni.

L'attribuzione di un valore metagiuridico alla famiglia *sociale*, ossia alla famiglia i cui membri svolgano funzioni di accudimento e di mantenimento morale e materiale, a prescindere dai legami biologici e giuridici, si confronta con le soluzioni adottate dagli ordinamenti, che sono naturalmente molto diverse tra loro e che sottendono il grado di adesione si intende accogliere alla famiglia *inclusiva*: una famiglia dove i così detti *terzi significativi* divengano terzi giuridicamente rilevanti nella relazione con la prole.

Di qui, la diversificazione degli approcci nazionali, che prevedono forme di sostituzione o di affiancamento della figura genitoriale biologica con quella sociale, accanto a modelli di partecipazione sottoposti e vagliati dal ricorso all'autorità giudiziaria, sino alla completa assenza di disciplina, che nega implicitamente ogni rilievo giuridico alla funzione parentale del genitore sociale.

3. Nel confronto fra le esperienze oltreconfine e quella nazionale, si scorgono delle linee omogenee: tre approcci alla regolazione, che prevedono rispettivamente un orientamento "volontaristico", che privilegia il criterio della formalizzazione del ruolo del terzo genitore a condizione dell'esclusione del genitore biologico⁴⁷ e che si caratterizza per essere un modello sostanzialmente "non interventista"; un approccio "sostitutivo", che

⁴⁷ Ne parla P. SAIITA, *La genitorialità "sociale" e la sua regolazione. Una rassegna europea*, in *Quaderni della Sezione Diritto e Comunicazioni Sociali*, 2006, p. 19 ss., consultabile al link <http://www.cirsdig.it/Pubblicazioni/saittastepparents.pdf>. Il modello così detto "volontaristico", favorisce il modello non coercitivo e per ciò avulso dalla regolamentazione giuridica, fra prole e terzo genitore, promuovendo la relazione affettiva e, eventualmente, l'adozione volontaria. Viceversa, l'approccio "neofamilarista", dall'A. caratterizzato dalla forte critica verso la diffusione di modelli familiari caratterizzati dall'assenza di uno dei genitori, in luogo di forme familiari tradizionali, è un modello sostanzialmente non interventista, che, tuttavia, sotto l'angolo prospettico del giurista, risulta in forte analogia con il modello "volontaristico".



sostituisce, appunto, una delle due figure genitoriali, in ragione della carenza di un genitore biologico, al fine della riproposizione del modello nucleare; un modello “inclusivo”, che risulta dall’affiancamento delle figure genitoriali attraverso il riconoscimento giuridico delle funzioni di cura e assistenza del terzo genitore⁴⁸.

L’approccio definito “volontaristico”, favorendo, si è detto, la regolamentazione della figura del terzo genitore attraverso forme che implicitamente comportano l’esclusione del genitore biologico, si caratterizza per essere (quasi) sempre un modello astensionistico e non interventista, che rifugge da strumenti di riconoscimento *ad hoc* della figura e delle funzioni parentali del terzo genitore, utilizzando, invece, l’espedito dell’adozione volontaria.

In numerosi Paesi europei, quali la Spagna, il Belgio e la stessa Italia, e nell’ipotesi statunitense si evidenzia proprio una posizione astensionistica rispetto all’intervento legislativo; in questi, parallelamente, è in vigore, pur nel rispetto delle peculiarità normative, lo strumento dell’affido condiviso e del principio della bigenitorialità, i quali sottintendono la permanenza delle prerogative parentali in capo ai genitori biologici. Il mantenimento della titolarità della potestà in capo ai genitori biologici e affidatari implica, pertanto, il mancato riconoscimento giuridico dei genitori sociali, eccezion fatta che per il tramite dell’adozione volontaria, la quale, per un verso, esclude il genitore biologico non più convivente; per altro verso, predilige una tutela dell’interesse della prole che transiti per l’estromissione del genitore naturale al fine di garantire un nuovo nucleo familiare con i caratteri della stabilità e della certezza formale dei rapporti.

In Svezia, l’*Act on The Children and Parents Code*, promulgato il 1° gennaio 1950 e sovente emendato, prevede in base alla legge di modifica del 1° ottobre 1998, il sostanziale rilievo dell’interesse della prole minore ad avere e mantenere relazioni con i *terzi significativi* (*section 15°* del testo): non è un caso, infatti, che in un Report del 2005 venga indicato che in Svezia metà delle adozioni effettuate nel paese siano delle *step-parent adoptions*, adozioni del genitore sociale⁴⁹.

Nel nostro Paese, la prima norma che sembra suggerire il riconoscimento del terzo genitore è quella indicata dall’art. 252 c.c., benché si sia detto in precedenza, che, anzi che attestare una famiglia allargata *ante litteram*, essa sottintenda piuttosto una tutela estrema della famiglia legittima, attraverso il dogma inviolabile della sua unità⁵⁰.

⁴⁸ La distinzione è opera di A. D’ANGELO, *La famiglia nel XX secolo: il fenomeno delle famiglie ricomposte*, cit., p. 24 ss. Per un panorama sulle differenti impostazioni legislative, M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, Padova, 2007, p. 179 ss.

⁴⁹ M. ENGEL, *Worldwide Stepfamily Tribulations under current Laws and social Policies*, 2005, p. 8, consultabile al link <http://www.law2.byu.edu/isfl/saltlakeconference/papers/isflpdfs/Engel.pdf>.

⁵⁰ Criticamente, già P. PERLINGIERI, *Riflessioni sull’“unità della famiglia”*, in AA.VV., *Rapporti personali nella famiglia* a cura di P. Perlingieri, cit., p. 8 ss. Ma che la disciplina dell’art. 252 c.c., alla luce di un’interpretazione costituzionalmente orientata, tenda a tutelare anche, e forse



Il modello astensionistico del nostro ordinamento è enunciato piuttosto dallo strumento dell'adozione in casi particolari, di cui all'art. 44 della legge riformata sull'adozione legittimante, che prescinde da alcuni dei requisiti di legge sanciti per il tradizionale procedimento adottivo. In particolare, nell'ipotesi prevista dalla lett. b) dell'art. 44, l'inserimento nella famiglia coniugale legittima del figlio biologico si struttura attraverso l'adozione da parte di un coniuge del figlio (adottivo, ma non solo) dell'altro coniuge⁵¹.

Il disposto di cui all'art. 46, nondimeno, delimita entro confini rilevanti la procedura adottiva speciale, richiedendo, in particolare, l'assenso dei genitori e del coniuge dell'adottando. La ricostruzione della manifestazione della volontà dei genitori (biologici e sociale) nei termini anzi detti dell'*assenso*, in luogo del consenso, si può spiegare con il disposto del secondo comma dell'art. 46, che consente al tribunale per i minorenni di pronunciare ugualmente l'adozione, ove l'assenso sia negato, nel caso in cui il rifiuto risulti ingiustificato o contrario all'interesse dell'adottando, salvo comunque che il rifiuto non sia stato opposto dai genitori esercenti la potestà.

Pur conferendo al coniuge adottante la piena responsabilità parentale di cui all'art. 147 c.c. e l'esercizio congiunto della potestà, anche rispetto ai rapporti patrimoniali e ai beni del minore (escluso l'usufrutto legale), l'adozione in parola, tuttavia, non consente né l'acquisizione dello *status*, né la costituzione del rapporto di parentela con la famiglia del coniuge del genitore biologico e con il coniuge stesso. Soprattutto, la procedura in commento non ammette la rescissione del rapporto con la famiglia d'origine, né tanto meno con il genitore biologico, pur estromettendolo dalla vita del minore sotto il profilo giuridico, ossia sottraendogli l'esercizio della potestà.

Le criticità che si possono muovere a un sistema come il nostro, oltre alla banale constatazione che esclude a qualsiasi titolo la figura del convivente da questo modello di famiglia allargata (così come accade per l'ipotesi di cui all'art. 252 c.c.), sono rivolte alla configurazione della procedura siffatta, che consente all'autorità giudiziaria di procedere, oltre il rifiuto ingiustificato, nel caso d'incapacità o irreperibilità dei soggetti chiamati a esprimersi, ma sempre escludendo l'ipotesi in cui l'assenso venga negato dai genitori biologici o dal coniuge "adottante". Ciò dovrebbe alludere alla possibilità di procedere ugualmente all'adozione particolare, nel caso in cui un genitore biologico sia stato già in precedenza estromesso dall'esercizio della potestà e, contestualmente, il genitore sociale dimostri un interesse e, ancor più rilevante, un legame significativo. In ogni modo, in nessuna delle fattispecie indicate emerge una valutazione di adeguatezza della competenza genitoriale, salvo il caso dell'incapacità, per la quale la valutazione d'incompetenza è *in re ipsa*; ancor più se si pensa che l'introduzione della novella sull'affido condiviso ha reso

principalmente, l'interesse del figlio naturale a essere, o non essere, inserito nella famiglia legittima lo evidenzia, tuttavia, F. RUSCELLO, *Lineamenti di diritto di famiglia*, Milano, 2005, p. 40 e 41.

Una *ratio* differente è sottesa alla norma di cui all'art. 328 c.c., sulla quale F. RUSCELLO, *La potestà dei genitori. Usufrutto legale*, Milano, 2010, part. p. 229, p. 235 ss.

⁵¹ Sul punto, F. RUSCELLO, *Lineamenti di diritto di famiglia*, cit., p. 240.



ancor più ardua la possibilità che il genitore esercente la potestà voglia - o, meglio si dovrebbe dire, possa - spogliarsi dei suoi compiti genitoriali, dal momento che il ricorso all'affido esclusivo, per la sua residualità⁵² (e la sua finalità talvolta anche punitiva⁵³) è destinato ad applicarsi quando venga, per così dire, vinta la presunzione di migliore compatibilità dell'affido condiviso a realizzare l'interesse morale e materiale della prole.

Il tratto tipico del modello astensionistico, di cui s'è presa ad esempio l'Italia, è che, privilegiando la costituzione volontaria della relazione sociale, comporta l'assunzione della funzione parentale sotto il profilo giuridico a discapito della perdita della potestà in capo al genitore naturale, escludendo qualsiasi profilo di inclusività nel modello familiare allargato.

4. Il secondo modello analizzato viene a ragione definito come "sostitutivo", perché esso si caratterizza per il riconoscimento del terzo genitore, attribuendo alle funzioni assunte e svolte *de facto* un sostanziale rilievo giuridico⁵⁴. Il presupposto di detto riconoscimento, tuttavia, si trova nella condizione essenziale che già la titolarità della responsabilità parentale e l'esercizio delle correlate funzioni sia in capo ad uno solo dei genitori biologici. Il modello, quindi, non è teso all'esclusione di uno dei due genitori, ma alla riproposizione del modello tradizionale, la famiglia nucleare, tramite la sostituzione del genitore "assente" con il genitore sociale, che già, di fatto, svolge le funzioni genitoriali tanto circa i profili personali, quanto relativamente a quelli patrimoniali⁵⁵.

⁵² Per un'indicativa casistica riguardante le ipotesi di affido esclusivo, Cass., 17 dicembre 2009, n. 26587 in *Foro it.*, 2010, I, p. 428; Trib. Minorenni, 20 gennaio 2009, in *Fam. dir.*, 2009, p. 623; Trib. Prato, 13 febbraio 2009, in *Giur. it.*, 2009, p. 2701; Cass., 18 giugno 2008, n. 16593, in *Fam. dir.*, 2008, p. 1106; Trib. Bologna, 17 aprile 2008, in *Fam. pers. succ.*, 2008, p. 684; Cass. 5 febbraio 2008, n. 2756 in *Rep. Foro it.*, 2008, voce *Minore, infanzia e maternità*, n. 54. In senso critico, su detta residualità, F. RUSCELLO, *La tutela dei figli nel nuovo "affido condiviso"*, in *Familia*, 2006, p. 625 ss.

⁵³ Il secondo comma dell'art. 155 *bis* c.c. prevede, infatti, che i genitori possono in ogni tempo chiedere la revisione dell'affidamento condiviso in favore di quello esclusivo; tuttavia, qualora la domanda in parola risulti manifestamente infondata, il giudice può non solo considerare il comportamento del genitore ai fini dei provvedimenti da adottare, ma anche ritenerlo responsabile *ex art. 96 c.p.c.*: lamentano l'impianto sostanzialmente sanzionatorio della norma, G. DE MARZO, *L'affidamento condiviso*, I, *Profili sostanziali*, in *Foro it.*, 2006, V, c. 91; P. LOVATI, *Affidamento condiviso dei figli: luci ed ombre della nuova legge*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, part. p. 171; A. GRAZIOSI, *Profili processuali della l. n. 54 del 2006 sul c.d. affidamento condiviso dei figli*, in *Dir. fam. pers.*, 2006, part. p. 1879 ss.

⁵⁴ Il rinvio è nuovamente alla distinzione correttamente indicata da A. D'ANGELO, *La famiglia nel XX secolo: il fenomeno delle famiglie ricomposte*, cit., p. 26 s.

⁵⁵ Nel caso della disciplina olandese, entrata in vigore il 1° gennaio 1998, introducendo i nuovi artt. 253t-253y, è possibile l'esercizio congiunto della potestà fra il genitore biologico e



La legge tedesca sulle unioni registrate, modificata nel 2004⁵⁶, ha introdotto alcune modifiche in materia, innovando il Codice della previdenza sociale ed equiparando l'unione solidale al matrimonio ai fini della determinazione del diritto ad una pensione di vedovo o vedova. L'istituto della *Lebenspartnerschaft*, in particolare, è riservato a due persone dello stesso sesso, che siano maggiorenni e non legate da un precedente matrimonio o *Lebenspartnerschaft*. I medesimi elementi costituiscono impedimento alla celebrazione del matrimonio, insieme alla sussistenza di legami di parentela in linea retta o collaterale, contribuendo a evidenziare le somiglianze con l'istituto matrimoniale, introiettate anche nel tessuto sociale: in tal senso, al § 11 della legge, si precisa che un convivente è considerato un membro della famiglia dell'altro convivente e che fra i parenti di un convivente ed il partner si crea un "vero" legame di affinità.

Per ciò che attiene nello specifico al tema in oggetto, ossia la presenza di figli, che può derivare da precedenti relazioni di uno dei *partners* con persona di sesso opposto o da fecondazione artificiale, non si prevede per i *partners* registrati la possibilità di adozione congiunta; anche se, con la legge del 15 dicembre 2004, è stata ammessa la *second parent adoption*, ossia l'adozione da parte di un partner o di un coniuge del figlio biologico dell'altro (c.d. *step-parent adoption*). Il § 9 della legge prevede l'esercizio congiunto delle responsabilità parentali fra il genitore e il *lebenspartner* con alcuni (limitati) tratti tipici della potestà genitoriale, quali la possibilità di assumere congiuntamente le decisioni (ordinarie) riguardanti la vita quotidiana del minore, la sua rappresentanza legale, la facoltà di compiere qualunque atto sia necessario in caso di pericolo imminente, il diritto di visita in caso di scioglimento del rapporto e il diritto di chiedere l'affidamento nel caso di morte del genitore naturale. L'esercizio congiunto della potestà (*Sorgerecht*) è possibile solo quando il *partner*-genitore sia unico affidatario del minore; non lo è se il minore è affidato congiuntamente a entrambi i genitori. È interessante segnalare che l'esercizio congiunto sorge per volontà delle parti, senza che sia necessario alcun ricorso al giudice o ad altra autorità.

quello sociale mediante richiesta di un provvedimento in tal senso da parte dell'autorità giudiziaria, purché il minore abbia in staurato con il terzo genitore una relazione significativa e a patto che il genitore biologico eserciti *esclusivamente* la potestà sul figlio: la richiesta, infatti, viene rigettata dal giudice sulla scorta dell'opposizione del genitore naturale. Il riconoscimento giuridico così operato garantisce un presunto interesse del minore alla formalizzazione della posizione e del ruolo del genitore sociale: così K. BOELE-WOELKI, B. BRAAT, I. CURRY SUMMER, *European Family Law in Action, Parental responsibilities*, III, Intersentia, Mortsels, 2005, p. 93 ss.

⁵⁶ *Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft* del 16 febbraio 2001, modificata con legge 15 dicembre 2004 (*Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts*, in *Bundesgesetzblatt*, 2004, I, n. 69, p. 3396; al riguardo J. WASMUTH, *La convivenza registrata tra persone dello stesso sesso in Germania e l'orientamento giurisprudenziale della Corte Costituzionale tedesca*, in *Familia*, 2003, p. 503.



La legislazione danese sulle coppie di fatto è molto articolata: risale già al 1989 il riconoscimento delle coppie omosessuali⁵⁷; mentre, con la legge n. 360 del 2 giugno 1999, è in vigore dal 1° luglio dello stesso anno una normativa che consente la così detta *step parent adoption* a prescindere dalla caratterizzazione sessuale della coppia. La disciplina in parola, nondimeno, si caratterizza per aver introdotto nel sistema giuridico danese il modello che si è definito “sostitutivo”, poiché il partner può accedere all’adozione del figlio del proprio partner, sul presupposto che il minore stesso sia affidato a uno solo dei genitori biologici e per questo in una situazione potenzialmente pregiudizievole, soprattutto quando esista un genitore sociale che abbia, di fatto, assunto le funzioni parentali, ma queste non siano giuridicamente riconosciute. In particolare, la legge danese ha optato per un sistema di riconoscimento del ruolo, ad opera della sostituzione del genitore naturale assente, sulla base di una serie di requisiti: in primo luogo, che il genitore sociale abbia instaurato con il minore una relazione significativa, garantita presuntivamente da un periodo di tre mesi di coabitazione - che può decorrere anche dalla data di nascita del minore. Inoltre, l’adozione del genitore sociale è supportata e condizionata da circostanze fattuali: il minore deve essere soggetto a una potestà monoparentale, perché la madre è la sola che ha riconosciuto il figlio o perché la procreazione discende da un donatore anonimo o, infine, essendo deceduto l’altro genitore biologico⁵⁸, con ciò confermando l’assunto di base, per il quale, il tratto tipico della formalizzazione del genitore sociale passa per il modello di affidamento (esclusivo) e non attraverso la perdita della potestà, al fine di riproporre il modello nucleare con l’introduzione del nuovo genitore.

5. L’ultimo esempio qui oggetto di analisi è definibile, per un verso, come modello “riformista”⁵⁹, poiché introduce modifiche legislative importanti per strutturare legalmente la relazione sociale con i requisiti della giuridicità. Al contempo, proprio detta strutturazione, transitando per un *agreement* fra soggetti legalmente deputati (i genitori biologici), o attraverso un provvedimento giudiziale, non acquisisce come implicito l’interesse del minore alla costituzione di questo nuovo rapporto, ma lo vaglia mediante le opzioni indicate, offrendo la garanzia implicita della valutazione dell’interesse in parola.

Per altro verso, il modello in commento è individuabile come concretamente “inclusivo”, secondo teorie psico-pedagogiche multi-parentali⁶⁰, che accolgono la figura⁶¹,

⁵⁷ Legge n. 372, del 7 giugno 1989, in vigore dal 1° ottobre 1989.

⁵⁸ Si confronti il contributo di C. G. DE BOER, A. KRONBORG, *National Report: Denmark*, in *Journal of Gender, Social Policy and the Law*, 2011, p. 113, consultabile al link <http://www.wcl.american.edu/journal/genderlaw/19/19.1.Denmark.JCI.pdf?rd=1>.

⁵⁹ P. SAIITA, *La genitorialità “sociale” e la sua regolazione. Una rassegna europea*, cit., p. 21 s.

⁶⁰ Nella letteratura americana sul punto, già K. T. BARTLETT, *rethinking Parenthood as an Exclusive Status: the need for Legal Alternatives when the Permise of the Nuclear Family has*



prevedendo forme di coinvolgimento attivo e giuridicamente riconosciuto (anche se non necessariamente paritetico⁶²) a quei soggetti che svolgono funzioni parentali di significativo rilievo nella vita della prole, con i termini della continuità e della stabilità e sul presupposto di una relazione affettiva significativa fra il bambino e il genitore sociale, nonché di un'altrettanta significativa relazione fra il genitore sociale e i genitori biologici⁶³.

Nella medesima direzione, il modello così detto inclusivo è volto ad affidare responsabilità e funzioni parentali al terzo genitore, senza per ciò escludere o sostituire (salvo nell'ipotesi di una potestà mono-genitoriale) uno dei genitori biologici; senza privarlo, quindi, del ruolo giuridico e delle competenze accuditive accordategli per legge. La figura del genitore sociale, così, si affianca alla struttura nucleare, sul presupposto di un accordo negoziale *ad hoc* o di una delega volontaria fra i soggetti legalmente deputati, o sulla scorta di un provvedimento giudiziale, che attribuisce pariteticamente (ma anche in parziale o totale sostituzione) una o più funzioni genitoriali, senza necessariamente privare i genitori biologici della titolarità della funzione parentale derivante *ex lege*.

Nel Regno Unito, l'entrata in vigore, nel 1989, del *Children Act* e, nel 2002, del *Children Adoption Act* ha innovato profondamente il sistema dei rapporti fra genitori e figli, sin dalla stessa definizione di *child of the family*, che, in correlazione a coniugi o conviventi, si riferisce ai figli di entrambi (*a child of both of them*), e ad ogni altro figlio, che non sia dato in affido, che venga trattato da entrambi come figlio di quella famiglia (*who has been treated by both of them as a child of their family*).

Costituisce un altro profilo di grande innovazione l'introduzione del concetto stesso

failed, in *Virginia Law Rev.*, 1984, p. 879; in senso analogo, M. B. JACOBS, *Why Just Two? Disaggregating Traditional Parental Rights and Responsibilities to Recognize Multiple Parents*, in *Journal Law Fam. Stud.*, 2007, p. 309, per un'evoluzione significativa della giurisprudenza relativamente alla sacralità dei diritti parentali sino al riconoscimento della relazione genitore sociale/bambino e genitore sociale/genitori biologici, a condizione della stabilità e della continuità del rapporto, che garantisca la rispondenza con l'interesse della prole (p. 311 ss.). Di recente, a favore del riconoscimento delle funzioni parentali in carico a più soggetti, diversi dai genitori biologici, C. VAN CUTSEM, *Le funzioni genitoriali nelle famiglie ricomposte*, in *Riv. mediazione fam. sistemica*, n. 3, 2003, consultabile on line.

⁶¹ *Contra* V. CIGOLI, *Divorzio, passaggio generazionale e aiuto alla famiglia: le risultanze di un programma di ricerca*, in T. AULETTA, *Bilanci e prospettiva del diritto di famiglia a trent'anni dalla riforma*, Milano, 2007, p. 279 ss. Critica è anche A. OLIVIERO FERRARIS, *Il terzo genitore. Vivere con i figli dell'altro*, cit., cui la letteratura italiana deve il termine in uso.

⁶² Precisa A. D'ANGELO, *La famiglia nel XX secolo: il fenomeno delle famiglie ricomposte*, cit., p. 27.

⁶³ Detto riconoscimento, osserva A. HARVISON YOUNG, *Reconceiving the Family: Challenging the Paradigm of Exclusive Family*, in *American Univ. Journal Gender, Social Policy, Law*, 1998, p. 505, part. p. 516, non equivale alla mera aggiunta di un altro membro familiare, riconosciuto giuridicamente e socialmente.



di “responsabilità parentale”, che, sostituendo la categoria “romanistica” di potestà, allude a quell’insieme di diritti, doveri, poteri, responsabilità e autorità attribuito ad un genitore nei riguardi della prole (e dei suoi beni), conciliandosi sotto il profilo terminologico con quanto espressamente disposto, seppure ai fini processuali, dai regolamenti comunitari n. 2201/2003 in tema, appunto, di responsabilità parentale e n. 4/2009 sulle obbligazioni alimentari⁶⁴. Lontano dall’espungere dal proprio ordinamento il concetto e il correlato *status* genitoriale, l’art. 2 del *Children Act* innova il profilo delle prerogative genitoriali, intervenendo sulle funzioni parentali di cura, assistenza e custodia, che possono essere ripartite anche fra soggetti diversi dai genitori biologici. L’art. 4A (*Acquisition of parental responsibility by step-parent*), come modificato dal *Children Adoption Act* del 2002, ha introdotto la figura giuridica del terzo genitore, come colui o colei che, sposato/convivente con il genitore biologico, acquisisca funzioni parentali in conformità di un accordo negoziale con uno o entrambi i genitori biologici (*agreement*) o in virtù di un provvedimento giudiziale, che può attribuire una o più funzioni parentali (*the court may, on the application of the step-parent, order that the step-parent shall have parental responsibility for the child*), revocabili entrambi dallo stesso giudice che ha emesso il provvedimento, da ciascuno dei soggetti fra i quali la responsabilità parentale è ripartita o mediante il ricorso al giudice ad opera del minore stesso.

Anche nei procedimenti della crisi familiare, genericamente definiti *proceedings*, il profilo dell’affidamento e, in ultima analisi, quello della bigenitorialità, è agilmente superato dalla previsione di provvedimenti sulla domiciliazione e sul diritto di visita, in ossequio al (solo) rispetto dell’interesse della prole. In particolare, il *residence order*, ossia il provvedimento giudiziale di domiciliazione, può essere rivolto anche a un terzo che non sia genitore naturale, nel qual caso durante il periodo di domiciliazione al terzo saranno demandati poteri genitoriali, equiparando in sostanza la figura a quella dei genitori esercenti la potestà.

In entrambe le ipotesi, dunque, quella negoziale e quella giudiziale, il rilievo attribuito al terzo (genitore) conferirà a quello le funzioni parentali, senza privare i genitori biologici della titolarità del *munus* genitoriale.

Il sistema francese si contraddistingue, insieme, per una disciplina giuridica caratterizzata per un sistema “inclusivo” e per un modello culturale diverso: la stessa dizione che definisce il concetto dei terzi significativi presenta un netto distacco rispetto alle discipline sin d’ora analizzate: la figura del terzo genitore, e con questo anche il

⁶⁴ All’art. 2, n. 7 del regolamento 2201/2003, la responsabilità genitoriale è indicata come quel corredo di “diritti e doveri di cui è investita una persona fisica o giuridica in virtù di una decisione giudiziaria, della legge o di un accordo in vigore riguardanti la persona o i beni di un minore. Il termine comprende, in particolare, il diritto di affidamento e il diritto di visita”.

Ma sulla valenza esclusivamente terminologica, almeno nel nostro sistema, della locuzione “responsabilità parentale” – espressione pur preferibile, secondo l’a., a quella tradizionale – v. F. RUSCELLO, *Potestà dei genitori versus responsibility*, in *Comparazione di diritto civile*, ottobre 2012, Atti del Convegno “Persona e comunità familiare (1982 – 2012)”, part. p. 2 ss.



termine che indica i “fratellastri” e le “sorellastre”, è connotato positivamente con i termini di *beaux parent, belle mère, beau père*, ad indicare sia gli affini, sia i genitori “acquisiti”, matrigna e patrigno.

Anche nel modello francese⁶⁵, il concetto di potestà è stato rinnovato dalla legge 305 del 2002, prevedendone un esercizio che prescinde dalla titolarità e dallo *status* genitoriale, nonché dalla domiciliazione della prole minore⁶⁶. Non rinnegando il concetto di bigenitorialità, come esercizio di un corredo di diritti e di doveri che spettano alla madre e al padre, comprensivo della protezione, della promozione e dell’educazione dei figli e di tutti i profili patrimoniali a questi connessi (di cui agli artt. 371-1 e 371-2, 372 ss. cod. francese) e che prescinde dallo stato di separazione (art. 373-2), la disciplina francese prevede espressamente il diritto della prole a mantenere relazioni personali con i propri ascendenti nonché con i *terzi* significativi, anche *non* parenti (art. 371-4); gli stessi terzi possono anche essere affidatari della prole, acquisendo conseguentemente l’autorità a compiere tutti gli atti “ordinari” relativi alla sorveglianza e all’educazione, senza necessità dell’apertura della procedura di tutela e, ancor più rilevante, senza incidere sulla responsabilità parentale dei genitori (art. 373-4).

Di là da queste annotazioni, rilevanti per lo più in termini di “eccezionalità” delle situazioni, si devono segnalare almeno due fattispecie peculiari del sistema francese, riformato con legge 9 luglio 2010, n. 769 e, in precedenza, con legge 4 marzo 2002, n. 305, che prevedono una struttura giuridica di condivisione della responsabilità genitoriale. Con la norma di cui all’art. 377 del codice, l’ordinamento francese prevede l’istituto della *delega*, totale o parziale, delle funzioni parentali, che possono essere volontariamente demandate a un terzo, membro della famiglia o comunque degno di fiducia, alla presenza di determinate circostanze, che esigano un siffatto intervento e previo superamento del vaglio di meritevolezza operato del giudice della famiglia⁶⁷. In quest’ipotesi, al terzo delegatario sono imputati poteri ordinari di esercizio della potestà, mentre per gli atti di particolare importanza resta ferma la necessità di ottenere il consenso dei genitori-deleganti, così come indicato dalla norma di cui all’art. 372-2⁶⁸.

A questa fattispecie, in parte a vocazione “sostitutiva”⁶⁹, si affianca la così detta delega con condivisione o *délégation partage*, prescritta all’art. 377-1 e introdotta nel

⁶⁵ Sul quale, per tutti M.G. STANZIONE, *Rapporti di filiazione e “terzo genitore”: le esperienze francese e italiana*, cit., p. 203 ss.

⁶⁶ Si veda, però, il progetto di legge *Avant-projet de loi sur l’autorité parentale et les droits des tiers* del 2008, per quella che vorrebbe essere una profonda rimeditazione del ruolo dei genitori sociali.

⁶⁷ Così M.G. STANZIONE, *Rapporti di filiazione e “terzo genitore”: le esperienze francese e italiana*, cit., p. 204 s.

⁶⁸ A. D’ANGELO, *La famiglia nel XX secolo: il fenomeno delle famiglie ricomposte*, cit., p. 31 s.

⁶⁹ Ancora A. D’ANGELO, *La famiglia nel XX secolo: il fenomeno delle famiglie ricomposte*, cit., p. 31.



2002 come “procedura semplificata” della delega classica, secondo la quale il giudice della famiglia, in virtù di comprovati bisogni educativi del minore, può accordare che i genitori o uno solo di questi condividano con un terzo l’esercizio dell’autorità parentale, mediante apposito e necessario accordo. La norma introdotta nasce per rispondere all’esigenza di riconoscimento giuridico di quei soggetti, con i quali i genitori biologici condividono l’esercizio quotidiano della genitorialità senza alcun rilievo formale, perché privi di relazione parentale: appunto, *beau parent*, conviventi *more uxorio* eterosessuali e omosessuali, partner di un Pacs.

La delegazione con condivisione è un mandato volontario dell’autorità parentale, che si distingue dalla fattispecie tipica perché non priva i deleganti delle prerogative parentali sul minore, bensì le condivide con il delegatario. La peculiarità della delegazione con condivisione non è quella, appunto, di escludere o sostituire uno o entrambi i genitori dalla titolarità o dall’esercizio, né di attribuire *sic et simpliciter* una o più funzioni genitoriali, bensì di condividere e ripartire con un esercizio paritetico e disgiunto le competenze di cura e assistenza e, presuntivamente, attraverso una ri-organizzazione dei vincoli familiari che passi attraverso una formalizzazione da parte del giudice⁷⁰ e formalizzi, quindi, un modello inclusivo delle figure che diversamente rivestono ruoli parentali.

6. A voler tracciare linee generali e tendenziali del percorso ricostruttivo sin qui svolto, si scorgono alcuni profili sintetici degni di considerazione. Si può segnalare, in primo luogo, come nei tre modelli osservati, quello così detto dell’esclusione e quelli sostitutivo e inclusivo, non sia possibile evidenziare una correlazione fra vicinanza geografica, culturale e giuridica e modello normativo prescelto. Paesi tradizionalmente distanti sul terreno culturale e giuridico, come quello svedese e italiano, hanno adottato una soluzione sicuramente più affine, rispetto alla Francia che, pur con una tradizione rassomigliante alla nostra, ha introdotto un modello affatto particolare, innovativo e distante dagli ordinamenti astensionistici e favorevoli a modelli di esclusione.

Il secondo tratto emergente e degno di nota è quello costituito da un sostanziale e radicale passaggio dal concetto dogmatico di *potestà genitoriale* a quello di *responsabilità parentale*. Il concetto in parola è consacrato, fra gli altri, dal regolamento Ce n. 2201 del 27 novembre 2003 (così detto Bruxelles II *bis*), relativo alla competenza, al riconoscimento e all’esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia,

⁷⁰ Parla della necessità di individuare le ragioni e, soprattutto, la “quantità” di delega dell’autorità parentale, M.G. STANZIONE, *Rapporti di filiazione e “terzo genitore”: le esperienze francese e italiana*, cit., p. 205 s., la quale richiama la giurisprudenza francese in materia, sottolineando la novità del caso affrontato in *Court d’Appel* di Parigi del 16 giugno 2011, dove inusitatamente la Corte discorre della necessità di un coinvolgimento del terzo convivente con la madre, attraverso un “progetto parentale comune” che assicuri (giuridicamente) al minore la necessaria stabilità affettiva, presente di fatto nella situazione concreta.



appunto, di responsabilità genitoriale⁷¹, che ha abrogato il regolamento n. 1347/2000, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di potestà dei genitori sui figli di entrambi i coniugi⁷², estendendo, in un tessuto assiologico comune, l'ambito di applicazione alle cause relative alla responsabilità genitoriale su minori di coppie non coniugate⁷³. All'art. 2, n. 7 del regolamento, la responsabilità genitoriale è indicata come quel corredo di "diritti e doveri di cui è investita una persona fisica o giuridica in virtù di una decisione giudiziaria, della legge o di un accordo in vigore riguardanti la persona o i beni di un minore. Il termine comprende, in particolare, il diritto di affidamento e il diritto di visita". Analogamente, il sistema di principi di diritto europeo della famiglia, elaborato negli anni 2006-2007 dalla *Commission on European Family Law* (CEFL) ha offerto un concetto di responsabilità genitoriale, intesa come "l'insieme di diritti e doveri finalizzati a soddisfare e garantire l'interesse del minore. Essa comprende in particolare: a) la cura, la tutela e l'educazione; b) la conservazione dei rapporti personali; c) la fissazione della residenza; d) l'amministrazione del patrimonio; e) la rappresentanza legale".

La crisi del concetto di potestà, in molti degli ordinamenti investiti dal mutamento indicato, non coincide (necessariamente) con la perdita della titolarità, che rimane sovente immutata, bensì con l'individuazione di funzioni parentali differenziate e con l'esercizio disgiunto e delegato ad un ambito soggettivo di applicazione più ampio di quello tradizionalmente prescritto, attraverso meccanismi controllati di deleghe a terzi, che abbiano con la prole minore un legame significativo, in termini di affettività, parentela, stabilità, continuità. Correlativamente, si osserva che, spesso, quei Paesi, nei quali è possibile evidenziare un mutamento del concetto di riferimento sono gli stessi nei quali si è operato un formale riconoscimento delle figure sociali: per tutti, può essere d'esempio il Regno Unito.

Se il concetto in parola sia o meno in grado, *pro futuro*, di sostituirsi alla categoria tradizionale (o se si tratti di una questione prevalentemente terminologica⁷⁴), è problema forse meno rilevante rispetto alla constatazione appena riferita: laddove si discorre di *parental responsibility* si verificano fattispecie che variamente riconoscono la genitorialità sociale.

⁷¹ In G.U. dell'U.E., L-338, del 23 dicembre 2003, p. 1.

⁷² In G.U. dell'U.E., L-160, del 30 giugno 2000, p. 19.

⁷³ "(...) indipendentemente da qualsiasi nesso con un procedimento matrimoniale", recita il quinto Considerando del Regolamento in parola.

⁷⁴ Rileva, nondimeno, una sostanziale omogeneità di contenuti fra il concetto di potestà e quello di *parental responsibility*, F. RUSCELLO, *Potestà dei genitori versus responsibility*, cit., p. 10 s., laddove "la situazione di potestà riconosciuta ai genitori costituisce uno degli «elementi» costitutivi della complessa posizione genitoriale", escludendo al concetto di responsabilità un portato innovativo, ma attribuendogli piuttosto il ruolo di "effetto" del contenuto assunto nel corso degli anni, appunto, dalla stessa potestà (p. 12).



La terza linea tendenziale mostra che, pur nella diversità anche profonda dei sistemi proposti, i Paesi che hanno optato per un riconoscimento delle figure parentali sociali, evidenziano tutti l'accoglimento per un modello familiare nuovo, "partecipativo"⁷⁵: una famiglia fondata sulle relazioni affettive, dove i soggetti terzi, che vantino con la prole legami forti e simbolici, siano riconosciuti e garantiti, se non mediante l'attribuzione partecipata di funzioni parentali, quanto meno attraverso il diritto di visita nell'ipotesi di disgregazione della famiglia allargata. Laddove si manifesta, invece, una forte resistenza a questo passaggio, dalla potestà alla responsabilità, la stessa potestà sembra ammantata, ineluttabilmente, da una *sacralità* e da una *naturalità*, le quali, per un verso, sanciscono una tendenziale inviolabilità delle relazioni genitoriali; per altro verso, negano qualsiasi forma di partecipazione di soggetti terzi estranei, sancendo nella derivazione biologica o in quella formale-giuridica l'unico prerequisito per la relazione stessa ed escludendo, pertanto, i legami sociali fondati sulla *mera* affettività.

Pur tuttavia, la regolamentazione (o una più compiuta regolamentazione) delle figure predette costituisce un banco di prova non più eludibile, posto e verificato, in primo luogo, che le relazioni con i genitori sociali rispondano al superiore e preminente interesse della prole, come criterio discriminante, e che le istanze di riconoscimento e di tutela rispondano, come pare, ad una valutazione di meritevolezza degli interessi sottesi afferenti ai soggetti *terzi*. Assolti i requisiti indicati, più complesso risulterà, piuttosto, operare un adeguato bilanciamento fra il riconoscimento del concetto di responsabilità genitoriali e parentali, le risorse parentali presenti e le relazioni significative concretamente presenti nel tessuto familiare specifico, senza un'opzione automatica verso modelli sostitutivi (quando non necessari), bensì trovando nuovi equilibri e modelli di ri-organizzazione familiare.

La questione più articolata, dunque, non è la sostituzione di una categoria per un'altra (potestà per *responsability*), giacché una lettura attenta e sensibile ai mutamenti sociali e costituzionalmente orientata del concetto di potestà è in grado di "reggere" all'ingresso, guidato, di soggetti terzi nelle dinamiche genitoriali; né quella di una regolamentazione del fenomeno, che potrebbe transitare tramite diversi "meccanismi" (e non disconoscendo comunque il ruolo dello strumento adottivo): a) la normazione puntuale di diritti e di doveri specifici (ossia di funzioni), che possono essere delegati a determinate condizioni e circostanze; b) con forme di controllo giudiziale da parte del giudice della famiglia (tutelare, ordinario o minorile), che conferiscano al genitore sociale un ruolo di ausiliario del genitore biologico⁷⁶; c) attribuendo al fattore tempo un ruolo fondamentale per la costituzione formale della relazione e, ancor prima, per la compiuta elaborazione da parte del minore dell'ingresso della nuova figura genitoriale.

⁷⁵ Sottolinea il passaggio da una famiglia "protettiva" ad una "partecipativa", D. MESSINETTI, *Diritti della famiglia e identità della persona*, cit., p. 137 ss.

⁷⁶ È quanto sancito dall'art. 299 del Codice svizzero (modificato nel lontano 1976), che attribuisce al genitore sociale un obbligo "di assistenza nell'esercizio dell'autorità parentale" verso l'altro coniuge.



Ciò che appare davvero più complesso è, invece, un profilo per il quale il diritto non possiede competenze adeguate: l'evidenziare e il formalizzare un *discrimen* giuridicamente rilevante fra adulti significativi e adulti significativi a cui attribuire un ruolo giuridico nella vita del minore e funzioni parentali correlate. Ciò che compete al diritto, piuttosto, è dare una forma, che sappia andare oltre alle forme.