

LE FONTI DEL DIRITTO ITALIANO

I testi fondamentali commentati con la dottrina
e annotati con la giurisprudenza

CODICE DELL'UNIONE CIVILE E DELLE CONVIVENZE

a cura di
Michele Sesta

Estratto



GIUFFRÈ EDITORE

LE FONTI DEL DIRITTO ITALIANO

LE FONTI DEL DIRITTO ITALIANO

I testi fondamentali commentati con la dottrina
e annotati con la giurisprudenza

G. AMOROSO - V. DI CERBO - A. MARESCA,
Diritto del lavoro. Vol. II - Lo Statuto dei lavoratori e la disciplina dei licenziamenti, quinta edizione, 2017.

F. LAZZARO - M. DI MARZIO - F. PETROLATI,
Codice del condominio, seconda edizione, 2017.

M. A. SANDULLI,
Codice dell'azione amministrativa, seconda edizione, 2017.

R. MASTROIANNI - O. POLLICINO - S. ALLEGREZZA - F. PAPPALARDO - O. RAZZOLINI,
Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, 2017.

G. AMOROSO - V. DI CERBO - A. MARESCA,
Diritto del lavoro. Vol. I - La Costituzione, il Codice civile e le leggi speciali, quinta edizione, 2017.

M. TRIMARCHI - A. LA SPINA,
Codice delle locazioni, seconda edizione, 2016.

P. ABBADESSA - G.B. PORTALE,
Le società per azioni. Tomo I e II, prima edizione, 2016.

A. LUMINOSO,
Codice dell'appalto privato, seconda edizione, 2016.

G. AMOROSO - V. DI CERBO - R. FOGLIA - A. MARESCA,
Diritto del lavoro. Vol. IV - Il Processo, terza edizione, 2016.

V. CUFFARO,
Codice del consumo e norme collegate, quarta edizione, 2015.

E. VULLO,
Codice dell'esecuzione forzata, prima edizione, 2015.

N. PICARDI,
Codice di procedura civile. Tomo I (Artt. 1-473), tomo II (Artt. 474-840), sesta edizione, 2015.

M. A. SANDULLI,
Testo Unico dell'edilizia (D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 e successive modifiche)
Artt. 1-51 - Artt. 136-137, terza edizione, 2015.

M. SESTA,
Codice della famiglia, terza edizione, 2015.

- S. BACCARINI - G. CHINÈ - R. PROIETTI,
Codice dell'appalto pubblico, seconda edizione, 2015.
- G. MORBIDELLI,
Codice della giustizia amministrativa, terza edizione, 2015.
- P. BOERO - M. IEVA,
La legge notarile, 2014.
- T. PADOVANI,
Codice penale. Tomo I (Artt. 1-413), tomo II (Artt. 414-734 *bis*), sesta edizione, 2014.
- S. PETITTI - E. VINCENTI,
Codice della strada, 2014.
- P. RESCIGNO,
Codice civile. Tomo I (Artt. 1-1677), tomo II (Artt. 1678-2969), nona edizione, 2014.
- A. LA TORRE,
Le assicurazioni. L'assicurazione nei codici - Le assicurazioni obbligatorie - L'intermediazione assicurativa, terza edizione, 2014.
- A. TIZZANO,
Trattati dell'Unione Europea, seconda edizione, 2014.
- P. PAJARDI,
Codice del fallimento, settima edizione, 2013.
- A. VANZETTI,
Codice della proprietà industriale, 2013.
- G. CANZIO - G. TRANCHINA,
Leggi complementari al codice di procedura penale, 2013.
- G. CANZIO - G. TRANCHINA,
Codice di procedura penale. Tomo I (Artt. 1-378), tomo II (Artt. 379-746), 2012.
- V. BUONOCORE - A. LUMINOSO - C. MIRAGLIA,
Codice della vendita, terza edizione, 2012.
- M. A. SANDULLI,
Codice dei beni culturali e del paesaggio, seconda edizione, 2012.
- M. SESTA,
Codice delle successioni e donazioni. Vol. II - Leggi collegate, 2011.
- M. SESTA,
Codice delle successioni e donazioni. Vol. I - Costituzione e Quattro Codici, 2011.
- L. TULLIO - M. DEIANA,
Codice dei trasporti, 2011.
- S. NESPOR - A. L. DE CESARIS,
Codice dell'ambiente. Commento alle recenti novità in materia di AIA, Caccia, Inquinamento atmosferico, Rifiuti, VAS e VIA, 2011.

G. AMOROSO - V. DI CERBO - L. FIORILLO - A. MARESCA,
Diritto del lavoro. Vol. III - Il lavoro pubblico, terza edizione, 2011.

G. LAURINI,
I titoli di credito, seconda edizione, 2009.

F. BASENGHI,
Contratto di agenzia, 2008.

T. PADOVANI,
Leggi penali complementari, 2007.

A. CORSARO - R. TRIOLA,
Legislazione agraria. Contratti - Prelazione - Imprenditore agricolo, 2006.

Per Informazioni e Acquisti

Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Via Busto Arsizio, 40 - 20151 Milano
Tel. 02/380.892.90 - Fax 02/380.095.82
<http://www.giuffre.it>

Centri di documentazione e di distribuzione Giuffrè

LE FONTI DEL DIRITTO ITALIANO

I testi fondamentali commentati con la dottrina
e annotati con la giurisprudenza

CODICE DELL'UNIONE CIVILE E DELLE CONVIVENZE

a cura di
Michele Sesta

Con il coordinamento di
Maria Novella Bugetti



GIUFFRÈ EDITORE

ISBN 9788814221125

© Copyright Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano - 2017

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

L'Editore declina ogni responsabilità per eventuali refusi o inesattezze presenti nel volume pur curato con la massima diligenza e attenzione.

Tipografia «MORI & C. S.r.l.» - 21100 VARESE - Via F. Guicciardini 66

MICHELE SESTA

ART. 29-31, 37, ART. 1 C. 1, ART. 279, 316-*BIS*
LEGGE 19 FEBBRAIO 2004, N. 40,
D.LGS. 28 DICEMBRE 2013, N. 154, ART. 104



giuffrè editore - 2017

Isbn 9788814221125

Estratto al volume:

**CODICE DELL'UNIONE CIVILE
E DELLE CONVIVENZE**

a cura di
Michele Sesta

Con il coordinamento di
Maria Novella Bugetti

29

La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio.

Il matrimonio è ordinato sulla eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare.

SOMMARIO

1. La famiglia come « formazione sociale » e come « società naturale fondata sul matrimonio ». — 2. Le forme di convivenza e l'unione civile.

1. La famiglia come « formazione sociale » e come « società naturale fondata sul matrimonio ». 1.1 Nell'accingersi a commentare gli artt. 29 e 30 Cost, nell'ambito del Codice dell'unione civile e delle convivenze, occorre in primo luogo considerare che la l. 20 maggio 2016, n. 76, recante "Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze", è destinata a produrre un profondo mutamento nella struttura giuridica delle relazioni familiari, già notevolmente innovata a seguito della riforma della filiazione attuata dalla l. 10 dic. 2012, n. 219 e dal d.lg. 28 dic. 2013, n. 154. Le nuove disposizioni, in maniera complementare rispetto a quelle che hanno introdotto lo stato unico di figlio, intervengono sul rapporto di coppia, dando forma, accanto a quello fondato sul matrimonio, a due nuovi tipi legali: l'unione civile (art. 1, commi 1-35, l. 2016/76), indirizzata a coppie di persone maggiorenni dello stesso sesso, e le convivenze di persone maggiorenni di diverso o dello stesso sesso, unite stabilmente da legami affettivi e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile (art. 1, comma 36, l. 2016/76). Un primo rilievo è che, mediante la nuova legge, il legislatore ha ampliato le opzioni istituzionali disponibili, specie per le coppie dello stesso sesso, che non ne avevano alcuna; ma anche, a ben vedere, per quelle eterosessuali, che ora possono modellare la loro relazione affettiva secondo differenti livelli di assunzione di reciproche responsabilità. Questo non significa ovviamente che i tre **modelli legali** siano da considerarsi nella sostanza indifferenziati ed equivalenti, posto che la disciplina di **ciascuno di essi si presenta in concreto notevolmente distinta**. Il che vale non solo per la convivenza, etero e omosessuale, la cui regolamentazione "leggera" nasce dal fatto che la libertà di stare assieme al di fuori dei vincoli legali non può essere misconosciuta, ma anche per l'unione civile, il cui statuto, pur nato dalla costola di quello matrimoniale, se ne discosta notevolmente. In ogni caso, appare evidente che, rispetto al recente passato, la disciplina dei rapporti familiari si è capovolta. Prima delle richiamate Novelle vi era una pluralità di *status filiationis* — legittima, naturale riconosciuta, naturale non riconosciuta o non riconoscibile — ed un unico tipo legale regolante la relazione di coppia, cioè il matrimonio; ora, il rapporto di filiazione si conforma ad un unico stato di figlio, mentre quello di coppia è divenuto plurale, potendo assumere le forme del matrimonio, dell'unione civile, delle — a loro volta multiformi — convivenze. In questo nuovo quadro, che per molti versi si distacca da quello in cui sono collocate le disposizioni della Carta costituzionale, occorre procedere alla loro (ri)lettura, nella consapevolezza che

esse furono dettate in un contesto sociale ed anche ordinamentale assai lontano da quello di oggi. Quanto all'art. 29 Cost. è evidente che — quantomeno *prima facie* — il modello familiare che esso riflette non paia assimilabile a quello oggetto di tutela da parte della l. 2016/76, che infatti detta disposizione costituzionale non richiama, né con riguardo all'unione civile (cfr. art. 1 c. 1, l. 2016/76), né alle convivenze (al riguardo cfr. *infra*, commento *sub* art. 1, c. 1, l. 2016/76), mentre l'art. 30 Cost. viene sicuramente in rilievo sotto molteplici profili. Innanzitutto, con riguardo alle convivenze “di fatto” tra persone di sesso diverso, che ben può dar vita ad una discendenza, ma anche, a ben vedere, con riguardo alla unione civile e alla convivenza tra persone dello stesso sesso, con riferimento sia ai profili connessi all'adozione, sia alla trascrizione di atti di nascita esteri — relativi a soggetti nati a seguito di p.m.a. o di maternità surrogata attuate da coppie dello stesso sesso — recanti l'indicazioni di duplice maternità o di duplice paternità, che, infine, a quelli riconducibili alla famiglia ricostituita. Si può invero affermare che, in questo quadro, assume un rinnovato significato il primo comma dell'art. 30 Cost., che, di riflesso, opera quale fonte di quei multiformi diritti dei figli — anche se nati fuori del matrimonio — oggi consacrati nell'art. 315-*bis* c.c. Diritti in nome dei quali la giurisprudenza, assai di recente, è giunta a consentire l'adozione nei casi particolari previsti dall'art. 44, c. 1, lett. *d*), l. 1983/184 al convivente dello stesso sesso della madre o del padre del minore, stante l'esigenza di tutelare il suo interesse al mantenimento di una stabile “relazione di tipo genitoriale con l'adottante”; o a riconoscere la trascrivibilità di atti di nascita esteri, relativi a soggetti nati a seguito di p.m.a. o di maternità surrogata attuati da coppie dello stesso sesso e recanti l'indicazioni di duplice maternità o di duplice paternità; e, ancora, ad affermare l'interesse del minore a mantenere rapporti con l'ex convivente — di diverso o dello stesso sesso — del proprio genitore biologico, anche dopo la rottura della convivenza (*sub* Diritto internazionale e dell'Unione europea, art. 64-68 l. n. 215/1998, § 2). D'altro canto, occorre considerare, come ampiamente esposto *supra*, *sub* artt. 2 e 3 Cost., che la disposizione dell'art. 29 Cost. sia da leggere in stretto **collegamento con l'art. 2 Cost.**, di cui costituisce una specificazione sotto due rilevanti profili. In primo luogo, non vi è dubbio che la famiglia, quale « società naturale fondata sul matrimonio », rappresenti uno dei più rilevanti tipi di **formazione sociale, in cui si esplica la personalità umana**; di guisa che la norma in commento specifica il **principio pluralista**, che informa tutta la Carta costituzionale. In secondo luogo, si può osservare che la famiglia realizza il **diritto fondamentale** di ogni persona « **di sposarsi e di costituire una famiglia** », secondo l'espressione adoperata dall'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, al cui commento si rinvia). Anche sotto questo profilo, quindi, l'art. 29, c. 1, Cost. rappresenta una esplicitazione dell'art. 2 Cost., che accorda ai diritti inviolabili dell'uomo la massima protezione anche nell'ambito delle sue relazioni familiari. Ne consegue che l'unione civile, espressamente istituita dalla legge quale specifica formazione sociale ai sensi degli articoli 2 e 3 della Costituzione, così come le convivenze etero ed omosessuali, cui tale qualificazione da tempo la giurisprudenza di legittimità attribuisce, partecipano del riconoscimento che, nel suo complesso, l'ordinamento nazionale e sovranazionale tributa alla

comunità familiare. **1.2.** Collocata sistematicamente la norma, è necessario indagare se e in che misura la l. 2016/76, abbia modificato la nozione di famiglia posta a base della disposizione in esame, fermo restando che l'ampia previsione dell'art. 2 Cost. non giustifica dubbi in ordine alla legittimità costituzionale delle tutele accordate ai nuovi modelli di relazioni familiari. Occorre muovere dal significato da attribuirsi, oggi, all'espressione « **società naturale fondata sul matrimonio** ». Giova a tal proposito ricordare che, come emerge dai lavori preparatori che hanno portato alla formulazione definitiva dell'art. 29 Cost., essa è frutto della fusione di quanto era stato proposto da parte cattolica — « lo Stato riconosce la famiglia come unità naturale e fondamentale della società » — e quanto invece voluto da parte comunista — « lo Stato riconosce e tutela la famiglia quale fondamento della prosperità materiale e morale dei cittadini della nazione ». Con questa affermazione, **i cattolici volevano garantire il riconoscimento da parte dello Stato** di una comunità ad esso preesistente, e quindi titolare, per diritto naturale, di diritti propri e inviolabili; diversamente, **la parte laica**, contraria all'introduzione nella Costituzione di una formula giudicata astratta, **faceva rilevare che quella definizione in realtà era diretta ad imporre costituzionalmente un determinato modello di famiglia**, senza tener conto della complessità e della variabilità storica della convivenza familiare. **1.3.** A tutta prima, a prendere alla lettera la formula, sembrerebbe che la Carta costituzionale consideri la famiglia un'entità esistente in natura, cioè originaria, preesistente allo Stato e tendenzialmente immutabile, ancorché alla sua base sia previsto un atto giuridico qual è il matrimonio. Questa interpretazione della norma in commento, che pure in passato è stata sostenuta (GRASSETTI 1950, 285; GRASSETTI 1961, 48), non è condivisibile, anche solo considerando la matrice culturale piuttosto che naturale dell'istituzione matrimoniale che, storicamente, è alla base della convivenza propriamente familiare (al riguardo, cfr. LÉVI-STRAUSS 2010, 49; RENDA 2013, 295). La norma, spogliata del suo originario contenuto ideologico, e letta piuttosto nel contesto delle altre già menzionate regole costituzionali deve essere relazionata prima ancora alla **struttura sociale dell'istituzione che intende tutelare**, che, per comune esperienza, è storicamente e geograficamente assai differenziata (al riguardo, cfr. MANOUKIAN (a cura di) 1976; HÉRITIER (a cura di) 1979, 3; MELOGRANI (a cura di) 1988; DE GIORGIO-KLAPISCH ZUBER (a cura di), 1996; D'AGOSTINO 1985; BARBAGLI 2000; SCALISI 1987, 431; BESSONE 1976, 31; CATTANEO 2007, 19). **1.4.** In questo senso, la qualifica di « società naturale » può essere intesa come **riferimento alle forme concrete** che la realtà familiare assume in un determinato contesto sociale; si potrebbe dire che la Costituzione vuole che l'ordinamento — piuttosto che adottare normativamente un modello rigido di famiglia — si relazioni al **concreto atteggiarsi dei rapporti familiari** (BARCELLONA 1966, 51; MANCINI 1963, 220; contra BUSNELLI, 2017, 343). Indubbiamente in tal modo il problema dell'interprete si complica, poiché si tratta di stabilire con criteri empirici, e non normativi, che cosa sia famiglia, salvo comunque il fatto che il Costituente pare riferirsi esclusivamente a relazioni fondate sul matrimonio. (al riguardo, si vedano ora le approfondite considerazioni di RENDA, 2013, 30 ss., specialmente 74) e, salvo precisare che il richiamato legame esistente con la norma dell'art. 2 Cost. consente in ogni caso di

ritenere che anche una relazione affettiva tra persone dello stesso sesso così come una stabile convivenza di fatto, la quale ricalchi lo schema della convivenza familiare secondo un modello socialmente e storicamente tipizzato, dia vita a formazioni sociali, nell'ambito delle quali la persona deve ricevere protezione e tutela dei propri diritti: il che è ciò che è avvenuto grazie alla l. n. 2016/76. **1.5.** In forza di tali premesse possiamo concludere che nell'ordinamento attuale il termine famiglia non designa un'entità separata, ma è riferito ad una **pluralità di relazioni**, la cui natura familiare, in base alla comune esperienza sociale, è data dalla **sussistenza di vincoli** di vario genere: **giuridici**, come il matrimonio, l'unione civile, l'affinità e l'adozione; **giuridici e biologici**, come la filiazione nel matrimonio o fuori del matrimonio riconosciuta e la parentela; **meramente biologici**, come la filiazione non riconosciuta. Anche rapporti di fatto, come la convivenza fuori dal matrimonio o le relazioni che si creano nella famiglia ricomposta, quantomeno con riferimento ad alcuni profili, godono di tutela e, quindi, possono essere ricompresi nell'ambito delle relazioni familiari giuridicamente rilevanti. La vigente normativa consente in effetti di individuare una pluralità di modelli familiari socialmente tipizzati e giuridicamente rilevanti. In primo luogo, quello tradizionale — ed espressamente tutelato dall'art. 29 della Costituzione — di famiglia fondata sul matrimonio, nell'ambito del quale si suole distinguere tra famiglia nucleare, riferita alla coppia e agli eventuali figli, e famiglia allargata, che ricomprende, a vari effetti giuridici, parenti ed affini (CICCARELLO 2010, 29; BIANCA C.M. 2014, 3; CATTANEO 2007, 27, per il quale la famiglia costituzionalmente protetta è solo la famiglia nucleare, mentre la legge ordinaria attribuisce qualche rilevanza ad altri tipi di gruppo familiare). Di poi, a seguito della recente l. 2016/76, la **famiglia che origina da una unione civile** tra persone dello stesso sesso, così come quella basata su una stabile **convivenza tra persone di diverso o dello stesso sesso**. Inoltre occorre anche considerare che già a seguito della riforma della filiazione, operata con la l. 10 dic. 2012/219 e con il d.lg. 28 dic. 2013/154, che hanno attuato lo stato unico di figlio (art. 315 c.c.), estendendo il vincolo di parentela a tutti i soggetti discendenti dallo stesso stipite, sia nel caso in cui la filiazione è avvenuta nel matrimonio, sia nel caso in cui è avvenuta al di fuori di esso (art. 74 c.c.), la nozione di famiglia legale si era ampliata, poiché anche il figlio nato fuori del matrimonio si trova inserito nella rete parentale dei suoi genitori, indipendentemente dalla relazione giuridica intercorrente tra loro (SESTA 2014b, 1). Dal combinato disposto della l. 2016/76 (art. 1, c. 36-65) e della riforma della filiazione risulta oramai inappropriato definire la famiglia non matrimoniale “di fatto”, se non (forse) con riguardo a quella relazione tra soggetti coniugati o civilmente uniti con persone diverse dal *partner*, cui l'art. 1, c. 36, l. 2016/76 esclude l'applicazione delle tutele dalla stessa previste (facendo altresì dubitare della possibilità di continuare a riconoscere ad essa quelle in precedenza garantite dalla giurisprudenza).

2. Le forme di convivenza e l'unione civile. 2.1. Dalla disamina che precede appare quindi evidente che l'**art. 29, c. 1, Cost.**, nel riconoscere tutela alla famiglia, **accorda protezione in modo espresso solamente** ad un ben definito tipo

di formazione sociale, ovverosia a **quel modello di convivenza fondata sul matrimonio**, che, storicamente e culturalmente, è tuttora il più diffuso nel nostro Paese. Si è però già ricordato che nell'esperienza recente, in modo particolare negli ordinamenti dei paesi dell'Occidente, l'evoluzione dei costumi e il mutamento dei valori etico-sociali consentono di individuare, accanto alla famiglia fondata sul matrimonio, **altri modelli familiari** ai quali il diritto riserva forme di tutela. In assenza di una disciplina legislativa, intervenuta solo di recente in forza della l. 2016/76, la stessa terminologia utilizzata nel corso del tempo per indicare questa realtà si è modificata in sintonia con i mutamenti del costume e degli atteggiamenti dei giuristi: da « concubinato », a « convivenza *more uxorio* », a « famiglia di fatto ». Il termine « **concubinato** », utilizzato fino agli anni Sessanta, aveva un **valenza negativa** ed era indice di una pregiudiziale chiusura, non solo giurisprudenziale, ma anche e prima di tutto sociale, in quanto l'unica organizzazione familiare ritenuta degna di tutela era quella legittima fondata sul matrimonio indissolubile. Grazie soprattutto all'intervento della **Corte costituzionale** (C. cost. 3 dic. 1969/147, FI, 1970, 17) — che, dopo avere espunto la norma incriminatrice dell'adulterio, dichiarò **l'illegittimità costituzionale dei reati di concubinato e di relazione adulterina**, previsti dagli artt. 559 e 560 c.p. — e alla **riforma del diritto di famiglia** — che **ha parificato la condizione dei figli naturali a quella dei figli legittimi**, rendendo così la scelta tra matrimonio e convivenza non più condizionata dall'esigenza di assicurare ai figli uno *status* più favorevole — l'ordinamento sembrò superare antichi veti e pregiudizi; al termine concubinato si preferì allora quello di **convivenza *more uxorio***, che è **espressione neutra**, priva di alcun disvalore (v. *infra*, sub art. 1 cc. 36-37 l. 2016/76). **2.2.** In anni più recenti, la giurisprudenza (C. cost. 18 nov. 1986/237, FI, 1987, I, 2353; C. cost. 26 mag. 1989/310, GC, 1989, I, 1782), sulla scia della dottrina più attenta (DOGLIOTTI 1992, 189; BESSONE 1979, 1192), intraprese una lettura delle norme costituzionali, e in particolare dell'art. 2, tale da riconoscere alla **coppia non unita in matrimonio** la natura di formazione sociale, il che consentì di riferirsi ad essa come ad una « **famiglia di fatto** » espressione da cui origina quella di “conviventi di fatto” che oggi compare, tra virgolette, all'art. 1, c. 36, l. 2016/76. Al contempo, come si è già ricordato, **l'art. 29, c. 1**, Cost. è stato letto non tanto quale norma che sancisce un principio di esclusività della famiglia legittima, ma quale semplice indice del **favor matrimonii del Costituente**, che viene espresso anche dalle norme che regolano il possibile conflitto tra famiglia legittima e famiglia non matrimoniale, la cui tutela si è ricavata sia dall'art. 2 Cost. che, più di recente, dall'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e già dall'art. 8 della CEDU. In altre parole, quando il Costituente sancisce che la tutela dei figli nati fuori del matrimonio non può pregiudicare i diritti della famiglia legittima privilegia sicuramente quest'ultima, ma non intende negare la tutela della famiglia di fatto come formazione sociale (C. cost. 18 nov. 1986/237, cit.; BALESTRA 2006, 482; cfr. ancora BALESTRA 2007, 68). **2.3.** Sulla scia di tale postulato, la Corte costituzionale, pur escludendo la rilevanza *ex art.* 29 Cost. della famiglia di fatto e l'assimilabilità tra le due situazioni (in dottrina, nel senso della illegittimità di un'estensione alle coppie non coniugate delle norme relative al regime della famiglia, cfr. CATTANEO 2007, 25, per

il quale tale estensione « imporrebbe vincoli non voluti a persone che per ipotesi hanno inteso rimanere libere »), da tempo ha accordato tutela alla convivenza *more uxorio* in alcuni specifici casi. Viene in rilievo a tale proposito la dichiarazione di **illegittimità costituzionale dell'art. 6 l. 27 lug. 1978/392**, nella parte in cui non prevedeva la legittimazione del convivente a succedere nel contratto di locazione in caso di morte del conduttore (C. cost. 7 apr. 1988/404, FI, 1988, I, 2515), basata sulla considerazione che la norma citata « ha voluto tutelare non la famiglia nucleare, né quella parentale, ma la convivenza di un aggregato esteso fino a comprendervi estranei — potendo tra gli eredi esservi estranei —, i parenti senza limiti di grado e finanche gli affini » (C. cost. 7 apr. 1988/404, cit.). In quel contesto, la convivenza *more uxorio* assume rilevanza come ambito nel quale il diritto all'abitazione — che è diritto inviolabile di ogni persona — merita, secondo la medesima *ratio* che guida il legislatore del 1978, una specifica tutela. **2.4.** La recente riforma della filiazione, che ha creato lo stato unico di figlio ha dato vita ad un modello legale di famiglia che prescinde dal vincolo matrimoniale tra i genitori, sotto alcuni aspetti specifici era stata anticipata dalla giurisprudenza e dal legislatore, specie con riguardo all'estensione alle coppie non coniugate, per il caso in cui fossero presenti figli, della disciplina dettata dalla l. 2006/54 in tema di crisi coniugale (BALESTRA 2006, 489; cfr. ora l'art. 337-bis). L'art. 315 c.c. sancisce ora espressamente tale **unitarietà della disciplina** posta a tutela dei figli, indipendentemente dal vincolo tra i genitori, rimanendo indifferente che esso sia formalizzato o meno dall'unione matrimoniale, la quale risulta così — forse inconsapevolmente — privata della sua proprietà storicamente prioritaria di assicurare la specifica rilevanza giuridica del vincolo di filiazione discendente da genitori uniti in matrimonio. Al riguardo, cfr. *infra*, sub art. 30 Cost. § 1 e la diversa modalità di coordinamento tra gli artt. 29 e 30 Cost. suggerita da RENDA 2013, 70. Il quadro si è ora completato grazie alla l. 2016/76, che all'art. 1, c. 36-65 detta una articolata regolamentazione dei rapporti tra « conviventi di fatto » intesi come « due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile ». Nel rinviare ai commenti *sub* commi 36-65 che seguono, si osserva sin d'ora che la regolamentazione dettata dalla riforma si indirizza a singoli profili della relazione affettiva di cui trattasi, relativi alla costituzione del rapporto (art. 1, c. 36 e 37), a rapporti personali (art. 1, c. 38-45, 47, 48 e 49) e patrimoniali (art. 1, c. 46), affidati per lo più all'autonomia dei conviventi facoltizzati alla stipulazione del contratto di convivenza (art. 1, c. 50-64), alla cessazione della convivenza (art. 1, c. 65). Considerata la formula usata dal legislatore all'art. 1, comma 36, che delimita l'applicazione delle disposizioni della l. 2016/76 a conviventi non vincolati da matrimonio o da unione civile, così confermando la natura paraconiugale della relazione, che esige il rispetto del principio monogamico, resta aperta la questione se a conviventi coniugati con persona diversa dal partner trovino applicazione le tutele elaborate in passato dalla giurisprudenza senza differenziare tra conviventi si stato libero o meno (al riguardo cfr. *infra* sub art. 1, c. 36-37). **2.5. Prima di tale riforma la giurisprudenza costituzionale** aveva mostrato di non volere abbandonare il punto fermo

della **assoluta diversità tra famiglia di fatto e famiglia legittima**, specie con riguardo alla posizione dei conviventi, tanto che, ad esempio, aveva negato rilevanza alla convivenza *more uxorio* in materia di condizione dello straniero, giudicando legittima la norma che impedisce l'espulsione dello straniero coniugato con un cittadino italiano, ma non quella dello straniero convivente con un cittadino italiano (C. cost. 20 lug. 2000/313, FI, 2002, I, 355, su cui v. i rilievi critici mossi da BALESTRA 2006, 485; cfr. anche C. cost. 11 mag. 2006/192, DG, 2006, 22, 34, con nota di DOSI, in cui si afferma che deve escludersi l'irragionevolezza della diversa disciplina dettata dal legislatore per la situazione del marito di cittadina extracomunitaria incinta e per quella dell'extracomunitario legato da una relazione di mero fatto con donna in stato di gravidanza; con il che è stata giudicata legittima la previsione di una sospensione temporanea del potere di espulsione nei soli confronti del marito convivente con donna in stato di gravidanza), ed ha negato l'applicazione analogica alla convivenza *more uxorio* della norma (v. art. 540, c. 2, c.c.) che attribuisce, in caso di morte, al coniuge superstite il diritto di abitazione sulla casa familiare (C. cost. 26 mag. 1989/310, FI, 1991, I, 446), o anche delle norme che attribuiscono, in caso di morte, al coniuge superstite la pensione di reversibilità (C. cost. 3 nov. 2000/461, GC, 2001, I, 295). Sul tema v., comunque, *infra, sub* art. 1 c. 36-37 l. 2016/76 (per alcune riflessioni sulle unioni di fatto v., di recente, RENDA 2013, 133; CAVANA 2007, 902-921; GIACOBBE G. 2006a, 1219; GIACOBBE G. 2006b, 379-383; LIPARI 2006, 1-14). **2.6.** In tema di modelli familiari non matrimoniali, è infine da ricordare che in anni recenti — soprattutto nei paesi europei, negli Stati Uniti, in Canada e in Australia — si è sviluppato un ampio dibattito relativo alla possibilità di riconoscere **tutela giuridica alle relazioni di convivenza instaurate fra persone dello stesso sesso**. Il presupposto di tale possibile tutela è duplice: alla considerazione che tra persone dello stesso sesso possa sorgere quella comunione di vita, basata sull'esistenza di un rapporto affettivo, di assistenza e solidarietà, **identico a quello fra persone di sesso opposto**, è necessario infatti aggiungere il rilievo per cui la mancata tutela potrebbe tradursi in una **illegittima discriminazione fondata sull'orientamento sessuale**, vietata dall'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (v. *infra*, commenti *sub* art. 9 e 21, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea). Sulla scia di tali considerazioni il legislatore italiano ha dunque emanato la l. 2016/76 che da un lato reca la regolamentazione della unione civile tra persone dello stesso sesso e, dall'altro, disciplina le convivenze (anche) tra persone dello stesso sesso. Prima dell'emanazione della legge istitutiva dell'unione civile, CC 15 mar. 2012/4184 (FD, 2012, 678, con nota di GATTUSO; FI, 2012, I, 2727, con nota di ROMBIOLI; G COST, 2012, 2, 1498, con nota di ANGELINI) aveva affermato che i componenti della coppia omosessuale, conviventi in stabile relazione di fatto, se — secondo la legislazione italiana — non possono far valere né il diritto a contrarre matrimonio né il diritto alla trascrizione del matrimonio contratto all'estero, tuttavia — a prescindere dall'intervento del legislatore in materia reca la regolamentazione della unione civile tra persone dello stesso sesso e, dall'altro, disciplina le convivenze (anche) tra persone dello stesso sesso —, quali titolari del diritto alla vita familiare e nell'esercizio del diritto inviolabile di vivere liberamente una condi-

zione di coppia e del diritto alla tutela giurisdizionale di specifiche situazioni, segnatamente alla tutela di altri diritti fondamentali, possono adire i giudici comuni per far valere, in presenza di specifiche situazioni, il diritto ad un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata e, in tale sede, eventualmente sollevare le conferenti eccezioni di illegittimità costituzionale delle disposizioni delle leggi vigenti, applicabili nelle singole fattispecie, nella parte in cui non assicurino detto trattamento, per assunta violazione delle pertinenti norme costituzionali e/o del principio di ragionevolezza. Va tuttavia ricordato che secondo C. cost. 5 gen. 2011/4 (G COST, 2011, I, 36; Il civilista, 2011, n. 3, 20): « è manifestamente infondata la q.l.c. degli artt. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143-bis, 156-bis e 231 c.c., nella parte in cui non consentono che le persone dello stesso sesso possano contrarre matrimonio, per contrasto con gli artt. 3 e 29, c. 1, Cost. Infatti, con C. cost. 15 apr. 2010/138, la medesima questione è stata dichiarata non fondata, sia perché l'art. 29 Cost. si riferisce alla nozione di matrimonio definita dal codice civile come unione tra persone di sesso diverso, e questo significato del precetto costituzionale non può essere superato per via ermeneutica sia perché (in ordine all'art. 3 Cost.) le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio. Gli argomenti addotti nella detta pronuncia sono stati ribaditi nella successiva C. cost., ord. 22 lug. 2010/276, di manifesta infondatezza ».

- 30** *È dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio.
Nei casi di incapacità dei genitori, la legge provvede a che siano assolti i loro compiti.
La legge assicura ai figli nati fuori del matrimonio ogni tutela giuridica e sociale, compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima.
La legge detta le norme e i limiti per la ricerca della paternità.*
- 31** *La Repubblica agevola con misure economiche e altre provvidenze la formazione della famiglia e l'adempimento dei compiti relativi, con particolare riguardo alle famiglie numerose.
Protegge la maternità, l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo.*
- 37** *La donna lavoratrice ha gli stessi diritti e, a parità di lavoro, le stesse retribuzioni che spettano al lavoratore. Le condizioni di lavoro devono consentire l'adempimento della sua essenziale funzione familiare e assicurare alla madre e al bambino una speciale adeguata protezione.
La legge stabilisce il limite minimo di età per il lavoro salariato.
La Repubblica tutela il lavoro dei minori con speciali norme e garantisce ad essi, a parità di lavoro, il diritto alla parità di retribuzione.*

SOMMARIO

1. Pluralità dei legami di coppia e unicità dello *status* di filiazione. — 2. La parentela. — 3. L'attribuzione dello *status* di filiazione (rinvio). — 4. La centralità della persona del figlio. — 5. Libertà dei coniugi e tutela dei figli. — 6. Il diritto dei figli a crescere nella famiglia. — 7. La protezione della maternità e dell'infanzia.

1. Pluralità dei legami di coppia e unicità dello status di filiazione. 1.1.

L'art. 30 Cost. fissa i principi in materia di filiazione, affrontando il **rapporto tra filiazione matrimoniale e non matrimoniale**, tema che si rivela di grande attualità alla luce della l. 2016/76 e di quelle che negli anni scorsi hanno creato lo stato unico di figlio (l. 2012/219; d.lg. 2013/154), intervenute per rimuovere definitivamente dall'ordinamento ogni residua distinzione tra figli, in dipendenza della loro nascita nel o fuori del matrimonio dei genitori. È bene precisare subito che i rapporti di filiazione possono oggi coinvolgere anche coppie di eguale sesso, poiché — ancorché la l. 2016/76 nulla disponga in ordine ai rapporti di filiazione — la giurisprudenza recente ha assunto posizioni che danno rilievo, sotto molteplici riguardi, ai legami che si instaurano tra un membro della coppia e i figli dell'altro, oppure che interessano figli nati mediante p.m.a. o maternità surrogata a seguito di un progetto di genitorialità della coppia omosessuale (cfr. *infra sub* artt. 315 c.c. e art. 1, c. 20, l. 2016/76, Parti I § e II). Più nello specifico, la novellazione del 2012/2013 ha espunto dalla vigente legislazione ogni riferimento lessicale ai figli « legittimi » e « naturali », adottando l'**unica denominazione di figli**, da qualificarsi, ove strettamente necessario, quali figli nati nel matrimonio e fuori del matrimonio, ovvero matrimoniali o non matrimoniali, così — a ben vedere — uniformandosi proprio al linguaggio della Costituzione che già settanta anni or sono aveva fatto ricorso a espressioni lessicali non discriminanti. La raggiunta **unificazione** dello *status* di filiazione — che supera la **parificazione** fra i differenti stati, già realizzata dalla riforma del diritto di famiglia del 1975 e dalla giurisprudenza successiva, soprattutto costituzionale — ha comportato significative modificazioni nel tessuto del libro primo del codice civile e pone, in conseguenza, interessanti profili di rilievo costituzionale. Da un lato, infatti, per effetto del combinato disposto dei nuovi artt. 315, 74 e 258 c.c., il figlio nato fuori del matrimonio è inserito a pieno diritto nella rete parentale del genitore (o dei genitori) che effettui il riconoscimento, senza che sia più dato tenere distinto il suo stato rispetto a quello degli eventuali figli matrimoniali del genitore medesimo. L'innovazione è di non poco momento, e si ripercuote significativamente anche sul piano successorio (v. *infra, sub* artt. 74, 536 ss. c.c. e 104 d.lg. 2013/154). Dall'altro lato, l'affermazione dell'unicità dello stato di filiazione ha reso **unica la disciplina del rapporto genitori-figli**, ora regolato dallo statuto unitario dettato agli artt. 315-*bis* ss. c.c. A prescindere dal legame che unisce i genitori, con l'accertamento dello stato di filiazione si instaura tra il genitore e il figlio un rapporto disciplinato dalle medesime norme, essendo stato abrogato l'art. 317-*bis* c.c. che regolava la potestà dei genitori non coniugati. Al riguardo si osserva che il legislatore, ponendo in primo piano la tutela e la promozione dei diritti e degli interessi dei figli, tanto nella fase fisiologica quanto in quella patologica del rap-

porto tra i genitori, ha abbandonato la figura della potestà, sostituendola con quella di responsabilità genitoriale, la quale, a seguito dell'accertamento del rapporto di filiazione, grava sui genitori congiuntamente, così inevitabilmente creando tra loro un rapporto giuridicamente rilevante, in quanto essi sono per legge tenuti ad esercitare le funzioni genitoriali di comune accordo, come richiesto dall'art. 316 c.c., a prescindere dal matrimonio e/o dalla convivenza fra gli stessi, ed anche se uno di loro o entrambi siano tenuti contemporaneamente all'esercizio di un'analogia responsabilità nei confronti di figli nati in un'eventuale differente unione. Pur se in estrema sintesi, quanto sin qui esposto rende evidente come la riforma del 2012/2013 abbia inciso profondamente sul rapporto tra famiglia matrimoniale (« legittima » secondo la terminologia dell'art. 30 Cost., che, al terzo comma, mantiene distinta la posizione dei “membri della famiglia legittima” da quella dei figli nati fuori del matrimonio, i quali, pur destinatari di ogni tutela giuridica e sociale, alla famiglia propriamente non appartengono) e famiglia *non* « fondata sul matrimonio » (cfr. art. 29 Cost.). In questo quadro appare assai rilevante quanto recato dalla l. 2016/76, che all'art. 1 commi 36-65 detta la disciplina delle convivenze tra due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile. È evidente infatti, che la stabile convivenza di due persone di sesso differente che abbiano figli comuni vale a configurare nel suo insieme, un modello assai vicino a quello propriamente matrimoniale previsto dall'art. 29 Cost. In tal senso, può porsi l'interrogativo circa la residua portata e il significato attuale da attribuirsi a norme, quali quelle dell'art. 30, c. 3, Cost., deputate a regolare in via di principio detto rapporto (cfr. *SESTA* 2014b, 1; *SESTA* 2013b, 231), considerato che, in forza del combinato disposto degli artt. 315, 74 e 258 c.c., come modificati dal legislatore del 2012, il soggetto — una volta conseguito lo stato di figlio a seguito della nascita da genitori coniugati, oppure del riconoscimento o della dichiarazione giudiziale — diventa parente delle persone che partecipano allo stipite da cui discendono i suoi genitori: egli, quindi, entra a far parte della loro famiglia, indipendentemente dal fatto che sia stato concepito nel, fuori o contro il matrimonio: sotto questo riguardo, vi è completa identità tra famiglia matrimoniale e famiglia non matrimoniale; mentre, con riguardo a quest'ultima, il figlio si trova inserito in due famiglie, quella paterna e quella materna, tra loro non comunicanti, come sino ad ora di regola accadeva, grazie al vincolo di affinità. Poiché l'affermazione dell'unicità dello stato — salva sempre la formazione del corrispondente titolo dello stato di filiazione (cfr. artt. 573, 279, 580, 594 c.c.) — è incondizionata, così come lo è quella che fa scaturire il vincolo di parentela dalla mera discendenza biologica, nei casi di filiazione adulterina ed incestuosa si producono conseguenze assai peculiari. Nella filiazione adulterina, il figlio diventa fratello (unilaterale) del figlio matrimoniale di ciascuno dei genitori, zio dei figli dei fratelli e così via, con le connesse conseguenze alimentari e successorie. Inoltre, in base a quanto disposto dall'art. 316 c.c., egli è soggetto alla responsabilità dei genitori, che l'esercitano congiuntamente, in parallelo con quella che ciascuno di loro si trovi eventualmente ad esercitare col proprio coniuge nei riguardi del figlio matrimoniale. È

vero che ciò poteva già accadere in forza delle disposizioni in tema di affidamento condiviso, che per molti aspetti hanno aperto la via alle recenti novelle, ma — quantomeno secondo l'interpretazione che era parsa preferibile (SESTA 2011b, 1206) — l'esercizio congiunto della potestà era previsto solo a seguito di un provvedimento giudiziale emesso in sede di separazione, divorzio o di rottura della convivenza. In base alle nuove disposizioni, **il genitore coniugato, se non vuole incorrere in responsabilità, dovrà quindi relazionarsi col figlio concepito fuori del matrimonio ed inevitabilmente anche con l'altro genitore**, col quale condivide, di norma ed indipendentemente dalla convivenza, la responsabilità genitoriale *ex art. 316 c.c.* In queste ipotesi, tenuto anche conto di quanto disposto dal novellato art. 252 c.c., si crea una sorta di triangolazione di rapporti, considerato che un genitore può trovarsi tenuto a condividere la funzione genitoriale con il coniuge e/o anche con uno o più soggetti con i quali abbia generato figli, e ciò indipendentemente dalla sussistenza di convivenza. Ciò vale — è il caso rilevare — anche per il figlio nato da genitori tra loro parenti che, in base al nuovo testo dell'art. 251 c.c., può essere riconosciuto, previa autorizzazione del giudice, avuto riguardo all'interesse del figlio e alla necessità di evitare allo stesso qualsiasi pregiudizio. La norma ha creato scalpore, proprio perché sembra contraddire la regola dell'endogamia, principio *in primis* riferito al divieto di contrarre matrimonio tra consanguinei, e di recente ribadito dal richiamato art. 1, c. 36, con riguardo alle convivenze, ma che non può non riflettersi sul piano della filiazione, che rappresenta una costante universale di organizzazione della società umana (LÉVI-STRAUSS 2010, 49; RENDA 2013, 295). Il profilo che si intende lumeggiare è che la disposizione dell'art. 251 c.c., non tanto in sé considerata, quanto collegata a quelle di cui agli artt. 74 e 258 c.c., colloca il figlio di genitori incestuosi nel novero dei loro parenti, che tuttavia provengono da un unico stipite, così consentendo che la stessa persona sia — rispetto al figlio — ad un tempo padre (in quanto genitore) e nonno, ovvero padre e fratello, oppure ancora zio e fratello, in quanto rispettivamente padre, figlio o fratello della donna che lo ha partorito. Di tali, invero sconvolgenti, conseguenze già preannunciate da una precedente pronuncia della Corte costituzionale (C. cost. 28 nov. 2002/494, FD, 2003, 119, con nota di DOGLIOTTI), — che producono una sorta di **cortocircuito nel sistema della parentela** — dovrà darsi carico il giudice minorile, chiamato ad autorizzare il riconoscimento (ovvero, la dichiarazione giudiziale di genitorialità). Proprio il caso limite dei genitori incestuosi profila delicati aspetti di compatibilità costituzionale della Novella che, seguendo la — in sé condivisibile — regola che le colpe dei padri non ricadano sui figli, giunge, invero consapevolmente, ad approdi di incerta coerenza con la struttura di quella società naturale (SESTA 2014b, 6) — che, invero, seguendo i già richiamati insegnamenti di Lévi-Strauss, meglio dovrebbe dirsi « culturale » — i cui diritti sono riconosciuti e garantiti dalla Costituzione. Volendo riflettere sui principi costituzionali e prescindendo dai casi particolari sopra menzionati, può dirsi, in breve, che la più significativa novità introdotta dal **legislatore del 2012** sia da individuarsi proprio nella **radicale modifica del complessivo rapporto tra genitore e figlio non matrimoniale**. In precedenza, esso era trattato alla stregua di una relazione intercorrente esclusivamente tra genitore e figlio, cui la legge attri-

buiva più o meno estesi diritti, personali, patrimoniali e successori. Il figlio restava, però, al di fuori della famiglia del suo genitore, in quanto il vincolo di parentela, specie in linea collaterale, non era contemplato: oggi, invece, questi — per la prima volta — « entra » a tutti gli effetti « in famiglia », sia in quella ristretta, in quanto fratello dei figli dei propri genitori, sia in quella estesa, quale parente. La relazione si instaura, dunque, non solo con il genitore che ha riconosciuto il figlio (e con gli immediati ascendenti), ma con l'intera rete parentale, sia in linea retta che collaterale. Per meglio lumeggiare tale effetto giova richiamare quanto scriveva Alberto Trabucchi, il quale sottolineava che « la procreazione crea un rapporto bilaterale se si tratta di procreazione fuori della famiglia legittima; si estende agli altri se si collega al matrimonio » (TRABUCCHI 1977, 13) e, prima ancora, Antonio Cicu, il quale osservava come lo stato di figlio naturale « non si collega a uno stato di famiglia, perché manca il matrimonio unica fonte, nel nostro diritto, della famiglia » (CICU 1969, 159, citato da SCHLESINGER 2014, 444). Mettendo a confronto tale affermazione con le nuove disposizioni, appare subito evidente il decisivo mutamento recato dalle richiamate Novelle in tema di filiazione e di convivenze. Alla stregua di quanto precede, risulta **radicalmente modificata la nozione di « famiglia legale »**, che, ora, non appare più necessariamente fondata sul matrimonio, considerato che i vincoli giuridici tra i suoi membri dichiaratamente prescindono da esso: come è stato scritto di recente « sembra esservi una tendenza sempre più forte al superamento del matrimonio come luogo costitutivo degli *status* » (DALLA TORRE 2012, 129). In tale ottica, è interessante notare la differenza di prospettiva che è stata seguita nel parificare il rapporto genitore-figlio, invero pressoché uniformato già in sede di riforma del 1975, rispetto a quella che colloca il figlio nell'ambito più ampio delle relazioni parentali del genitore, che è quanto ha attuato la legge del 2012. Circa le **diverse modalità di accertamento dello stato** (al riguardo, cfr. SESTA 2014a, 454 ss.), per il quale il vincolo matrimoniale mantiene la sua *vis*, esse non sembrano di per sé assurgere a elemento di discriminazione, capace di incrinare la raggiunta unicità dello stato di filiazione (cfr., criticamente, LENTI 2013, 201); semmai, il tema dell'accertamento rende bisognoso di rinnovata riflessione critica l'odierno sistema della volontarietà del riconoscimento, che pare sempre più in contrasto sia con l'incondizionato diritto-dovere dei genitori di mantenere, istruire, educare, nonché (ora), assistere moralmente i figli e assicurarli il diritto a crescere in famiglia e di mantenere rapporti significativi con i parenti — posto che in concreto i figli non riconosciuti sono privati proprio del diritto a crescere « in famiglia » (ovviamente, quella dei loro genitori biologici) —, sia con il conclamato stato unico di filiazione. In definitiva, si intende sottolineare come, in virtù delle disposizioni richiamate, **il matrimonio non si configuri più quale indispensabile presupposto per dar vita a relazioni legalmente familiari**, dato che esse sorgono oramai indipendentemente dalla sussistenza del vincolo, cosicché può affermarsi che esso dispieghi **ora effetti esclusivamente con riguardo al rapporto tra coniugi** e non impinga sui rapporti giuridici della loro discendenza, se non con riguardo appunto alle differenti modalità di accertamento dello stato di filiazione. Il che, come si è visto, pur discostandosi dal modello originario dettato dal Costituente, è stato possibile

attuare per il fatto che la Costituzione non ostacola la tutela di altri modelli familiari, quale la convivenza di fatto, oggi opportunamente regolata dalla l. 2016/76, che ai commi 36-65 detta una disciplina “leggera” che mantiene ben differenziata la relazione matrimoniale da quella dei conviventi “di fatto”. In breve, in forza delle nuove regole, pare affievolirsi, fino ad annullarsi, il principio della compatibilità della tutela giuridica e sociale dei figli nati fuori dal matrimonio con i diritti dei membri della famiglia legittima, richiamato nel c. 3 dell’art. 30 Cost., atteso che — con riguardo al codice civile — di famiglia legittima pare oramai non sia più dato parlare, né con riguardo ai profili personali, né a quelli patrimoniali. Si pensi al caso di un genitore coniugato, padre o madre di figli nati nel matrimonio, che generi un figlio fuori del matrimonio. I suoi figli — tra loro fratelli consanguinei o uterini — vantano verso il padre o la madre ed i loro parenti identici diritti, sia di natura personale — cura, mantenimento, crescita in famiglia, istruzione, educazione — sia di carattere patrimoniale e successorio. Ai figli nati fuori del matrimonio il genitore non potrà in alcun modo opporre la compatibilità dei suoi doveri nei loro riguardi con l’adempimento degli obblighi nei confronti dei figli matrimoniali, né sul piano qualitativo — in termini di tempo e assiduità della cura — né tantomeno sul piano quantitativo delle risorse messe a disposizione, poiché, come si è detto, **il figlio « entra », *pleno iure*, nella famiglia del proprio genitore.** Un qualche rilievo alla disposizione in commento, altrimenti destinata a diventare un ramo secco della Costituzione, si configura con riguardo alla previsione dell’art. 2, c. 1, lett. e, l. 2012/219, in forza della quale il legislatore delegato ha emanato all’art. 23 una rinnovata disciplina dell’inserimento del figlio riconosciuto nella famiglia dell’uno o dell’altro genitore, già regolamentato dall’art. 252 c.c. Al riguardo, occorre ricordare che il previgente testo dell’art. 252 c.c. prevedeva che l’eventuale inserimento del figlio nato fuori del matrimonio e riconosciuto durante il matrimonio nella famiglia legittima di uno dei genitori potesse essere autorizzato dal giudice qualora non contrario all’interesse del minore e previo consenso dell’altro coniuge e dei figli legittimi che avessero compiuto il sedicesimo anno di età se conviventi, cosicché il mancato consenso del coniuge e dei figli non consentiva di autorizzare l’inserimento. L’art. 2, c. 1, lett. e, n. 1, l. 2012/219 aveva delegato il governo a modificare la disciplina attinente all’inserimento del figlio riconosciuto nella famiglia dell’uno o dell’altro genitore, « demandando esclusivamente al giudice la valutazione di compatibilità di cui all’art. 30 della Costituzione », così lasciando intendere che il consenso dell’altro coniuge e dei figli legittimi non fosse più richiesto. L’art. 23 del decreto, da un canto, ha invece mantenuto la previsione di detto consenso, specificando che esso deve riferirsi al coniuge convivente ed agli altri figli che abbiano compiuto il sedicesimo anno di età e siano conviventi, ma dall’altro, ha precisato, all’ultimo comma, che « in caso di disaccordo tra i genitori, ovvero di mancato consenso degli altri figli conviventi, la decisione è rimessa al giudice tenendo conto dell’interesse dei minori ». Dal combinato disposto delle disposizioni deleganti e delegate sembra quindi ricavarsi che il consenso del coniuge e dei figli non sia più indispensabile e che la decisione, in ultima analisi, spetti al giudice, chiamato a tutelare l’interesse dei minori: si osservi, di tutti i figli minori conviventi, e non solo di

quello del cui inserimento si tratti. Pare quindi che il giudice — proprio tenendo conto dell'art. 30, c. 3, Cost. — debba procedere con la massima cautela, considerando le eventuali ripercussioni negative che l'inserimento possa comportare ai diritti dei membri della famiglia legittima, cui la richiamata norma assicura prioritaria protezione. Ancora con riguardo alla compatibilità della riforma con i richiamati precetti costituzionali, per quanto attiene ai profili successori, è interessante notare che il tema dell'attribuzione di diritti ereditari ai figli naturali venne ampiamente in risalto a seguito della riforma del diritto di famiglia, specie con riferimento alla modifica dell'art. 566 c.c., che equiparò figli legittimi e figli naturali ai fini della successione ai genitori. In proposito, alcuni autori fecero persuasivamente rilevare come invero detta disposizione non confliggesse né con l'art. 29 Cost., né con l'art. 30 Cost., sul presupposto che, ai fini della successione legittima, assume rilievo solo il rapporto tra defunto e successibile, senza riferimento al gruppo familiare e ai diritti dei suoi membri (BUSNELLI 1977, 133; SANTORO-PASSARELLI 1981, 33). Proprio sulla base di tali considerazioni, è agevole, per contro, constatare che l'intervento del legislatore del 2012/2013 si sia mosso su un piano diverso da quello propriamente successorio appena descritto, in quanto ha attuato direttamente l'inserimento del figlio non matrimoniale nel gruppo familiare del genitore, avendo creato il vincolo di parentela, che sancisce l'appartenenza alla famiglia: vincolo che, di per sé, produce rilevanti conseguenze sul piano ereditario, senza che si sia reso necessario alcun intervento specifico sulle regole successorie. Una cosa, infatti, è estendere la chiamata alla successione di un determinato consanguineo, altra cosa è collocarlo *tout court* nell'ambito della parentela e, quindi, della famiglia: né pare rilevante, in questo contesto — che più propriamente riguarda la configurazione stessa della famiglia e, quindi, l'ambito di tutela previsto dall'art. 29 Cost. —, distinguere tra « famiglia ristretta » e « famiglia estesa », come lo è invece ai fini del giudizio di compatibilità di cui all'art. 30, c. ult., Cost. di cui sopra si è detto. Alla luce di quanto precede, i riflessi ereditari delle disposizioni entrate in vigore, ed in particolare di quelle che modificano gli artt. 74 e 258 c.c., sono di tutta evidenza. Non vi è dubbio, infatti, che, in virtù del rapporto di parentela che si instaura tra il figlio, anche di genitori non coniugati, o non coniugati tra loro, e i relativi consanguinei, egli, diversamente da quanto sino ad ora accadeva, sia chiamato a pieno titolo alla successione legittima, sulla base di quanto disposto dagli artt. 565 ss. c.c. Da un punto di vista pratico, questo effetto è tra i più rimarchevoli di quelli prodotti dalla Novella. Al di là delle differenti, specifiche, implicazioni, in definitiva, sembra doversi affermare che, a seguito delle nuove leggi, **il rilievo del vincolo coniugale rispetto sia alla coppia genitoriale che alla filiazione e, quindi, alla configurazione legale della famiglia, già fortemente ridimensionato dall'introduzione del divorzio, dalla riforma del diritto di famiglia e dalla legge sull'affidamento condiviso, sia ora definitivamente scemato**, lasciando spazio ad un nuovo assetto legale della famiglia, essenzialmente fondato sui **legami di affetto e di consanguineità fatti constare nei modi di legge**. Il c. 1 dell'art. 30 Cost., nello stabilire che è dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori dal matrimonio, sottolinea la centralità della persona del figlio, che ha il diritto nei riguardi dei

genitori di essere mantenuto, istruito ed educato, ponendo implicitamente a carico dei genitori un obbligo di cura in senso ampio del figlio. Tali diritti sono oggi compiutamente enunciati dall'art. 315-*bis* (al cui commento si rimanda), che fissa i diritti e doveri del figlio nei confronti dei genitori, valorizzando i primi (i diritti) rispetto ai secondi (i doveri) e facendone oggetto e contenuto della responsabilità genitoriale (artt. 316 ss. c.c.). In particolare, il c. 1 dell'art. 315-*bis* enuncia il diritto del figlio di essere, nell'ordine: mantenuto, educato, istruito e assistito moralmente. La scelta di tale ordine, che modifica quello che, sulla scia di quanto disposto dall'art. 30 Cost., era (ed è) previsto all'art. 147 c.c., appare criticabile, alla luce della volontà manifestata dal legislatore della Novella di porre in primo piano i diritti del figlio e la sua personalità. È significativo, infatti, l'ordine in cui il Costituente elenca gli obblighi genitoriali, che **valorizza l'individualità del figlio** e pone in secondo piano i poteri genitoriali e la relativa soggezione del figlio, connessi alla funzione educativa; è altresì assai rilevante che gli **obblighi genitoriali** siano identicamente enunciati **anche con riguardo ai figli nati fuori del matrimonio**, principio questo all'epoca radicalmente innovativo, che risulta peraltro contemperato con quanto disposto dal c. 3 della disposizione in esame, ove si stabilisce che la legge assicura ai figli nati fuori del matrimonio ogni tutela giuridica e sociale compatibile con i diritti dei membri della « famiglia legittima ». È chiaro che **il Costituente pareva disposto ad accettare quella forma di disegualianza** tra figli che la riforma del 1975 aveva fortemente ridimensionato e che la Novella del 2012/2013 ha inteso definitivamente superare, col che si pone il tema della residua funzione della riserva testé illustrata (v. *supra*).

1.2. In ogni caso, **il dovere-diritto del genitore** ad un rapporto globale col figlio — in cui si compendiano i diritti oggi enunciati dall'art. 315-*bis* c.c. — **viene affermato incondizionatamente**. Già prima della Novella del 2012/2013, si era posto in luce come la norma si riferisse esclusivamente al vincolo biologico e naturalistico di filiazione, e che quindi **non vi fosse spazio per discriminazioni tra figli « legittimi » e « naturali »** — **riconosciuti o non** — **in dipendenza di meri aspetti giuridico-formali** (GIORGIANI 1956, 749; RESCIGNO 2000, 277; MENGONI 1972, 121; SANDULLI A.M. 1992, 37; DOGLIOTTI 2007, 176). Per contro, nel sistema in vigore sino al 1° gennaio 2013 permaneva una distinzione tra stato di filiazione « legittima » e « naturale » — un tempo, « illegittima », secondo l'espressione del legislatore del 1942 — a sua volta distinta in filiazione naturale riconosciuta o giudizialmente dichiarata, ovvero non riconosciuta o irriconoscibile (CICU 1969; FERRANDO 1992, 301; SESTA 1998, 829).

1.3. In passato, a ciascuna di queste situazioni corrispondeva una ben diversificata situazione giuridica del figlio. La pienezza dello *status* di filiazione era attribuita alla sola « **filiazione legittima** » **che godeva di** ogni tutela: nei confronti dei genitori, obbligati al mantenimento, all'educazione ed all'istruzione (art. 147 c.c.), degli ascendenti, anch'essi tenuti al mantenimento *ex art.* 148, c. ult., c.c., ed anche dei parenti, soggetti in determinate circostanze all'obbligo alimentare (art. 433 c.c.) (CICU 1969, 1). È significativo che le richiamate disposizioni degli artt. 147 e 148 c.c. fossero — e tuttora siano, seppur divenute, oggi, mere disposizioni di rinvio alla disciplina dello statuto unitario del rapporto genitori-figli, per cui cfr. *infra*, *sub artt.* 315-*bis* e 316-*bis* c.c. — contenute nel capo relativo ai diritti e doveri

nascenti dal matrimonio, fonte della « legittimità » dei figli, mentre, quanto ai « figli naturali », il legislatore disponeva *per relationem*, all'art. 261 c.c., che la Novella del 2012/2013 ha, coerentemente, abrogato. I **figli non matrimoniali riconosciuti** godevano d'identica tutela, ma **solo nei riguardi del genitore che aveva effettuato il riconoscimento**; mentre la vigente disposizione dell'art. 258 c.c. estende, oggi, tale effetto anche ai parenti del genitore che effettui il riconoscimento. Ai figli **non riconosciuti o non riconoscibili** era attribuita una **protezione limitata**, potendo essi ricevere dal genitore solo un sussidio di natura alimentare (art. 279 c.c. nella sua formulazione originaria). Anche sul piano successorio la condizione dei figli nati da genitori uniti in matrimonio era assai differenziata rispetto a quella degli altri. Ai figli allora considerati legittimi era infatti riservata una quota indisponibile dell'eredità; i figli non matrimoniali riconosciuti erano eredi necessari, ma la loro quota era di entità ridotta; ai figli non riconosciuti o non riconoscibili era invece attribuito unicamente un assegno vitalizio di natura alimentare. Infine, la successione per rappresentazione era condizionata dalla legittimità della filiazione. **1.4.** Dunque, nei codici che hanno seguito il modello napoleonico — tra i quali il nostro fino alla riforma del 1975 — la filiazione legittima era nettamente contrapposta a quella illegittima; la prima godeva di una considerazione legale, cui corrispondeva identica valutazione sociale, di assoluta preminenza. Il **modello familiare accettato** — e quindi legittimo perché conforme al diritto e al costume — era quello **fondato sul matrimonio**, che rappresentava l'unico ambito in cui la filiazione trovava dignità e piena protezione; il presupposto implicito del sistema — ben avvertito nel costume sociale — era che la filiazione per essere lecita dovesse sempre originare da genitori uniti in matrimonio. Matrimonio, all'epoca indissolubile, che da un lato conferiva legittimità alla prole, e dall'altro, stante il divieto di legge (art. 252 c.c. abr.), impediva a chi era coniugato di riconoscere un figlio adulterino, il quale, visti i limiti posti alla dichiarazione giudiziale di genitorialità, non poteva agire per l'accertamento della filiazione. **Solo i figli concepiti nel matrimonio ricevevano una vera ed integrale tutela**; i nati da unioni di fatto o da rapporti occasionali, specie se in conflitto col vincolo matrimoniale, subivano un trattamento deteriore. L'obiettivo della legge non era tanto quello di discriminare le categorie di figli sulla base di valutazioni etiche, bensì di conferire dignità e quindi di rafforzare la sola **famiglia** legittima, intesa quale **unica entità sociale e giuridica** — vera e propria **istituzione** — capace di assolvere ai compiti di mantenimento, istruzione ed educazione necessari per assicurare una ordinata vita sociale; ed altresì come struttura in grado di garantire la conservazione e la trasmissione del patrimonio. **1.5.** Secondo questo indirizzo, al di fuori della famiglia legittima vi era il disordine, non solo sul piano etico, ma anche su quello sociale. Pertanto, **il legislatore** concentrava la tutela sul nucleo legittimo, mentre **si limitava a disciplinare sommariamente la relazione individuale genitore-figlio naturale**, evitando che si potesse profilare una struttura familiare parallela a quella legittima. Naturalmente, la tutela del nucleo legittimo — obiettivo primario del legislatore — portava a sacrificare le posizioni individuali con esso confliggenti, ed in modo particolare quelle dei figli adulterini. Vi era dunque attorno alla famiglia legittima una barriera protettiva la quale **impediva**

che i rapporti di filiazione contro il matrimonio acquistassero altra rilevanza giuridica se non quella meramente alimentare; la verità biologica della filiazione, in quei casi, non poteva divenire verità legale del vincolo, il cui accertamento il diritto non ammetteva (CICU 1969, 1). Per contro, talvolta la tutela del nucleo legittimo conduceva alla conseguenza opposta, poiché il rigore del sistema poteva agevolare l'acquisto e il mantenimento dello *status* di figlio legittimo anche contro la verità biologica della procreazione. Infatti, la presunzione di paternità del marito e gli ostacoli frapposti all'esercizio dell'azione di disconoscimento di paternità finivano talvolta per attribuire lo *status* di legittimità anche al figlio di donna coniugata che era stato concepito sicuramente al di fuori del matrimonio (RESCIGNO 1965, 238; SESTA 2011a, 31). In breve, in tutti questi casi la verità biologica della procreazione, in quanto contrastante con quella legale, veniva rimossa. Sull'evoluzione del rapporto tra *favor legitimitatis*, *favor veritatis* ed esigenza di tutela della stabilità dello stato di figlio — oggi affermatosi quale valore preminente a seguito della modifica degli artt. 244 e 263 c.c. — e sui conseguenti dubbi di costituzionalità, cfr. SESTA 2014a, 459.

1.6. Anticipando in parte l'intervento del legislatore del 1975, la Corte costituzionale, già a partire dalla fine degli anni Sessanta, aveva cominciato un'opera di **progressiva erosione** di quel complesso di norme che **limitava i diritti successori dei figli naturali** anche in assenza di una famiglia legittima del *de cuius* (cfr. QUADRI R. 2006, 855). E ciò, non solo facendo leva sul **principio di uguaglianza** di cui all'art. 3 Cost., in virtù del quale deve ritenersi inammissibile ogni differenza di trattamento giuridico fondata sullo *status* di una persona e, quindi, sulla sua condizione di nascita, ma anche in ragione di una lettura del tutto innovativa del c. 3 dell'**art. 30 Cost.**, norma che, circoscrivendo l'ambito della famiglia legittima alla famiglia fondata sul matrimonio e composta unicamente dal coniuge e dai figli legittimi, **garantisce ai figli nati fuori del matrimonio** non tanto una generica difesa, quanto piuttosto **una tutela completa sia giuridica che sociale** che solo non risulti in contrasto con gli interessi del nucleo familiare legittimo. In applicazione dell'orientamento ermeneutico enunciato la Consulta aveva dichiarato illegittimi, per contrasto con gli artt. 3 e 30 Cost., gli artt. 467, 468 e 577 c.c. nella parte in cui escludevano dalla rappresentazione il figlio naturale di chi, figlio o fratello del *de cuius*, non potendo o non volendo accettare, non lasciasse o non avesse discendenti legittimi (C. cost. 14 apr. 1969/79, FI, 1969, I, 1033). Sviluppando ulteriormente il nuovo corso interpretativo, la Corte costituzionale aveva, quindi, proceduto alla declaratoria di illegittimità costituzionale di altre disposizioni, quali quelle di cui agli artt. 539, 545, 546, 575, 592 e 593 c.c., che, prevedendo un trattamento successorio deteriore dei figli naturali al di fuori di situazioni di conflittualità con gli interessi dei membri del nucleo legittimo, si ponevano in contrasto con gli artt. 3 e 30 Cost. (C. cost. 28 dic. 1970/205, FI, 1971, I, 1; C. cost. 30 apr. 1973/50, FI, 1973, I, 1684; C. cost. 27 mar. 1974/82, FI, 1293; C. cost. 4 lug. 1979/55, FI, 1980, 908).

1.7. Prima con la riforma del 1975, poi con la Novella del 2012/2013, la legge ha profondamente mutato prospettiva: alla filiazione non matrimoniale — sono scomparse, dapprima, l'espressione « illegittima » e, oggi, anche quella « naturale » — si è data, in un primo tempo e, segnatamente, con la riforma del 1975, la **stessa dignità** di quella **matri-**

moniale, attraverso la sostanziale parificazione tra le due categorie di figli e l'abolizione di quei divieti che di fatto impedivano l'accertamento della verità biologica e proteggevano, anche contro l'evidenza, la famiglia fondata sul matrimonio (cfr. PAGLIANTINI 2006, 507). Infatti, la **parità** è stata stabilita sia nell'ambito dei **rapporti personali** (cfr. art. 261 c.c., oggi abrogato) sia nell'ambito di **quelli successori** (artt. 468, 536 e 537 c.c.). Inoltre, le norme che hanno rimosso il divieto dell'accertamento nei riguardi dei figli adulterini e quelle che hanno fissato i principi della libertà della prova (cfr. art. 269 c.c.) e dell'imprescrittibilità dell'azione (cfr. art. 270 c.c. specie *ante* 2013) hanno consentito e tutt'ora consentono al figlio non matrimoniale di conseguire agevolmente l'accertamento del proprio *status* giuridico. Tale percorso di progressiva unificazione è stato portato a compimento dalla Novella del 2012/2013, a seguito della quale « tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico » (v. *infra*, *sub* art. 315 c.c.). Oggi, come si è detto, nell'ambito dei rapporti personali è stata dettata un'unica disciplina dei diritti e doveri dei figli nei confronti dei genitori (v. *infra*, *sub* artt. 315-*bis* ss. c.c.); le modificazioni apportate alla nozione di parentela e l'inserimento pieno del figlio nella rete parentale dei genitori hanno realizzato la piena unificazione dei diritti successori dei figli (matrimoniali e non (v. *infra*, *sub* artt. 74 nonché 536 ss. c.c.); è stata ulteriormente ristretta la categoria dei figli non riconoscibili (v. *infra*, *sub* art. 251 c.c.) ed è stata innovata la disciplina dell'accertamento dello stato di filiazione. In sintesi, **indipendentemente dalla natura** della filiazione, **il figlio riceve piena tutela giuridica** nei confronti del genitore e dei parenti, di guisa che il rapporto di filiazione si presenta unificato, indipendentemente dal vincolo matrimoniale tra i genitori. Tutto ciò porta a concludere che nell'odierno ordinamento quello della famiglia legittima non rappresenta più l'unico modello di convivenza familiare approvato dal legislatore (cfr. già SCALISI 1987, 435). Con riguardo, infine, a rapporti di filiazione che coinvolgono coppie di eguale sesso, occorre infine considerare che — ancorché la l. 2016/76 nulla disponga in ordine ai rapporti di filiazione — la giurisprudenza recente ha assunto posizioni che danno rilievo, sul piano giuridico, ai legami che si instaurano tra un membro della coppia e i figli dell'altro, oppure che sono nati mediante p.m.a. o maternità surrogata a seguito di un progetto di genitorialità della coppia omosessuale (cfr. *infra*, *sub* art. 1 c. 20).

2. La parentela. Come si è visto, l'unificazione dello stato di filiazione (l. 2012/219) ha comportato la ridefinizione del concetto di parentela: non essendo più dato distinguere tra « figli legittimi » e « naturali », viene meno anche ogni distinzione fra « parenti legittimi » e « naturali ». Pertanto, può dirsi definitivamente superato per via legislativa il problema della **rilevanza** del vincolo di « **parentela naturale** », che più volte si era posto all'attenzione dei giudici di legittimità e che era rimasto sostanzialmente aperto (FERRANDO 2005), soprattutto con riguardo agli effetti sul piano successorio. Prima della Novella del 2012/2013, infatti, si è sempre ritenuto che **il rapporto di filiazione non matrimoniale non portasse all'instaurazione di alcun vincolo di parentela** con la famiglia del genitore che aveva operato il riconoscimento, e ciò sulla base sia della regola secondo

cui il riconoscimento del figlio naturale non produceva effetti se non riguardo al genitore che l'ha operato (cfr. art. 258 c.c. *ante* 2013) sia della considerazione che la norma in commento si limita a tutelare il rapporto di filiazione, e cioè il legame intercorrente solamente tra il genitore e il figlio (C. cost. 12 mag. 1977/76, FI, 1976, I, 1346). Tale assunto ha però subito negli ultimi decenni una significativa **erosione**, prima ad opera del legislatore della riforma del diritto di famiglia, che ha stabilito che siano **chiamati a succedere per rappresentazione anche i discendenti naturali** (v. *infra*, sub art. 467 c.c.), e poi ad opera della Consulta, che è stata più volte chiamata ad intervenire sul tema. Va, poi, precisato che il legame di parentela non rileva solamente in materia successoria, ma anche — ad esempio — in tema di alimenti (v. *infra*, sub art. 433 c.c.) e di impresa familiare (v. *infra*, sub art. 230-*bis* e *ter* c.c.). Tuttavia, le viste innovazioni non avevano recepito tutte le istanze di riconoscimento avanzate, e permanevano così notevoli disparità di trattamento nei confronti dei « parenti naturali », che parte della dottrina criticò aspramente (cfr. BIANCA C.M. 2001, 594; per una disamina dei profili problematici della disciplina della filiazione, cfr. PALAZZO 2006, 145 ss.; cfr. anche SALANITRO 2007, 305 ss.). **Solo con le Novelle del 2012/2013 tali residue differenziazioni sono definitivamente venute meno: oggi, la parentela è il vincolo che lega i soggetti che discendono da uno stesso stipite, senza che rilevi la nascita all'interno o fuori del matrimonio.**

3. L'attribuzione dello status di filiazione (rinvio). **3.1.** Come osservato, in forza delle norme richiamate nel paragrafo precedente, il matrimonio non si configura più come fattore di differenziazione del rapporto giuridico genitore-figlio-parenti, la cui regolamentazione, per l'appunto, è stata resa unica; tuttavia, il legislatore ha mantenuto **differenziate le modalità di acquisizione dello stato di filiazione e di formazione del relativo titolo**, a seconda o meno della sussistenza del legame matrimoniale tra i genitori. Nel primo caso, il matrimonio determina l'attribuzione automatica dello stato dei figli dei coniugi, e ciò in considerazione dell'obbligo reciproco di fedeltà e, quindi, dell'esclusività della loro relazione sessuale (art. 143 c.c.) che, appunto, consente al legislatore, anche dopo la riforma del 2012-2013, di stabilire la presunzione di paternità, secondo la quale « il marito è padre del figlio concepito o nato durante il matrimonio » (art. 231 c.c.). Per contro, in mancanza di matrimonio fra i genitori, l'accertamento della filiazione, anche dopo la riforma, avviene per il tramite di un atto volontario, il riconoscimento (art. 250 c.c.) o, in difetto, attraverso un accertamento giudiziale (art. 269 c.c.). Dunque, sotto questo riguardo, si deve continuare a distinguere tra filiazione nel e fuori del matrimonio (BUFFONE 2014, 54; SESTA 2014a, 454; e già SESTA 2011a, 8) e constatarsi che il matrimonio, del resto in conformità di quanto previsto nell'art. 29 Cost., mantiene la sua attitudine all'attribuzione automatica dello stato di filiazione, senza che ciò assurga a elemento di discriminazione, capace di incrinare la raggiunta unicità dello stato di figlio; semmai, il tema dell'accertamento rende bisognoso di rinnovata riflessione critica il perdurante canone della volontarietà del riconoscimento materno, che pare sempre più in contrasto sia con

l'incondizionato diritto dovere dei genitori di mantenere, istruire, educare, nonché (ora), assistere moralmente i figli e assicurarli il diritto a crescere in famiglia e di mantenere rapporti significativi con i parenti — posto che in concreto i figli non riconosciuti sono privati proprio del diritto a crescere « in famiglia » (ovviamente, quella dei loro genitori biologici) —, sia con il conclamato stato unico di filiazione (SESTA 2014b, 9). Sotto altro profilo, occorre altresì sottolineare come, anche dopo la riforma, viga il principio per cui la formazione di un titolo sia sempre necessaria perché possa propriamente parlarsi di stato di filiazione (CICU 1969, 1): al riguardo, la Relazione conclusiva (in *politichefamiglia.it*) richiama l'art. 573 c.c., dal quale per l'appunto si ricava che il figlio nato fuori del matrimonio acquisisce lo stato di figlio, con i diritti e doveri conseguenti, solo per l'effetto del riconoscimento o dell'accertamento giudiziale della filiazione. A ben vedere, il differente sistema di formazione del titolo di stato — da cui dipende il dispiegarsi degli effetti del rapporto di filiazione — lungi dal costituire un aspetto meramente tecnico, ha un notevole valore sostanziale: ancora oggi, l'ordinamento dispone che il titolo di stato del figlio legittimo si formi « d'ufficio » in sede di denuncia della nascita, mentre lascia agli interessati la formazione del corrispondente titolo di filiazione non matrimoniale, quasi che — in tale situazione — il rapporto genitoriale si configuri quale « affare privato », cosicché i genitori biologici sono autonomamente in facoltà di farlo emergere o meno. Se invero dette regole appaiono legate al vecchio sistema, in cui non solo l'accertamento, ma anche il trattamento fra figli legittimi e naturali era fortemente differenziato, proprio per enfatizzare il valore del matrimonio e dell'unione matrimoniale rispetto a quella occasionale (BESSONE 1976, 93; DI NARDO 1991, 431), è altresì indubbio che oggi il quadro si presenta più complesso, perché se da un lato, come si è dianzi detto, perdura il principio della volontarietà del riconoscimento, dall'altro si è generalizzata la possibilità di agire per la dichiarazione giudiziale di genitorialità, ovvero, in difetto di accertamento a seguito di diniego della madre ad essere nominata, è prevista la dichiarazione dello stato di abbandono *ex art. 1, c. 4, l. 1983/184*, il che conduce, in definitiva, a far sì che quella del figlio privo di stato rappresenti una fattispecie del tutto marginale (SESTA 2014a, 455). Mentre **nella Costituzione** — eccezion fatta la **riserva di legge** in materia di **norme e limiti per la ricerca di paternità**, posta significativamente a chiusura della norma in commento — non vi è alcuna menzione della fase di accertamento del rapporto giuridico di filiazione, alla stregua del sistema codicistico, affinché sorga il vincolo giuridico genitore-figlio, quanto meno nella sua pienezza, pare indispensabile un accertamento secondo modalità prestabilite. A queste sono dedicate le norme degli artt. 231 ss. c.c., per quanto riguarda la filiazione matrimoniale, nonché degli art. 250 ss. c.c., per quanto concerne la filiazione non matrimoniale (v. *infra, sub* artt. 231 ss. e 250 ss. c.c.). È opportuno altresì avvertire come, dopo la riforma, permanga la netta differenziazione tra le azioni di stato, a seconda che siano o meno riferite ad un figlio nato nel o fuori del matrimonio, ancorché il legislatore ne abbia in parte armonizzato la disciplina, specie in considerazione delle esigenze di stabilità dello stato di figlio, così in qualche modo attenuando il principio del *favor veritatis*, che si era progressivamente affermato negli ultimi decenni (SESTA 2014a. In argomento, la recente

CC 3 mar. 2017/8617; CC 22 dic. 2016/26767). **3.2.** Si deve però notare che il fatto che l'ultimo comma della norma in commento, che pone la riserva di legge in materia di ricerca della paternità, non enunci principi vincolanti per il legislatore **non esime il giudice delle leggi dall'esercitare il proprio sindacato** anche sulle norme dettate in tale materia, con particolare riferimento al **principio di eguaglianza** enunciato dall'art. 3 Cost. e al generale canone interpretativo della **ragionevolezza**. Proprio sotto tale profilo, con C. cost. 10 feb. 2006/50 (FD, 2006, 237), la Corte costituzionale ha integralmente rivisto quanto ritenuto nelle sue precedenti pronunzie (C. cost. 12 lug. 1965/70, GI, 1965, I, 1265; C. cost. 30 dic. 1987/621, FI, 1988, I, 1744; C. cost. 20 lug. 1990/341, GC, 1990, I, 2485; C. cost., ord. 11 giu. 2004/169, FD, 2004, 541), in cui erano prevalsi orientamenti di conservazione oggi giudicati non meritevoli di riaffermazione, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 274 c.c. — che disponeva la necessità del giudizio di ammissibilità all'azione di dichiarazione giudiziale di genitorialità — per contrasto con gli artt. 3, c. 1, 24 e 111 Cost. Ad avviso della Consulta, in particolare, **il meccanismo processuale** previsto dalla norma, ormai **inidoneo a perseguire la « funzione protettiva »** che ne aveva giustificato l'introduzione, incentivava strumentalizzazioni sia da parte del convenuto che dello stesso attore; così — andando oltre la prospettazione del rimettente (CC, ord. 26 nov. 2004/22351, FD, 2005, 251), nella quale il riferimento era unicamente ai procedimenti promossi da maggiorenni —, la sentenza dichiara che **il procedimento di ammissibilità dell'azione di genitorialità non si giustifica neppure laddove il giudizio riguardi un minore**. Al riguardo, in un breve passaggio della decisione, la Corte afferma che il relativo interesse al conseguimento dello *status* — di cui alla menzionata C. cost. 20 lug. 1990/341 — potrà essere parimenti valutato nel giudizio di merito, prima dell'accertamento della fondatezza dell'azione. Invero oggi il rapporto tra verità dello *status* e interesse del figlio al suo mantenimento va ripensato alla luce degli artt. 244, c. 4, e 263, c. 3, che non consentono se non al figlio l'esercizio dell'azione di disconoscimento di paternità e di impugnazione del riconoscimento dopo cinque anni dalla nascita (v. *amplius* sul punto *SESTA* 2014a, 454 ss.). **3.3.** L'azione svolta dal legislatore in materia di attribuzione dello *status* ha inciso notevolmente anche con riferimento alla filiazione incestuosa. Infatti, in base al nuovo testo dell'art. 251 c.c., anche il figlio nato da genitori tra loro parenti può essere riconosciuto, previa autorizzazione del giudice, avuto riguardo all'interesse del figlio e alla necessità di evitare allo stesso qualsiasi pregiudizio (*AULETTA* 2013, 475). La riforma legislativa costituisce comunque il completamento di un percorso che poteva considerarsi avviato nel momento in cui la Corte costituzionale aveva **dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 278, c. 1, c.c.**, in relazione agli artt. 2, 3, 30 Cost., **nella parte in cui escludeva la dichiarazione giudiziale della paternità e della maternità naturali** e le relative indagini, **nei casi in cui**, a norma dell'art. 251, c. 1, c.c., **il riconoscimento dei figli incestuosi era vietato**. **3.4.** Negli anni recenti, a seguito dello sviluppo delle **tecniche di procreazione medicalmente assistita**, si è posto il problema della loro **liceità** e dei loro **limiti**, con riferimento al diritto alla procreazione degli adulti ed alla necessità che le modalità procreative siano dirette ad assicurare al nato una condizione personale e relazio-

nale tale da garantirgli un armonioso sviluppo della personalità, in conformità a quanto previsto dalle norme in commento (SESTA 2005). Prima dell'entrata in vigore della l. 19 feb. 2004/40, che ha disciplinato la materia, la Corte costituzionale (C. cost. 22 set. 1998/347, GI, 1999, 461) aveva chiarito che, nel silenzio della legge ordinaria, non poteva ritenersi che il marito che aveva prestato il consenso alla fecondazione eterologa della moglie potesse poi disconoscere il figlio, cosicché era inammissibile la sollevata q.l.c. dell'art. 235, c. 1, n. 2, c.c. in riferimento agli artt. 2, 3, 29, 30 e 31 Cost. La vigente l. 2004/40 venne sottoposta all'esame della Corte costituzionale in ordine alla ammissibilità di cinque quesiti referendari. Per quanto tuttora rileva, stante l'esito della consultazione referendaria, è utile ricordare che la Corte (C. cost. 28 gen. 2005/45, G COST, 2005, 1, 348, con nota di PERTICI) statuí che **era inammissibile la domanda** concernente l'abrogazione dell'intera disciplina, in quanto la l. 2004/40, presentando un contenuto costituzionalmente vincolato, non poteva essere oggetto di una dichiarazione di inefficacia, proprio perché **essa disciplina una materia che coinvolge interessi costituzionalmente rilevanti, rispetto ai quali è indispensabile assicurare un livello minimo di tutela**. Successivamente all'entrata in vigore della legge, la Corte costituzionale è intervenuta in due occasioni circa la legittimità costituzionale del divieto di fecondazione assistita di tipo eterologo. Con la prima sentenza (C. cost. 7 giu. 2012/150: FI, 2012, 9, I, 2249, con nota di ROMBOLI; EUR DIR PRIV, 2013, I, 195, con note di NICOLUSSI e di RENDA; GC, 2013, I, 2317, con nota di LUBERTI; NGCC, 2012, 870, con nota di MURGO), la Corte ha disposto la restituzione degli atti ai giudici rimettenti, affinché questi procedano ad un rinnovato esame dei termini della questione, sulla base della sentenza della Grande Camera della Corte EDU (Corte EDU 3 nov. 2011/57813: FI, 2012, IV, 209, con nota di NICOSIA; GD, 2011, n. 46, 15, con note di CASTELLANETA e di SALERNO; Ragiusan, 2012, n. 335-337, 190; NGCC, 233, con nota di MURGO; QC, 2012, 159, con nota di OSTI) che, ribaltando il verdetto della prima sezione (Corte EDU 1° apr. 2010/57813: EUR DIR PRIV, 2010, 1219, con nota di CERRI; FD, 2010, 981, con nota di SALANITRO; Ragiusan, 2011, n. 329-330, 178), aveva dichiarato legittima la disciplina austriaca della procreazione medicalmente assistita che — come quella italiana, fino all'aprile 2014 — vieta la fecondazione eterologa. Più di recente, tuttavia, la Corte costituzionale, con la seconda delle richiamate decisioni (C. cost. 10 giu. 2014/162: FD, 2014, 753, con nota di V. CARBONE; CG, 2014, 106), ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 4, c. 3, 9, c. 1 e 3, e 12, c. 1, l. 2004/40, relativi al divieto di fecondazione eterologa medicalmente assistita. In ordine ad una più approfondita disamina delle problematiche concernenti la fecondazione assistita, v. *infra, sub* Normativa collegata, *Procreazione medicalmente assistita*).

4. La centralità della persona del figlio. 4.1. La formula usata dal c. 1 della norma in commento è significativa — oltre che per la affermazione dei doveri genitoriali anche nei riguardi dei figli nati fuori dal matrimonio, secondo il principio recepito dalla Novella del 2012/2013, che ha affermato definitivamente l'unicità dello stato di filiazione e, di conseguenza, l'unicità della disciplina del

rapporto genitori-figli — per il deciso accento che pone sulla **centralità della persona del figlio**, che non è oggetto dei poteri dei genitori, bensì **destinatario del loro dovere-diritto di mantenimento, istruzione ed educazione**, che si esplicita nell'**attribuzione** ai genitori della responsabilità genitoriale. Il legislatore — costituzionale ed ordinario — non ne dà una definizione, ma essa può desumersi dagli indici normativi, dovendosi, da subito, segnalare come la Novella del 2012/2013 abbia ancor più accentuato la centralità della persona del figlio, titolare dei numerosi diritti di cui all'art. 315-*bis* c.c., per la promozione dei quali è dato ai genitori l'esercizio della responsabilità (e non più potestà) genitoriale *ex* art. 316 c.c., volta alla realizzazione dei compiti previsti dall'art. 315-*bis* c.c. (sull'evoluzione del concetto di potestà, verso la responsabilità genitoriale, cfr. QUADRATO 1999, 119; cfr. anche FERRANDO 2007b, 7 e 9, che evidenzia come la potestà, un tempo intesa come diritto degli adulti, sia stata rimodellata in termini di responsabilità verso i figli). L'art. 2, c. 1, lett. *h*, l. 2012/219 aveva delegato il governo alla « unificazione delle disposizioni che disciplinano i diritti e i doveri dei genitori nei confronti dei figli nati nel matrimonio e dei figli nati fuori del matrimonio, delineando la nozione di responsabilità genitoriale quale aspetto dell'esercizio della potestà genitoriale », cosicché il legislatore delegato ha dato attuazione a tale principio di delega, superando la nozione di « potestà genitoriale » e introducendo quella di « **responsabilità genitoriale** », in considerazione della evoluzione socio-culturale, prima che giuridica, dei rapporti tra genitori e figli: « la nozione di responsabilità genitoriale, presente da tempo in numerosi strumenti internazionali (si pensi tra tutti al regolamento n. 2201/2003/CE, c.d. "Bruxelles II-*bis*", che disciplina all'interno dell'Unione europea — con la sola esclusione della Danimarca — la competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale), è quella che meglio definisce i contenuti dell'impegno genitoriale, non più da considerare come una "potestà" sul figlio minore, ma come un'assunzione di responsabilità da parte dei genitori nei confronti del figlio. La modifica terminologica dà risalto alla diversa visione prospettica che nel corso degli anni si è sviluppata ed è ormai da considerare patrimonio condiviso: **i rapporti genitori-figli non devono essere più considerati avendo riguardo al punto di vista dei genitori, ma occorre porre in risalto il superiore interesse dei figli minori** » (Commissione Bianca, *Relazione conclusiva*, in *politiche-famiglia.it*; ma in senso critico rispetto alla nuova terminologia RESCIGNO, *La filiazione "riformata": l'unicità dello status*, GI, 2014, 1261). Il d.lg. 2013/154 non ha introdotto espressamente una definizione di responsabilità genitoriale nel codice, limitandosi a operare la sostituzione terminologica tra « potestà » e « responsabilità ». Tale scelta è stata spiegata, in sede di lavori preparatori, sulla base del fatto che il codice civile non conteneva una definizione di potestà genitoriale e, in sede di intervento riformatore, si è ritenuto opportuno mantenere ferma, per omogeneità sistematica, tale scelta. Neppure è stata seguita l'indicazione del legislatore delegante, che manteneva distinte la potestà e la responsabilità genitoriale, da delinearci, come si è detto, quale aspetto della prima. Infatti, « si è, inoltre, valutata l'inopportunità di distinguere due nozioni: quella di responsabilità genitoriale e quella di potestà, perché ciò avrebbe imposto la fissazione di limiti, dell'una o

dell'altra nozione, difficilmente conciliabili da un punto di vista logico, prima che giuridico, con la materia trattata. Seguendo le scelte del legislatore del 1942, che non definì la potestà genitoriale, si è ritenuto di non definire la "responsabilità genitoriale", in modo che tale nozione possa essere riempita di contenuti a seconda dell'evoluzione socio-culturale dei rapporti genitori-figli e possa essere in grado di adattarsi alle future evoluzioni » (*Relazione conclusiva*, cit., 165; sul punto, v. *infra*, sub art. 316 c.c.) **4.2.** Seguendo una simile visione del rapporto doveri-poteri genitoriali, può dirsi che la responsabilità genitoriale è quell'insieme di **poteri-doveri finalizzato alla crescita spirituale e fisica del figlio** (SESTA 2000, 219; BUCCIANTE 1997, 517; VILLA 2007b, 320 ss.; RUSCELLO 2006, 154; GIORGIANNI 1992, 285; FERRI L. 1988, 11; VERCELLONE 2002, 959; COSSU 1996, 121; BELVEDERE 1990, 1; BUCCIANTE 1985, 774) **da esercitarsi nel rispetto delle sue capacità, inclinazioni naturali ed aspirazioni.** La Novella del 2012/2013 ha introdotto il nuovo art. 315-*bis* c.c., vero e proprio statuto unitario dei diritti e doveri dei figli nei confronti del genitore (v. *infra*, sub art. 315-*bis* c.c.), il cui primo comma introduce l'obbligo di rispettare (e non solo di tenere conto) delle capacità, inclinazioni naturali e aspirazioni del figlio ed altresì l'espreso riferimento al dovere dei genitori di assistere moralmente la prole, quale aspetto del più generale obbligo di cura. Col richiamare capacità, inclinazioni e aspirazioni del **minore** — in una parola, la sua **specifica ed irripetibile personalità e soggettività** — e con l'abbandonare il riferimento a parametri oggettivi estrinseci — i principi della morale — il legislatore assegna **ai genitori il compito di seguire il figlio affinché egli dia forma alla propria struttura personale**, e non più quello di uniformarne la personalità — dall'alto di una autorità onnipotente — ad astratti modelli comportamentali, più o meno generalmente condivisi (MORO 2002, 174; ZATTI 1980, 189; STANZIONE 1983, 1145; BESSONE-ALPA-D'ANGELO-FERRANDO-SPALLAROSSA 2002, 118; PERLINGIERI 1991, 498; PARADISO 1990, 271; FERRANDO 2007b, 11, che sottolinea come l'attenzione sia rivolta « al bambino reale piuttosto che a quello ideale », sì che il giudice deve tener conto non già « di un concetto astratto, riferito ai minori come categoria, ma del concreto interesse di quel bambino, inteso come persona, della unicità ed irripetibilità della sua vicenda esistenziale, del contesto personale, familiare, sociale ed economico in cui egli vive »). **4.3.** Accanto ai diritti enunciati dal c. 1, le ulteriori disposizioni dell'art. 315-*bis* c.c. riconoscono, ora, al figlio: il diritto di crescere in famiglia e di mantenere rapporti significativi con i parenti (c. 2); e il diritto di essere ascoltato nelle decisioni e nelle procedure che lo riguardino ove capace di adeguato discernimento (c. 3). Il figlio ha, poi, il dovere di rispettare i genitori e contribuire al mantenimento della famiglia, in relazione alle sue capacità e sostanze, e al suo reddito (c. 4). **4.4.** Sempre nell'ambito dell'affermazione di uno statuto unitario del rapporto genitori-figli, il legislatore della Novella del 2012/2013 ha posto la regola generale dell'esercizio congiunto della responsabilità genitoriale, a prescindere dal tipo di rapporto intercorrente tra i genitori (v. *infra*, sub art. 316 c.c.), che discende direttamente dal principio enunciato dal c. 1 della norma in commento. Le norme in tema di responsabilità genitoriale danno ai genitori la possibilità del **ricorso al giudice**, che viene individuato dal legislatore come **possibile arbitro dei conflitti fra i genitori**, come già di quelli fra coniugi.

4.5. Nel quadro dei doveri genitoriali, una particolare rilevanza assume il **dovere di educare** i figli, trattandosi di un concetto difficilmente definibile e dal contenuto strettamente connesso all'evoluzione degli studi sociali e pedagogici e della società in generale. Una conferma di tale evoluzione è rappresentata dal confronto con il testo dell'art. 147 c.c. previgente alla riforma del 1975, per il quale l'educazione doveva essere conforme ai principi della morale, che, in tal modo, mostrava l'adesione ad una prospettiva che favoriva un particolare tipo di programma educativo, uniformato a non ben definiti principi morali provenienti, quindi, dall'esterno della famiglia. Il testo dell'art. 147 c.c. vigente dopo la riforma del '75 e, oggi, il testo del c. 1 dell'art. 315-*bis* c.c., al cui commento si rinvia, **privilegia il soggetto nei cui confronti deve essere realizzata la funzione educativa**, obbligando i genitori a esercitare la propria responsabilità nei confronti dei figli « nel rispetto delle capacità, dell'inclinazione e delle aspirazioni » dei medesimi (cfr. PARADISO 2007, 324, che parla di « educazione partecipata »). Quanto al contenuto, **nella Costituzione non vengono indicati i principi a cui attenersi nell'educazione della prole**, mentre risulta soltanto che **il compito educativo appartiene alla famiglia**, alla quale deve essere riconosciuta **piena libertà** nella scelta dei criteri e dei mezzi educativi ritenuti più idonei. La libertà educativa, peraltro, incontra un primo limite nei principi fondamentali dell'ordinamento, risultanti dalle disposizioni costituzionali e dalla legislazione penale, dalle quali si evince una sorta di **minimo etico imprescindibile per una convivenza civile**. Sarebbe infatti contraddittorio ritenere che l'azione pedagogica possa lecitamente indirizzarsi contro i valori su cui si fonda l'ordinamento che regge la società di cui il minore è parte integrante (VILLA 2007b, 312; BUCCIANTE 1997, 545; PARADISO 1990, 259).

4.6. Il problema del **rapporto** fra il minore e la famiglia, in particolare nello svolgimento della funzione educativa, trova soluzione partendo dal **concetto di persona**, quale premessa ed obiettivo della disciplina costituzionale: poiché il **principio costituzionale di uguaglianza** non tollera ripartizioni delle persone in classi di età, ne consegue che **avere minore età non significa aver minor valore rispetto agli adulti** (STANZIONE 1975, 332). Sulla base di queste preliminari osservazioni, la prima norma che deve essere considerata è quella dell'**art. 2 Cost.**, nel quale viene evidenziato il **rapporto fra garanzia della persona e comunità**, prima fra tutte la famiglia, nella quale essa svolge la propria personalità; **tale comunità adempie**, così, **la sua funzione**, e quindi anche quella educativa, **se e in quanto contribuisca al potenziamento della persona**, evidenziandosi in tal modo la posizione attiva del figlio che si pone come soggetto partecipe nella realizzazione del rapporto educativo, in quanto finalizzato all'esplicazione della sua personalità (BESSONE 1975, 345). La titolarità del **diritto di libertà di cui il minore è portatore in quanto persona** comporta la necessità che l'eventuale conflitto fra tale libertà e l'autorità dei genitori sia risolto rendendolo compatibile, da un lato, con i diritti primari del minore, dall'altro, con il principio di unità della famiglia (GIACOBBE G. 1982, 705).

4.7. In conclusione, occorre ribadire che, se il legislatore costituzionale, riconosciuta l'autonomia della famiglia, si è astenuto dall'indicare i fini verso i quali l'educazione del minore deve tendere, cionondimeno **ha fatto salvi i diritti di libertà (religiosa, ideologica, sociale, sessuale) del minore**, in modo tale da

coordinare con essi il potere-dovere dei genitori; giustamente, quindi, si è identificato il punto di equilibrio fra queste opposte esigenze nella capacità di discernimento del minore, intesa come gradualità dello sviluppo della persona, da valutare in relazione alle singole situazioni concrete (in argomento, cfr. RUSCELLO 2007, 109).

5. Libertà dei coniugi e tutela dei figli. 5.1. Si è già avuto modo di notare (v. *supra*, sub art. 29 Cost.) che l'evoluzione del diritto di famiglia a partire dalla Carta costituzionale — ma il processo si è notevolmente accelerato negli ultimi anni — mostra l'avanzare di una **visione privatistica delle relazioni di coppia** e la svalutazione del matrimonio, destinato sempre più a divenire un'unione la cui finalità essenziale è costituita dal soddisfacimento di esigenze personali, con la conseguente possibilità di rimuoverlo una volta che tale obiettivo non sia realizzabile (cfr. DOUGLAS 2000, 231; SESTA 1998, 817; SCHNEIDER 1999, 447, sebbene anche nel mondo anglosassone non manchino voci preoccupate da tali tendenze predominanti, come ad esempio, REGAN jr. 1999; HAWKINS-WARDLECOOLIDGE (a cura di) 2002). A fronte dell'ampliarsi dell'autonomia dei *partners* nel disporre del loro rapporto, avanza peraltro la consapevolezza della **necessità di rafforzare gli strumenti di tutela dei figli**, sia con riguardo ai comportamenti richiesti ai genitori, che all'intervento pubblico. In proposito, si è rilevato che « da un lato si verifica un'apparente pubblicizzazione della famiglia sotto forma di crescenti regolazioni e interventi dello Stato (nella forma del *welfare state* o stato sociale); dall'altro, e allo stesso tempo, si constata una progressiva privatizzazione dei comportamenti familiari, in termini di azioni che seguono sentimenti, aspirazioni, gusti, preferenze, aspettative e così via, apparentemente del tutto individuali e soggettivi, cioè slegati da vincoli sociali e morali di un qualche mondo comune » (DONATI 1989, 33; EEKELAAR 1997a, 187; POCAR-RONFANI 2008, 51). La situazione che complessivamente emerge può così essere riassunta: la stabilità della famiglia è nelle mani dei coniugi o *partners*, il diritto non pone regole per garantirla contro la volontà degli interessati. **Il diritto dei genitori non può però compromettere quello dei figli ad una cura idonea**: come rileva il sociologo, « emerge un diritto soggettivo un tempo non esistente, perché — appunto — considerato materia privata, ma, di più esso diventa di rilevanza pubblica, è legittimato e fatto proprio dallo Stato in quanto tale, che si impegna a realizzarlo in pratica » (DONATI 1989, 49). In altre parole, « *marriage isn't really the important issue, children are* » (KRAUSE 2000, 271; cfr., altresì, DOUGLAS 2000, 230). **5.2.** Dunque, nel contesto della rilevata progressiva privatizzazione della relazione matrimoniale, si inserisce la crescente **attenzione del diritto verso il minore**, i suoi bisogni, i suoi diritti, attenzione che di recente ha segnato in profondità il diritto di famiglia, secondo una tendenza che ulteriormente si imporrà in futuro. Sulla scorta degli orientamenti emersi in sede internazionale, si è oramai affermata una nuova considerazione della condizione del **minore**, non più soggetto incapace mero destinatario di protezione, ma individuo **titolare di diritti soggettivi** che l'ordinamento deve non solo riconoscere ma anche garantire e promuovere. La

Convenzione O.N.U., approvata a New York il 20 novembre 1989, che può considerarsi il momento più significativo di questa tendenza, predispone un organico e completo statuto dei diritti del fanciullo. Essa, peraltro, come efficacemente sottolineato (MORO 2002, 12), finisce per essere principalmente, ancora più che un codice di diritti, un vero e proprio programma anche pedagogico di formazione del minore che impegna gli Stati che l'hanno ratificata ad adottare una serie di « misure appropriate » per realizzarlo efficacemente. Uno degli aspetti più innovativi, nel contesto della **valorizzazione della personalità del fanciullo**, è l'affermazione del suo diritto a partecipare in prima persona alla propria formazione ed alle scelte che lo riguardano. In tal senso l'art. 9, c. 2, riconosce, nella procedura di separazione del figlio dai genitori, a tutte le parti interessate il diritto di partecipare e far conoscere le loro opinioni, mentre il successivo art. 12, più in generale, stabilisce **il diritto del fanciullo di esprimere la propria opinione su ogni questione che lo interessa**, in considerazione della sua età e del suo grado di maturità, direttamente o a mezzo di rappresentante. V. ora l'art. 315-bis, c. 3, c.c.

5.3. L'affermazione della centralità dei diritti del fanciullo finisce per trasformare l'intera relazione genitori-figli, nel senso che in definitiva sarebbero **i minori stessi, in base al grado di maturità raggiunta, a definire autonomamente quale sia il loro migliore interesse**; cosicché la funzione dei poteri genitoriali sarebbe quella di fornire orientamenti in un processo che è stato definito di « autodeterminazione dinamica » (EEKELAAR 1994, 42). Come si è osservato, la trasformazione è da una relazione la cui struttura prevede che la decisione circa l'interesse dei minori sia adottata indipendentemente da loro e loro imposta, ad una relazione di assistenza basata sulla comunicazione e l'interazione tra genitori e figli (EEKELAAR 1997b, 214).

5.4. Altrettanto innovativa, poi, sotto il profilo della partecipazione attiva del minore agli eventi che lo coinvolgono, è la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei bambini (Strasburgo 25 gen. 1996), ratificata dall'Italia con la l. 20 mar. 2003/77, che riconosce al **minore** dotato di sufficiente capacità di discernimento, nei procedimenti che direttamente lo interessano, **il diritto di ricevere ogni informazione pertinente, di essere consultato e di esprimere la propria opinione**, di essere informato delle eventuali conseguenze della messa in pratica della sua opinione e di ogni decisione, con **l'obbligo per l'autorità giudiziaria**, quando si ritenga che il fanciullo abbia sufficiente capacità di giudizio, **di assicurarsi**, prima di adottare ogni decisione, **del soddisfacimento dei predetti diritti** e di tenere in debito conto l'opinione espressa. Anche la Convenzione de L'Aja sulla protezione dei minori e sulla cooperazione in materia di adozione internazionale (1993) ribadisce questo **nuovo modo di guardare al bambino, alle sue esigenze, al suo benessere**. Essa rappresenta, sotto questo profilo, un ulteriore passo verso il riconoscimento dell'identità e dignità del bambino perché richiede non solo che vengano tenute in considerazione le sue opinioni, ma anche di tener conto dei suoi desideri e di informarlo debitamente sulle conseguenze derivanti dalla sua adozione (DELL'ANTONIO 2001, 97). La mutata considerazione della figura del minore è testimoniata, sul piano dell'ordinamento interno, dall'elevato numero di leggi approvate negli ultimi anni. Tra le tante, ricordiamo la l. 23 dic. 1997/451, che ha istituito la Commissione parlamentare per l'infanzia e l'Os-

servatorio nazionale per l'infanzia; la l. 27 mag. 1991/176, che ha ratificato e reso esecutiva la Convenzione sui diritti del fanciullo 20 novembre 1989; la l. 28 ago. 1997/285, contenente disposizioni per la promozione di diritti e di opportunità per l'infanzia e l'adolescenza; la l. 3 ago. 1998/269, contenente norme contro lo sfruttamento della prostituzione, pornografia e turismo sessuale in danno di minori, quali nuove forme di riduzione in schiavitù; la l. 31 dic. 1998/476, che ha ratificato la Convenzione de L'Aja del 1993 e riformato la disciplina dell'adozione internazionale; la l. 28 mar. 2001/149, che ha innovato l'adozione nazionale; la l. 5 apr. 2001/154, contenente misure contro la violenza nelle relazioni familiari. **5.5.** La tendenza di cui sopra trova significativa conferma nell'indagine comparatistica. A titolo esemplificativo, in Inghilterra sono stati emanati due testi di legge volti ad offrire una più incisiva protezione dei diritti dei minori. Si tratta del *Children Act* del 1989 e del *Child Support Act* del 1991. Il primo enfatizza la responsabilità genitoriale e predispone gli strumenti pubblici affinché sia comunque reso effettivo l'interesse del minore. Il secondo ha come scopo l'adempimento degli obblighi di mantenimento conseguenti al divorzio dei genitori, attuato da una apposita agenzia dotata di poteri quantomai estesi. **5.6.** In Italia, dopo un lungo dibattito, si era arrivati alla scelta legislativa del 2006 che ha, infatti, generalizzato l'istituto dell'**affidamento condiviso** sul presupposto che **il minore ha diritto a mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con entrambi i genitori** e a ricevere cura, educazione e istruzione da ciascuno di essi, anche dopo la loro separazione personale, lo scioglimento, l'annullamento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio. L'accento, com'è evidente, è stato posto sul **diritto soggettivo dei figli** all'affidamento condiviso, da collocare nell'ambito dei diritti della personalità; per contro, per ciascuno dei genitori la presenza nella vita dei figli non è più una facoltà ma un diritto-dovere per il quale è prevista una tutela e dal quale non ci si può sottrarre. È interessante rilevare che la disciplina della separazione relativa all'affidamento dei figli da questo momento ha trovato **applicazione** anche con riguardo **ai minori i cui genitori non sono coniugati**: altro segnale molto preciso della tendenziale irrilevanza del vincolo matrimoniale, da un lato rimovibile da ciascun coniuge, dall'altro ininfluente riguardo ai figli. **5.7.** Non v'è dubbio che la prospettiva si sia evoluta rispetto a quella che ha ispirato le grandi riforme degli anni Settanta. Ci si è resi conto che i rapporti familiari non possono essere vissuti esclusivamente in termini di libertà individuali degli adulti, ma che l'esercizio delle loro prerogative deve convivere con **il diritto dei minori a mantenere entrambe le figure genitoriali, nonostante la cessazione della convivenza**. Un simile obiettivo, certamente di difficile realizzazione se non addirittura utopico, pare disvelare una nuova, inconsueta, dimensione dell'indissolubilità dei vincoli familiari, trasferitasi oramai dal legame di coppia a quello di filiazione. Tale impostazione è stata portata a **definitivo compimento dalla riforma operata dalla l. 2012/219 e dal d.lg. 2013/154** che, dal punto di vista sistematico, ha condotto alla riorganizzazione di tutte le norme concernenti i rapporti genitori-figlio nel nuovo Titolo IX del Libro I ed ha affermato in termini generali la unicità della condizione del figlio a prescindere dal tipo di relazione che lega i genitori e dalla sua stabilità (v. *infra*, *sub artt. 337-bis ss. c.c.*).

6. Il diritto dei figli a crescere nella famiglia. **6.1.** Una delle più rilevanti esplicazioni dei principi contenuti nell'art. 30 Cost. e dell'affermazione della centralità del minore è il riconoscimento del **diritto**, che appare primario e basilare, **a crescere nella propria famiglia** (cfr. in proposito, oltre al già richiamato disposto dell'art. 315-*bis* c.c., introdotto dalla l. 2012/219, l'art. 1 l. 4 mag. 1983/184, come modificato dalla l. 28 mar. 2001/149, che ha sostituito all'espressione « diritto ad essere educato » quella, ben più pregnante, di « diritto a crescere ». Per assicurare l'effettivo soddisfacimento di tale diritto, come richiesto dall'art. 31 Cost., ed al fine di prevenire l'abbandono, sono previsti **interventi di sostegno e di aiuto** da parte dello Stato, delle regioni e degli enti locali (art. 1 l. 1983/184, come modificato dalla l. 2001/149). **6.2.** Per l'ipotesi in cui la **famiglia biologica non sia in grado di provvedere** alla crescita e all'educazione del fanciullo, la legge disciplina gli istituti dell'**affidamento** e dell'**adozione**. L'affidamento ha lo scopo di fornire un ambiente familiare idoneo al fanciullo che ne sia temporaneamente privo (art. 2 l. 1983/184), mentre con l'adozione si crea un pieno rapporto di filiazione fra soggetti che non sono uniti da vincolo di sangue (DOGLIOTTI 1990; DOGLIOTTI 1999, 307; ROSSI CARLEO 1997, 302; BIANCA-BUSNELLI-FRANCHI-SCHIPANI (a cura di) 1984, 1; FINOCCHIARO A.-M. 1983; SACCHETTI 1986; FADIGA 2003; BESSONE-FERRANDO 1984, 82; MANERA 2004; CATTANEO 1987, 94; MARELLA 2000; URSO 2001; DINACCI 2007, 469 ss.). Negli ultimi decenni l'istituto dell'adozione ha conosciuto una profonda evoluzione, che ha finito per modificarne l'originaria funzione. **In passato**, l'adozione aveva infatti principalmente lo **scopo** di consentire a soggetti privi di figli di **trasmettere il proprio cognome e il proprio patrimonio**. Tale funzione — che peraltro non è venuta meno del tutto, essendo ancora assolta dall'adozione dei maggiorenni disciplinata dagli artt. 291 ss. c.c. — **non è più quella che, attualmente**, l'istituto è chiamato a svolgere. L'adozione ha infatti fondamentalmente lo scopo di **consentire l'inserimento di un fanciullo**, privo di una famiglia che sia in grado di provvedere alle sue esigenze di vita, **all'interno di una nuova famiglia**, nell'ambito della quale possa trovare un ambiente adatto alla sua crescita. L'adozione si pone, dunque, come strumento essenzialmente diretto a tutelare l'interesse dell'adottato ad avere una famiglia idonea e, solo in via indiretta, assolve la funzione di soddisfare l'interesse degli adottanti ad avere un figlio. **6.3.** La svolta fra vecchia e nuova adozione fu attuata dalla l. 5 giu. 1967/431, che introdusse la c.d. « **adozione speciale** » — dizione in seguito abbandonata dal legislatore — avente carattere legittimante; la successiva l. 1983/184 ha adeguato la legge del 1967 ai principi espressi nella Convenzione di Strasburgo 24 aprile 1967 (ratificata dall'Italia con la l. 22 mag. 1974/357). Essa ha abolito l'originario limite massimo di età di otto anni, rendendo possibile l'adozione per tutti i minori abbandonati, ed ha altresì regolato l'adozione internazionale, la cui disciplina è stata successivamente riformata dalla l. 31 dic. 1998/476, che ha ratificato e dato esecuzione alla Convenzione de L'Aja 29 mag. 1993. Infine, con la l. 2001/149 (su cui v., per tutti, DOGLIOTTI 2001, 247) il legislatore è nuovamente intervenuto a modificare la l. 1983/184, provvedendo, fra l'altro, a cambiarne l'intitolazione — ora « Diritto del minore ad una famiglia » — e ad introdurre una nuova disciplina processuale. Il mutamento di titolo della legge non ha esclusivo carattere formale.

Esso anzi intende sottolineare l'intenzione del legislatore di **mettere al centro** della disciplina legale **l'interesse del minore** che è in prima istanza quello a crescere ed essere educato nella propria famiglia (BIANCA C.M. 2002, 912) e non può essere ostacolato dalle condizioni di indigenza dei genitori; per questo motivo sono disposti interventi di sostegno e di aiuto, e, solo quando la famiglia non sia in grado di provvedere alla crescita e all'educazione, possono trovare applicazione gli istituti dell'affidamento e dell'adozione. Il legislatore del 2001, dopo oltre trent'anni di esperienza di adozione legittimante, sembra fare un passo indietro e rendersi conto che l'**adozione** rappresenta sì una soluzione per il fanciullo abbandonato, ma anche, in molti casi, una **sconfitta per la società** che non è stata in grado di conservargli l'ambiente familiare in cui era nato, causandogli comunque un **trauma psichico non rimarginabile**. **6.4.** In questo senso, appare assai significativa, accanto alle menzionate disposizioni dell'art. 1, quella dell'art. 28, in cui, per la prima volta, si contempla il **diritto dell'adottato ad essere informato** dai genitori adottivi della propria condizione, onde evitare che segreti e menzogne disturbino le relazioni familiari e la crescita del fanciullo, che, una volta raggiunto il venticinquesimo anno di età, potrà accedere alle informazioni relative alle sue origini. Il diritto del figlio adottato di conoscere le proprie origini, quale espressione dei più generali e fondamentali diritti al rispetto della vita familiare (art. 8 CEDU, come da ultimo interpretato, con riguardo al tema in discorso, da Corte EDU 25 set. 2012 ric. 33783/09, Godelli c. Italia, NGCC, 2013, I, 103, con nota di LONG) e all'identità nazionale (art. 2 Cost.), è stato preso a riferimento dalla Corte costituzionale la quale (C. cost. 2 nov. 2013/278: FD, 2014, 11, con nota di CARBONE; CG, 2014, 471, con nota di AULETTA) ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 28, c. 7, l. 1983/184, in quanto non consente che il giudice, su richiesta del figlio, interpellati con riservatezza la madre che abbia chiesto l'anonimato, al fine di un'eventuale revoca della predetta dichiarazione di volontà, motivando significativamente la decisione sulla base della considerazione che, « mentre la scelta per l'anonimato legittimamente impedisce l'insorgenza di una "genitorialità giuridica", con effetti inevitabilmente stabilizzanti *pro futuro*, non appare ragionevole che quella scelta risulti necessariamente e definitivamente preclusa anche sul versante dei rapporti relativi alla "genitorialità naturale"; potendosi quella scelta riguardare, sul piano di quest'ultima, come opzione eventualmente revocabile (in seguito all'iniziativa del figlio, proprio perché corrispondente alle motivazioni per le quali essa è stata compiuta e può essere mantenuta) ». A seguito della pronuncia della Corte parte della giurisprudenza di merito continuava a rigettare le richieste di conoscere le proprie origini da parte del figlio di madre anonima, motivando il rigetto in ragione della mancanza di una disciplina procedimentale attuativa della sentenza 278/2013. Sul punto hanno da ultimo fatto chiarezza le S.U. della Corte di cassazione; con sentenza 25 gen. 2017/1946 (CG, 2017, n. 5, 618 ss., con nota di BUGETTI) il S.C. ha infatti affermato come i giudici di merito debbano dar corso alla richiesta del figlio che chieda di conoscere le proprie origini, e ciò con modalità procedimentali, tratte dal quadro normativo e dal principio somministrato dalla Corte costituzionale, idonee ad assicurare la massima riservatezza e il massimo rispetto della dignità della donna. Resta fermo

che il diritto del figlio trova un limite insuperabile allorché la dichiarazione iniziale per l'anonimato non sia rimossa in seguito all'interpello e persista il diniego della madre di svelare la propria identità. Ad ulteriore corollario applicativo del principio affermato dalla Corte costituzionale, la stessa Corte di cassazione ha in più occasioni affermato che il diritto dell'adottato, nato da donna che abbia dichiarato alla nascita di non volere essere nominata, ad accedere alle informazioni concernenti la propria origine e l'identità della madre biologica, sussiste e può essere concretamente esercitato anche se la stessa sia morta e non sia possibile procedere alla verifica della perdurante attualità della scelta di conservare il segreto (CC 21 lug. 2016/15024 e CC 9 nov. 2016/22838, FD, 2017, 15, con nota di ANDREOLA) **6.5**. Ancora devono ricordarsi le corrispondenti considerazioni (ribadite in C. cost. 10 giu. 2014/162, cit.), con riferimento alla tutela dell'identità genetica del nato da fecondazione assistita eterologa.

7. La protezione della maternità e dell'infanzia. **7.1.** Attraverso il disposto dell'**art. 31 Cost.**, cui si collega l'art. 37, c. 1, Cost. — che oltre a sancire la piena equiparazione della donna lavoratrice al lavoratore, pone in rilievo la necessità che il legislatore assicuri condizioni di lavoro tali da consentire alla donna l'adempimento della sua essenziale funzione familiare ed assicurare alla madre e al bambino una speciale ed adeguata protezione —, il Costituente ha inteso genericamente tratteggiare le **basi di una politica di sicurezza sociale**, demandando allo Stato l'effettiva attuazione del principio del *favor familiae* enunciato nelle disposizioni precedenti (artt. 2, 29, 30 Cost.). Già in seno all'Assemblea Costituente era stata peraltro evidenziata la necessità di non lasciare alla mera iniziativa privata gli interventi volti a promuovere la famiglia e a proteggere la maternità e l'infanzia, trattandosi di questioni pertinenti « al complessivo processo di sviluppo della società italiana » (BESSONE 1976, 136). **7.2.** Il c. 1 dell'art. 31 Cost. è segnatamente volto a promuovere la **formazione e lo sviluppo dei nuclei familiari**, attraverso la previsione di una serie di agevolazioni, alla cui concreta attuazione ha provveduto il legislatore con una articolata normativa compendiate, ad esempio, misure assistenziali, agevolazioni fiscali e tariffarie, ed assegni per il nucleo familiare: in merito, cfr. SESTA (a cura di), *Codice della famiglia*, 2^a ed., III, Milano, 2009, 4087 ss. **7.3.** In attuazione delle direttive fornite dal capoverso della norma in questione a **tutela della maternità e dell'infanzia**, meritano invece particolare considerazione gli interventi legislativi concernenti la **tutela della madre lavoratrice**, dai quali si evince — come posto in luce dalla Corte costituzionale (C. cost. 19 gen. 1987/1, D FAM, 1987, 507) — la coscienza della funzione sociale della maternità, del valore dell'inserimento della donna nel lavoro, e quindi della necessità di interventi della società volti a tutelare la maternità stessa, cui è strettamente connessa l'ulteriore tutela degli interessi del bambino, destinatario concorrente delle previsioni legislative in tema di maternità e lavoro. In tale prospettiva, vengono in considerazione la l. 9 dic. 1977/903 (Parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro), la l. 30 dic. 1971/1204 (Tutela delle lavoratrici madri); la l. 29 dic. 1987/546 (Indennità di maternità per le lavoratrici autonome) e l. 11 dic. 1990/379

(Indennità di maternità per le libere professioniste), d.lg. 26 mar. 2001/151 (Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità), dalle quali peraltro si evince come la *ratio* di precipua ed esclusiva protezione della donna abbia lasciato il posto a quella di difesa dell'interesse del bambino « che va tutelato non solo per ciò che attiene ai bisogni più propriamente fisiologici, ma anche in riferimento alle esigenze di carattere relazionale ed affettivo che sono collegate allo sviluppo della sua personalità » (C. cost. 21 apr. 1993/179). Cfr. SESTA (a cura di), *Codice della famiglia*, 2^a ed., III, Milano, 2009, 4087 ss. L'interesse del minore a ricevere cura all'interno della famiglia è garantito da fonti normative sovranazionali quali l'art. 33 della Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea (al cui commento si rinvia), il quale indica specifici strumenti di bilanciamento tra la vita familiare e la vita lavorativa della donna (*id est* il divieto di licenziamento per motivi legati alla maternità e il diritto ai congedi retribuiti). Tali strumenti, tradizionalmente indirizzati alla protezione del rapporto tra la madre e il figlio, sono poi stati estesi alla tutela e alla promozione della relazione del figlio anche con l'altro genitore, in una prospettiva che valorizza non solo il principio di parità di trattamento tra i sessi, ma anche l'interesse del figlio a ricevere cura da entrambi i genitori.

LEGGE 20 MAGGIO 2016, N. 76

Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze

Art. 1 *La presente legge istituisce l'unione civile tra persone dello stesso sesso quale specifica formazione sociale ai sensi degli articoli 2 e 3 della Costituzione e reca la disciplina delle convivenze di fatto.*

C. 1

a cura di **MICHELE SESTA**

BIBLIOGRAFIA

BONA, *Cenni sulla fattispecie della "convivenza di fatto"*, FI, 2017, II, 42; BUFFONE, GATTUSO, WINKLER, *Unione civile e convivenza*, Milano, 2017; CALVIGIONI, PALMIERI, PIOLA, *Unioni civili e convivenze di fatto*, Bologna, 2017; OLIVERO, *Unioni civili e presunta licenza di infedeltà*, RTDPC, 2017, 212 ss.; PASCUCCI, *La costituzione del vincolo di unione civile tra norme di legge, disciplina transitoria ed assetto definitivo della materia*, NLCC, 2017a 219 ss.; PASCUCCI, *L'attuazione "definitiva" della legge sulle unioni civili. Prime riflessioni a margine del d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 5*, in *I Servizi demografici*, 2017b, 7 ss.; AA.VV., *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze*, TORINO, 2016; AL MUREDEN, *Le famiglie ricomposte tra matrimonio, unione civile e convivenze*, FD, 2016, 966 ss.; ARCERI, *Unioni civili, convivenze, filiazione*, FD, 2016, 958 ss.; ASTONE, *I regimi patrimoniali delle unioni civili nella legge n. 76/2016: opzioni legislative e principio di non discriminazione*, FD, 2016, 902 ss.; BALESTRA, *Unioni civili e convivenze di fatto: brevi osservazioni in ordine sparso*, *giustiziacivile.com*, 2016a, 4; BALESTRA, *La convivenza di fatto. Nozione, presupposti, costituzione e cessazione*, FD, 2016b, 919 ss.; BIANCA M., *Le unioni civili e il matrimonio: due modelli a confronto*, *giudicedonna.it*, 2016; BONILINI, *La successione mortis causa della persona "unita civilmente" e del convivente*, FD, 2016, 980 ss.; BUGETTI, *Il cognome comune delle persone unite civilmente*, FD, 2016, 911 ss.; CAMPIONE, *L'unione civile tra disciplina dell'atto e regolamentazione dei rapporti di carattere personale*, in AA.VV. 2016; CARBONE, *Riconosciute le unioni civili tra persone dello stesso sesso e le convivenze di fatto*, FD, 2016, 848 ss.; CASABURI G., *Le unioni civili tra persone dello stesso sesso nella l. 20 maggio 2016, n. 76*, FI, 2016, I, 1, 2246 ss.; DANOVÌ, *L'intervento giudiziale nella crisi dell'unione civile e della convivenza di fatto*, FD, 2016, 995 ss.; DE FILIPPIS, *Unioni civili e contratti di convivenza*, Milano, 2016; DELL'OSTA, SPADARO, *Unioni civili e convivenze: tutte le novità*, Milano, 2016; DOGLIOTTI, *Dal concubinato alle unioni civili e alle convivenze (o famiglie?) di fatto*, FD, 2016, 868 ss.; FERRANDO, *Le unioni civili: la situazione in Italia alla vigilia della riforma*, *juscivile.it*, 2016a, 3; FERRANDO, *La disciplina dell'atto. Gli effetti: diritti e doveri*, FD, 2016b, 889 ss.; FIGONE, *Lo scioglimento*, in AA.VV., *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze*, TORINO, 2016; GATTUSO, *Cosa c'è nella legge sulle unioni civili: una prima guida*, *articolo29.it*; GIUSTI, VETTORI, *Famiglia di fatto ed unioni civili: verso un nuovo modello di famiglia*, *giustiziacivile.com*, 2016, 1; GORGONI (a cura di), *Unioni civili e convivenze di fatto, l. 20 maggio 2016, n. 76*, Rimini, 2016; IORIO, *Il disegno di legge sulle "unioni civili" e sulle "convivenze di fatto": appunti e proposte sui lavori in corso*, NLCC 2015, 1014 ss.; LENTI, *Convivenze di fatto. Gli effetti: diritti e doveri*, FD, 2016a, 931 ss.; LENTI, *La nuova disciplina della convivenza di fatto: osservazioni a prima lettura*, *juscivile.it*, 2016b, 4; OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, FD, 2016, 943 ss.; PISCHETOLA, *Profili fiscali delle convivenze. Imposte indirette*, FD, 2016, 1013 ss.; PITTARO, *I profili penali della legge 76/2016*, FD, 2016, 1007 ss.; QUADRI E., *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze: osservazioni (solo) a future memoria?*, *giustiziacivile.com*, 2016a, 4; E. QUADRI, *Unioni civili. Disciplina del rapporto*, NGCC, 2016b, 1688 ss.; ROMEO, VENUTI, *Relazioni affettive non matrimoniali: riflessioni a margine del d.d.l. in materia di regolamentazione delle unioni civili e disciplina delle convivenze*, NLCC 2016, 971 ss.; SCHLESINGER, *La legge sulle unioni civili e la disciplina delle convivenze*, FD, 2016, 845 ss.; SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, VII ed., Padova, 2016a; SESTA, *La disciplina dell'unione*

civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare, FD, 2016b, 881 ss.; TOMMASEO, *Profili processuali della legge sulle unioni civili e le convivenze*, FD, 2016, 991 ss.; TROIANO, *Unioni civili: in attesa dei decreti legislativi, uno sguardo al decreto « ponte » per la tenuta dei registri dello stato civile* (Parte prima), SI, 2016a, 1265 ss.; TROIANO, *Unioni civili: in attesa dei decreti legislativi, uno sguardo al decreto « ponte » per la tenuta dei registri dello stato civile* (Seconda parte), SI, 2016b, 1428 ss.; M. TRIMARCHI, *Il disegno di legge sulle unioni civili e sulle convivenze: luci e ombre*, *juscivile.it*, 2016a, 1; TRIMARCHI, *Unioni civili e convivenze*, FD, 2016b, 859 ss.; BELLETTI, *Le Unioni di persone dello stesso sesso in attesa di un intervento legislativo tra giurisprudenza costituzionale, dei giudici comuni e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Ephemerides iuris canonici*, 2015a, 426 ss.; BELLETTI, *La sollecitazione del « fatto ». Nella conformazione delle unioni di persone dello stesso sesso*, in *Percorsi costituzionali*, 2015b, 193 ss.; COLETTI, *Grammatica dell'italiano adulto*, Bologna, 2015; PATTI S., *Le unioni civili in Germania*, FD, 2015, 958 ss. SEGNI, *Unioni civili: non tiriamo in ballo la Costituzione*, NGCC, 2015, 707 ss.; SESTA, *sub art. 29 Cost.*, in SESTA (a cura di), *Codice della famiglia*, III ed., Milano, 2015; RENDA, *Il matrimonio civile. Una teoria neo-istituzionale*, Milano, 2013. BALESTRA, *L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive*, Tr. BES, IV, in AULETTA (a cura di) *Famiglia e matrimonio*, I, Torino, 2010, 22 ss.; SESTA, *Le convivenze tra libertà, solidarietà e public policy*, in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, II, Milano, 2006; ZANETTI, SESTA, *La coppia di fatto tra morale e diritto. Opinioni a confronto*, FA 2004, 659 ss.; ZANETTI, *La coppia di fatto tra diritto e morale*, in ZANETTI (a cura di), *Elementi di etica pratica. Argomenti normativi e spazi del diritto*, Roma, 2003.

SOMMARIO

1.1. Premessa. — **2.** L'unione civile quale strumento di tutela dei diritti inviolabili della persona omosessuale. — **3.** Unione civile e matrimonio a confronto. — **4.** Le convivenze. — **5.** Contenuto della disciplina (cenni). — **6.** La convivenza e il rapporto di filiazione: rinvio.

1. Premessa. 1.1. Dopo numerosi tentativi di legiferare non andati a buon fine, il Parlamento ha approvato la l. 20 mag. 2016/76, recante « Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze », provvedimento che è destinato a produrre un profondo mutamento nella struttura giuridica delle relazioni familiari, già notevolmente innovata a seguito della riforma della filiazione del 2012/2013 (cfr. *sub art. 30 Cost.*). Le nuove disposizioni, in maniera complementare rispetto a quelle che hanno introdotto lo stato unico di figlio, intervengono sul rapporto di coppia, dando forma, accanto a quello fondato sul matrimonio, a due nuovi tipi legali: l'unione civile (art. 1, c. 1-35, l. 2016/76), indirizzata a coppie di persone maggiorenni dello stesso sesso, e le convivenze di persone maggiorenni di diverso o dello stesso sesso, unite stabilmente da legami affettivi e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile (art. 1, c. 36 ss., l. 2016/76). **1.2.** È opportuno ricordare nuovamente che la materia delle convivenze omosessuali, nell'ultimo ventennio, è stata regolamentata in vario modo in numerosi Paesi, europei ed extraeuropei. Le forme di protezione accordate entro i confini dell'Europa variano da Stato a Stato. Dopo una prima fase di equiparazione delle coppie di persone dello stesso sesso ai conviventi *more uxorio*, con conseguente accesso alle forme di tutela previste nei singoli ordinamenti in favore di dette unioni, si è andata consolidando la tendenza ad ammettere le coppie omosessuali a contrarre il matrimonio civile. La prima legge che si è occupata del fenomeno è stata quella danese, del 1989. Essa, in un primo tempo, aveva adottato il modello per cui la registrazione dell'unione produceva i medesimi effetti giuridici del matrimonio, salvo quanto previsto in ma-

teria di adozione e di responsabilità genitoriale. Il modello è stato seguito negli anni successivi pressoché in tutti i Paesi dell'Unione, eccetto Bulgaria, Lettonia, Lituania, Polonia, Romania, Slovacchia, attualmente gli unici Paesi rimasti privi di una disciplina dell'unione registrata. **1.3.** Occorre ricordare che, successivamente, Olanda (2001), Norvegia (2008), Svezia (2008), Islanda (2010) e la stessa Danimarca (2012) hanno superato il modello della *registered partnership*, ed hanno esteso la possibilità di contrarre **matrimonio** alle coppie dello stesso sesso. Le nuove leggi dimostrano che si sono volute privilegiare le scelte inerenti alla parità di trattamento, già anticipate ma non compiutamente realizzate dalla figura della *registered partnership*. Tale orientamento è stato seguito anche da altri Paesi europei, quali il Belgio (2003), la Spagna (2005), il Portogallo (2010) e, di recente, anche la Finlandia (2013), la Francia (2013), l'Inghilterra (2013), il Lussemburgo (2014), la Grecia (2015) e l'Irlanda (2015), che hanno riconosciuto la possibilità di contrarre matrimonio alle coppie omosessuali. **1.4.** Con particolare riguardo all'**ordinamento francese**, è già da tempo in vigore la legge istitutiva del *pacte civil de solidarité* (1999). Sotto un primo profilo, essa contiene una definizione espressa del *concubinage* e, contrariamente a quanto aveva deciso la *Court de cassation* fin dal 1989, stabilisce che è convivenza *more uxorio* anche quella tra persone dello stesso sesso. In secondo luogo, essa istituisce la figura del *pacte*, avente natura contrattuale e definita dalla legge come « un contratto concluso da due persone fisiche maggiorenni, di sesso diverso o dello stesso sesso, per organizzare la loro vita in comune » (art. 515-1). Per concludere un siffatto contratto, è necessario che le parti non si trovino fra loro legate da un legame di parentela o affinità né da precedente vincolo matrimoniale o da altro *pacte civil*. Al fine di acquisire rilevanza pubblica il contratto va iscritto in un apposito registro presso il *tribunal d'Instance*. I *partners* legati da un *pacte civil de solidarité* sono obbligati solidalmente nei riguardi dei terzi per i debiti contratti da uno di loro per i bisogni della vita corrente e per le spese relative all'alloggio comune (art. 515-4). I beni costituenti l'arredo acquistati a titolo oneroso successivamente alla conclusione del *pacte* si presumono comuni per metà, salvo che la convenzione abbia escluso detta presunzione o abbia previsto quote diverse (art. 515-5). Gli altri beni, se l'atto di acquisto non disponga diversamente, sono soggetti alla medesima regola della presunzione di comunione per metà (art. 515-5, c. 2). Alla conclusione di un *pacte* inerisce anche una serie di diritti di natura pubblicistica, solitamente collegati allo *status* matrimoniale ed estesi alla predetta figura. Si tratta della possibilità di presentare dichiarazione dei redditi congiunta (ma solo dopo il terzo anno di vita in comune), di ottenere integrazioni al reddito in caso di morte del *partner*, di ottenere — se dipendenti pubblici — le ferie nello stesso periodo ed un posto di lavoro nelle vicinanze l'uno dell'altro, nonché il subentro nel contratto di locazione. Il *pacte* può essere sciolto, oltre che per morte di una parte, per mutuo consenso, per volontà unilaterale e a seguito della celebrazione di matrimonio, ciò che ne evidenzia il carattere di instabilità che contribuisce a differenziarlo dal matrimonio e dalla *registered partnership*. Come accennato, è stato poi riconosciuto anche in Francia (*Loi n. 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*) il diritto delle coppie omosessuali di sposarsi e di adottare figli, in forza dell'art. 143 del codice

civile, che ora stabilisce che « Il matrimonio è contratto tra due persone di sesso opposto o dello stesso sesso ». **1.5.** Una siffatta evoluzione delle normative nazionali è stata promossa dalla Corte Edu (cfr. *supra*, *Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, sub artt. 8 e 12) e dalla Corte di giustizia in relazione alla Carta dei diritti fondamentali della UE (cfr. *supra*, Carta di Nizza, artt. 7 e 9), nonché dal **Parlamento europeo** con varie risoluzioni, che mirano alla rimozione di ogni forma di discriminazione verso le persone omosessuali e richiedono un maggiore impegno della Commissione e degli Stati membri nella tutela delle relazioni familiari fra persone dello stesso sesso, attraverso l'apertura del matrimonio civile o di uno « strumento giuridico equivalente ». Fra le tante si segnalano le risoluzioni dell'8 febbraio 1994, del 16 marzo 2000 e del 26 aprile 2007, nonché, da ultimo, la « Risoluzione del Parlamento europeo del 4 febbraio 2014 sulla tabella di marcia dell'UE contro l'omofobia e la discriminazione legata all'orientamento sessuale e all'identità di genere », per la quale « gli Stati membri che hanno adottato normative in materia di convivenza, unioni registrate o matrimoni di coppie dello stesso sesso dovrebbero riconoscere le disposizioni affini adottate da altri Stati membri ». **1.6. Fuori dai confini europei**, si sono registrate aperture legislative in favore del matrimonio fra persone dello stesso sesso in Canada (2005), Sud Africa (2006), Argentina (2010), Uruguay (2013), Nuova Zelanda (2013), nonché, anche grazie all'intervento delle Corti, Brasile (2013) e Colombia (2015). Negli Stati Uniti, la Corte Suprema americana ha, di recente, dichiarato contrario alla Costituzione il *Defense of marriage act*, legge federale che definisce matrimonio soltanto quello concluso tra un uomo e una donna, in quanto definire « matrimonio » solo quello che può essere concluso tra un uomo e una donna « costituisce una privazione della libertà delle persone che è protetta dal quinto emendamento ». In particolare, la sentenza ha esteso i diritti federali connessi al matrimonio a tutte le coppie omosessuali già legalmente sposate in base alla legislazione dei singoli Stati che ammettono l'unione coniugale tra persone dello stesso sesso; inoltre, detti diritti sono stati riconosciuti dalla Corte anche ai coniugi omosessuali residenti negli stati americani in cui tali matrimoni non siano ammessi. **1.7.** Tornando all'ordinamento interno, un primo rilievo è che, mediante la nuova legge, il legislatore ha ampliato le opzioni istituzionali disponibili (cfr. ZANETTI, 2003, 147; ZANETTI, SESTA, 2004, 659 ss.; SESTA, 2006, 483), specie per le coppie dello stesso sesso, che non ne avevano alcuna; ma anche, a ben vedere, per quelle eterosessuali, che ora possono modellare la loro relazione secondo differenti livelli di assunzione di reciproche responsabilità. Questo **non significa** ovviamente che i tre modelli legali siano da considerarsi nella sostanza **indifferenziati ed equivalenti**, posto che la disciplina di ciascuno di essi si presenta in concreto notevolmente distinta. Il che vale non solo per la convivenza, etero e omosessuale, la cui regolamentazione “leggera” nasce dal fatto che la libertà di stare assieme al di fuori dei lacci legali non può essere misconosciuta, ma anche per l'unione civile, il cui statuto, pur nato dalla costola di quello matrimoniale, si discosta notevolmente da esso. Ciò a cominciare dal nome stesso e dalla sua mancata collocazione nel codice civile, che risponde alla medesima — certamente discutibile — *ratio* per cui neppure il divorzio ivi abbia trovato sede, ed anzi

neppure sia stato così chiamato dal legislatore, se non di sfuggita, come nell'art. 6, l. 10 nov. 2014/162. **1.8.** Una chiosa sul **nome** dell'istituto, unione civile, che appare più esatto di unioni civili, forma plurale che compare nella rubrica della legge senza giustificazione, stante l'unicità della fattispecie sottesa. Unione civile è nome volutamente differenziato da quello dell'unione coniugale, il matrimonio, che reca in sé l'essenza originaria del vincolo, cioè la generazione. A ben vedere, tuttavia, l'attributo *civile*, riferito all'unione, grazie all'assonanza con l'espressione *matrimonio civile*, contribuisce a mettere in luce la natura della relazione, nonostante la genericità del sostantivo unione. Certamente, il risultato, sul piano lessicale, non è brillante: unione civile è espressione poco evocante e di sapore vagamente burocratico; meglio suona quella tedesca *Lebenspartnerschaft*, che porta il riferimento alla comunione di vita (cfr. PATTI S., 2015, 958 ss.; RENDA 2013, 240). Più in generale, può dirsi che le nuove figure legali evidenzino **l'assenza di vocaboli capaci di identificarle in modo adeguato**, con riguardo sia al nome degli istituti — come si è visto per l'unione civile e lo stesso vale per le convivenze regolate ai c. da 36 a 67 art. 1, l. 2016/76 —, sia a quello dei soggetti che in dette comunanze di vita svolgono la loro personalità, asetticamente denominati, per l'unione civile, parti, con evidente richiamo alla terminologia contrattuale, anche se invero il vocabolo viene talvolta utilizzato nel codice per indicare i coniugi (cfr. art. 107 c.c.); e, per le convivenze, « conviventi di fatto », così definiti dallo stesso legislatore che ne disciplina le relazioni. In proposito (BRUCKNER P., *Il matrimonio d'amore ha fallito?*, Parma, 2011, 83,) si è osservato che ciò è indice della difficoltà di pensare a un legame fuori del contesto coniugale proprio mentre sembrano ripeterlo. Il che non meraviglia, visto che il lessico delle relazioni familiari — formatosi in un contesto in cui le nuove figure, tanto quelle relative alla coppia, dello stesso sesso o anche di diverso ma fuori del matrimonio, che ai legami di filiazione, non solo non erano come oggi politicamente corrette, ma anzi erano fortemente osteggiate dalla morale comune e dal diritto — usava parole divenute inattuali, non ancora adeguatamente sostituite (per i rapporti tra lingua e cultura cfr. V. COLETTI, 2015, 79 ss). **1.9.** In ogni caso, occorre rimarcare che rispetto al recente passato, la disciplina dei rapporti familiari si è capovolta. Prima della riforma della filiazione vi era una pluralità di *status filiationis* — legittima, naturale riconosciuta, naturale non riconosciuta o non riconoscibile — ed un unico modello legale regolante la relazione di coppia, cioè il matrimonio; ora, il rapporto di filiazione si conforma ad un unico stato di figlio, mentre quello di coppia è divenuto plurale, potendo assumere le forme del matrimonio, dell'unione civile, delle — a loro volta multiformi — convivenze. È corrente l'opinione che il nuovo diritto, cioè la richiamata legge, abbia **inteso dare spazio, più spazio, ai sentimenti nella disciplina degli istituti familiari**, e, così facendo, abbia voluto riconoscere dignità a tutte le relazioni affettive. A ben vedere, il tema della rilevanza dei sentimenti nei vincoli familiari e specie coniugali è carico di ambiguità. Per secoli i sentimenti, che oggi consideriamo costituire la **base “naturale” delle relazioni coniugali e genitoriali**, sono stati sostanzialmente ignorati dal diritto di famiglia; solo la riforma del 1975 e, qualche anno prima, la legge introduttiva del divorzio e quella sull'adozione speciale avevano attribuito valenza giuridica a profili pro-

priamente affettivi, mentre, in precedenza, la famiglia era regolata come istituzione portatrice di interessi propri e superiori a quelli dei singoli membri che la componevano. Di qui regole severe, quali l'indissolubilità del matrimonio, la sostanziale irrilevanza dell'errore nel matrimonio, la separazione per colpa, la condizione deteriore dei figli c.d. illegittimi e così via (SESTA 2016a, 1 ss.). Regole oggi ampiamente superate sia nel contesto del matrimonio che, più ancora, con riguardo al legame dei civilmente uniti, che è individuale e contrattuale, e apre un nuovo spazio, nell'ambito dei rapporti familiari, ai sentimenti che legano persone dello stesso sesso, che fino ad ora non potevano conseguire un riconoscimento legale del loro legame.

2. L'unione civile quale strumento di tutela dei diritti inviolabili della persona omosessuale. **2.1.** Si è già molto discettato sulla natura dell'unione civile: da varie parti si è in qualche modo lamentato che la sua disciplina non coincida con quella del matrimonio, prospettandosi violazione del principio d'eguaglianza o del divieto di non discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale (cfr., ad es., GATTUSO, 2016, il cui pensiero è condiviso da OBERTO, 2016, 31); mentre, secondo altro opposto orientamento, sarebbe censurabile proprio la sua sostanziale sovrapposizione al matrimonio, che consentirebbe di dubitare della compatibilità del nuovo istituto con l'art. 29 Cost. (BELLETTI 2015a, 426 ss.; BELLETTI 2015b, 193 ss.). Si è anche scritto che non sussista alcuna preclusione costituzionale ad estendere alle unioni omosessuali le regole del matrimonio (SEGNI 2015, 707). Ad avviso di chi scrive, nessuna delle posizioni richiamate appare condivisibile, considerato che, come precisato dalla Corte costituzionale nelle note sentt. 2010/138 (C. cost. 15 apr. 2010/138, IUS, 2010, 311, con nota di COSTANZA e GC 2010, I, 1294) e 2014/170 (C. cost. 11 giu. 2014/170, *giustiziacivile.com*, 19 giu. 2014, con nota di BALESTRA e FD 2014, 861, con nota di BARBA, e FI 2014, 2685, con nota di PATTI S.), « la nozione di matrimonio presupposta dal Costituente [...] è quella stessa definita dal codice civile del 1942, che stabiliva (e tuttora stabilisce) che i coniugi dovessero essere **persone di sesso diverso** » (sentenza n. 138/2010). L'unione tra persone dello stesso sesso è, dunque, « forma alternativa (e diversa) dal matrimonio » (C. cost. 11 giu. 2014/170, cit.; in argomento, cfr. RENDA, 2013, 200). **2.2.** Occorre pertanto procedere all'analisi della relazione tra gli istituti del matrimonio e dell'unione civile, che può prendere le mosse dall'art. 1, c. 1, della novella, che « istituisce l'unione civile tra persone dello stesso sesso quale **specifica formazione sociale ai sensi degli articoli 2 e 3 della Costituzione** ». È stata messa in luce l'ambiguità di questa previsione (cfr. BALESTRA 2016a, 4), che conferisce la qualifica in questione solo all'unione civile e non alle convivenze, disciplinate dai c. 36-65 dell'art. 1 della l. 2016/76, le quali peraltro già l'hanno conseguita da almeno quarant'anni ad opera della giurisprudenza, che, più di recente, l'ha estesa anche alla convivenza tra persone omosessuali (cfr. CC 21 apr. 2015/8097, CG 2015, 1048, con nota di PATTI S.; CC 9 feb. 2015/2400, CG 2015, 915 ss., con nota di FERRANDO; CC 15 mar. 2012/4184, D FAM 2012, 696, e GI 2012, 1669, con nota di CALEVI). Probabilmente il legislatore ha così voluto enfatizzare — sul piano politico

— il risultato che si apprestava a conseguire, non rendendosi conto che ciò, in ultima analisi, finiva per sminuire la realtà della coppia omosessuale, quasi si trattasse di una creazione del potere legislativo piuttosto che di una forma di comunanza di vita che si rinviene nell'esperienza sociale (C. cost. 15 apr. 2010/138, cit.). Meglio sarebbe stato che il legislatore, anziché istituire l'unione civile, si fosse limitato a regolarla, conformemente del resto a quanto enunciato nella rubrica.

2.3. Non v'è dubbio, in ogni caso, che il richiamo agli artt. 2 e 3 Cost. da parte del legislatore che istituisce l'unione civile sia significativo ed assuma una **notevole valenza euristica**. In prima approssimazione, è necessario sottolineare che, nella citata disposizione di apertura, non sia richiamato l'art. 29 Cost., il che già consente di ritenere che questa nuova, specifica — come lo stesso legislatore non manca di sottolineare — **formazione sociale non si sovrapponga alla famiglia matrimoniale**, e che, quindi, nella stessa intenzione del legislatore, matrimonio e unione civile sono, in linea di principio, differenti. È interessante, poi, mettere a confronto il diverso linguaggio dell'art. 29 Cost. rispetto a quello dell'art. 1, c. 1, l. 2016/76: l'odierno legislatore « **istituisce** », cioè crea, l'unione civile, che dunque si appalesa istituto del diritto positivo, nato per volontà legislativa, che non partecipa della natura che la Costituzione « **riconosce** » ai diritti della famiglia matrimoniale (cfr. RENDA, 2013, 46; SESTA, 2015, 81). Sulla diversa rilevanza costituzionale della famiglia matrimoniale rispetto ad altre formazioni familiari non fondate sul matrimonio v. commento *sub* art. 2 Cost. Quanto precede vale anche, e più ancora, per l'unione civile, che dunque può dirsi sia stata istituita per apprestare specifica tutela ai diritti inviolabili delle persone omosessuali — e non alla “istituzione” in sé, come invece accade per quella familiare —, che avevano infatti trovato riconoscimento in via giurisprudenziale anche prima della legge 2016/76: cfr. C. cost. 15 apr. 2010/138, cit., e C. cost. 11 giu. 2014/170, cit.; nella giurisprudenza di legittimità v. le già richiamate CC 21 apr. 2015/8097; CC 9 feb. 2015/2400 e CC 15 mar. 2012/4184, nonché, con riferimento all'affidamento del figlio al genitore legato a *partner* dello stesso sesso, CC 22 giu. 2016/12962; CC 11 gen. 2013/601, FD, 2013, 570, con nota (critica) di RUSCELLO. Cfr. anche la giurisprudenza della Corte EDU, la quale ha ricondotto le convivenze omosessuali nell'alveo della nozione di « vita familiare » da tutelare ai sensi dell'art. 8 della CEDU (Corte EDU, sez. I, 24 giu. 2010, *Schalk e Kopf c. Austria*, *hudoc.echr.coe.int*), anche in difetto di “coabitazione”, purché il rapporto abbia carattere di “stabilità” (Corte EDU, Grande camera, 7 nov. 2013/29381, *Vallianatos et al. c. Grecia*, NGCC, 2014, 703 ss., con nota di PIRRONE), nonché, da ultimo, in un caso che ha visto coinvolto (e condannato) lo Stato italiano, riconosciuto l'esistenza di un'obbligazione positiva in capo all'Italia — ma verosimilmente a carico di tutti gli Stati firmatari della Convenzione che non prevedano né il matrimonio né altra forma di riconoscimento delle coppie omosessuali — di introdurre un regime legale per le unioni di persone dello stesso sesso: sia esso o meno “matrimonio” è questione lasciata al margine di apprezzamento degli Stati (Corte EDU, sez. IV, 21 lug. 2015, *Oliari et al. c. Italia*, FD, 2015, 1069, con nota di BRUNO, e NGCC 2015, 575 ss., con nota di LENTI). Non solo: la Corte ha altresì ricompreso nella nozione di « vita familiare » il legame verticale che si stabilisce tra il *partner* omosessuale ed i figli del convi-

vente, aprendo la strada alle adozioni coparentali per le coppie dello stesso sesso, ossia all'adozione da parte del *partner* omosessuale dei figli dell'altro (cfr. Corte EDU, Grande camera, 19 feb. 2013, *X et al. c. Austria*, GI 2013, 1764 ss., con nota di POLI, e NGCC 2013, 525 ss., con nota di FATTA, WINKLER). Su questi *amplius* commenti *sub* artt. 8 e 12 CEDU e *sub* art. 1, c. 20, l. 2016/76. **2.4.** In breve, può dirsi che dallo stesso art. 1, c. 1, della legge possa desumersi che **l'unione civile si collochi su un piano diverso da quello proprio della famiglia dell'art. 29 Cost.** e che si tratti di entità non omogenee. Sotto tale profilo appare più ambiguo, e forse inopportuno, il richiamo all'art. 3 Cost., che, se da un lato — sempre in chiave politica — sembra voler rimarcare la “pari opportunità” che la legge attribuisce alle persone omosessuali, dall'altro, inevitabilmente, pone il dubbio — invero da più parti affacciato, ma, a parere di chi scrive, infondato — che l'unione civile rechi in sé una irragionevole *deminutio* e che il principio d'eguaglianza finisca per esigere l'apertura del matrimonio anche a persone dello stesso sesso.

3. Unione civile e matrimonio a confronto. 3.1. La differenza tra unione civile e matrimonio — ricavabile, come si è detto, sin dalla disposizione di apertura della nuova legge — trova conferma nell'analisi della specifica disciplina contenuta ai c. 2-33 dell'art. 1, l. 2016/76 (CAMPIONE, 2016, *passim*). Al proposito occorre considerare preliminarmente che l'art. 1, c. 20, della l. 2016/76 (al cui commento si rinvia), da un lato, espressamente stabilisce che le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e quelle contenenti la parola coniuge o un termine equivalente si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile, ma, dall'altro, precisa che detto principio vale con riferimento a tutte le leggi e agli atti aventi forza di legge ma non alle norme del codice civile non richiamate espressamente dalla l. 2016/76, nonché a quelle della legge sull'adozione. Il che conferma, sotto altro riguardo, che l'unione civile non è sovrapponibile al matrimonio, specie dal punto di vista della filiazione e dell'adozione, le cui disposizioni — come precisato nella parte finale del predetto c. 20 — “restano ferme”; ciò che — sembra a chi scrive, ma la questione è stata autorevolmente decisa in senso contrario (CC 22 giu. 2016/12962, *De Jure Giuffrè*, e *Ifamiliarista.it*, 22 giu. 2016, con nota di FIGONE) — comporta che la coppia omosessuale non sia ammessa all'adozione neppure nei casi particolari di cui all'art 44, l. n. 1983/184 (v. *sub* art. 1, c. 20, l. 2016/76 Parte I § 5 e Parte II). **3.2.** Venendo nello specifico alla disciplina dell'unione civile, sempre allo scopo di ricostruirne la natura, può brevemente osservarsi quanto segue. In primo luogo, **la legge non menziona**, né direttamente né indirettamente, le **disposizioni relative alla affinità (art. 78 c.c.)**, cioè il vincolo tra un coniuge e i parenti dell'altro coniuge, pur richiamando (al c. 19 dell'art. 1, l. 2016/76) il Titolo XIII del Libro primo e, quindi, anche gli artt. 433, nn. 4 e 5, e 434 c.c. in tema di obblighi alimentari, che contemplano tra gli obbligati i suoceri, il genero e la nuora. Pare quindi che nessun vincolo giuridico venga a crearsi tra una parte dell'unione e i parenti dell'altra parte e che il richiamo agli obblighi alimentari tra affini, che pur è stato effettuato, sia privo di effetti in quanto il relativo vincolo non può sorgere tra parte dell'unione e parenti dell'altra parte,

stante appunto il mancato richiamo dell'art. 78 c.c. e la generale previsione dell'art. 1, c. 20 (*contra*, OBERTO, *I rapporti patrimoniali*, cit., 53, il quale ritiene che in forza del predetto richiamo alle norme in materia alimentare troveranno applicazione anche gli obblighi previsti per suoceri, generi e nuore). Il dato è significativo, perché l'affinità, come i vincoli di parentela, che pure non vengono in rilievo a proposito dell'unione civile, è conseguenza della **capacità espansiva del matrimonio** (RENDA, 2013, 121, nt. 290, e 166 ss.), che non è invece attribuita all'unione, i cui effetti sostanzialmente riguardano solo i membri della coppia che la costituiscono. **3.3.** Ancora, la legge non richiama le disposizioni relative alla **promessa di matrimonio, all'ammissione del minore al matrimonio, alle pubblicazioni, alle opposizioni**, e, soprattutto, alla **celebrazione**. L'art. 1, c. 2, dispone, in maniera stringata, che due persone maggiorenni dello stesso sesso possono costituire un'unione civile mediante dichiarazione di fronte all'ufficiale di stato civile ed alla presenza di due testimoni. Comparando questa disposizione con quelle del codice civile che regolano la celebrazione del matrimonio (artt. 97-113 c.c.) emergono significative differenze, a cominciare dal mancato ricorso alla parola "celebrazione", sostantivo, quest'ultimo, che reca con sé l'idea di un rito solenne, qual è nel comune sentire quello matrimoniale, e che il legislatore evita di usare all'art. 1, comma 2, ove, con linguaggio contrattuale, si legge che la costituzione avviene mediante dichiarazione di fronte all'ufficiale di stato civile ed alla presenza di due testimoni, senza peraltro che neppure sia precisato il contenuto di tale dichiarazione. Inoltre, il comma 3, lungi dal riproporre la formula dell'art. 107 c.c., secondo la quale l'ufficiale dello stato civile dichiara che le parti « sono unite in matrimonio », si limita sbrigativamente a disporre che costui, senza evidentemente pronunciare alcuna consimile formula solenne, « provvede alla registrazione degli atti di unione civile tra persone dello stesso sesso nell'archivio dello stato civile » (v. *amplius sub* art. 1, c. 2, l. 2016/76 e d.lgs. 2017/5). Ancora, il mancato richiamo legislativo dell'art. 108 c.c. (« Inappponibilità di termini e condizioni »), e sua conseguente inapplicabilità ai sensi della preclusione del c. 20, parrebbe *prima facie* rendere ammissibile un'unione civile "a tempo", ossia stipulata per una durata convenuta dalle parti. Ma a più attenta analisi la tesi non è percorribile, posto che — come esattamente osservato (QUADRI 2016b, 1693) — « la incompatibilità ontologica di una eventuale delimitazione dell'efficacia — sotto il profilo temporale o funzionale — di un atto costitutivo di uno *status* così ricco di contenuti [...] osta alla valorizzazione della dimenticanza del legislatore, onde attribuire ad essa una portata conformativa dell'unione civile in contrapposizione al matrimonio »; pare dunque corretto ritenere — come già da altri evidenziato — si sia trattato di una « clamorosa svista » (TRIMARCHI M., 2016b, 863-864; QUADRI E. 2016b, 1692; PASCUCCI 2017a). Altra questione è quella data dal mancato richiamo da parte della legge degli artt. 130 ss. c.c. che, sia pur in casi eccezionali, consentono la prova della celebrazione del matrimonio tramite mezzi alternativi all'atto di stato civile; sì che stando al c. 20 della legge — che impedisce di fare applicazione delle norme matrimoniali non richiamate (CASABURI 2016, 2246 ss., spec. § VII) — l'atto di unione civile debitamente iscritto parrebbe rappresentare l'unico mezzo di prova di costituzione del vincolo — che, dunque, a rigore, non potrebbe essere provato,

per es. nel caso in cui i registri siano andati smarriti o distrutti o l'atto per qualsiasi causa non sia stato registrato, con altri mezzi (PASCUCCI 2017) —. L'attuazione della legge, e in particolare di un testo di legge lacunoso in ordine al momento costitutivo del vincolo, è stata affidata, dapprima, al d.P.C. 23 luglio 2016, n. 144, recante la disciplina transitoria (in attuazione dell'art. 1, c. 34, della legge), e, a seguire, al d.lgs. 19 gen. 2017/5, che, in attuazione dell'art. 1, c. 28, lett. *a*) e *c*), della legge, ha adeguato alla disciplina dell'unione civile le disposizioni dell'ordinamento dello stato civile. Va peraltro precisato che il d.lgs. 2017/5 è stato successivamente completato dal decreto del Ministero dell'interno 27 feb. 2017 (accompagnato dalla circolare ministeriale 2017/3), che, nell'operare le necessarie modifiche di coordinamento, ha — tra l'altro — approvato (mediante rinvio ad appositi Allegati) le formule per la redazione degli atti di stato civile in materia di unione tra persone dello stesso sesso (cfr. *infra*, *sub* d.lgs. 2017/5). Nell'assetto definitivo di cui al d.lgs. 2017/5 viene previsto — per lo più recependo quanto già stabilito dal decreto “ponte” (TROIANO 2016a, 1265 e TROIANO 2016b, 1428) — che, al fine di costituire un'unione civile, due persone maggiorenni e dello stesso sesso ne facciano richiesta all'ufficiale dello stato civile di un comune da loro scelto, indicando nella medesima i dati anagrafici, la cittadinanza ed il luogo di residenza, nonché l'insussistenza delle cause impeditive alla costituzione dell'unione di cui all'art. 1, c. 4, della legge (nuovo art. 70-*bis*, c. 1, d.P.R. 2000/396). Entro trenta giorni dalla presentazione della richiesta, l'ufficiale di stato civile è tenuto a verificare l'esattezza delle dichiarazioni rese dalle parti, potendo altresì acquisire d'ufficio eventuali documenti che ritenga necessari per provare l'inesistenza di impedimenti (art. 70-*bis*, c. 2, e art. 70-*ter* d.P.R. 2000/396). Se nella fase “istruttoria” non emergono cause ostative, sì che i richiedenti non vengano avvisati dell'esistenza di impedimenti a procedere — nel qual caso la procedura si arresterà (art. 70-*ter*, c. 2, d.P.R. 2000/396) —, gli stessi hanno l'onere di comparire innanzi all'ufficiale di stato civile, in un giorno da loro prescelto, entro i centottanta giorni successivi alla scadenza dei trenta giorni previsti per gli accertamenti od alla comunicazione dell'ufficiale di stato civile di aver ultimato prima la fase istruttoria (art. 70-*ter*, c. 1 e 4), per rendere personalmente e congiuntamente, alla presenza di due testimoni, la dichiarazione costitutiva dell'unione (art. 70-*octies* d.P.R. 2000/396). Come si nota, anche nel regolamento, manca la previsione di qualsivoglia dichiarazione dell'ufficiale di stato civile, il quale si limita a ricevere la dichiarazione delle parti (art. 70-*octies*, c. 4). La manifestazione di volontà delle parti esaurisce, dunque, la fattispecie costitutiva dell'unione; il che lascia emergere la natura più squisitamente consensuale-negoziale dell'atto costitutivo dell'unione, come anche il linguaggio legislativo, tipicamente “contrattuale”, fa intendere. Tuttavia, il d.m. 27 febbraio 2017 contenente le nuove formule ha previsto — all'Allegato n. 2 — che, a conclusione della procedura, l'ufficiale di stato civile « dichiar[i] che è costituita l'unione civile » tra le parti. È, però, di immediata evidenza « come una tale formula non abbia capacità di *innovare* il dato di legge, e sia ragionevolmente da intendersi quale mera formula *ad pompam* » (PASCUCCI 2017b, 17). Ricevuta la dichiarazione delle parti, l'ufficiale di stato civile è tenuto a far menzione — come già nel regime transitorio — del contenuto dei c. 11 e 12 dell'art. 1 della legge,

compendianti lo statuto dei diritti e doveri nascenti dall'unione medesima. A ciò segue la redazione dell'atto di stato civile (art. 70-*octies*, c. 4, d.P.R. 2000/396), da leggersi agli intervenuti (art. 70-*octies*, c. 4, d.P.R. 2000/396; v. anche d.m. 27 feb. 2017, Allegato n. 2) e, quindi, da iscriversi — ai sensi dell'art. 1, c. 3, della legge, come attuato dal d.lgs. 2017/5 — nel registro delle unioni civili, che si conferma — come già nel regime transitorio — registro autonomo da quello di matrimonio (nuovo art. 70-*octies*, c. 4, d.P.R. 2000/396; innovato testo dell'art. 14 r.d. 9 lug. 1939/1238 e nuovo art. 134-*bis* r.d. 1939/1238). Infine, il c. 9 dell'art. 1 della legge — attuato senza modifiche dall'art. 70-*quinquiesdecies* d.P.R. 2000/396 — dispone che l'unione civile tra persone dello stesso sesso è certificata dal relativo documento attestante la costituzione dell'unione, che deve contenere i dati anagrafici delle parti, l'indicazione del loro regime patrimoniale, della loro residenza, nonché i dati anagrafici e la residenza dei testimoni. Sempre con riguardo all'unione, non sono menzionate neppure le **disposizioni penali di cui agli articoli 134 ss. c.c.**, mentre le condizioni necessarie per costituirlo sono previste dal c. 4, che riproduce anche l'art. 87 e, in qualche modo, gli artt. 85, 86 e 88 del codice. **3.4.** Anche con riferimento alla disciplina degli impedimenti alla costituzione dell'unione, che pure ricalca quella del matrimonio, residuano talune differenze (v. *amplius sub* art. 1, c. 4-5, l. 2016/76). In primo luogo — qui limitandoci a rilevare le più significative — l'impedimento rappresentato dalla minore età di una o di entrambe le parti non può essere superato tramite autorizzazione giudiziale, come invece è a dirsi con riguardo al matrimonio, al quale il minorenni dai sedici anni in su può essere autorizzato da parte del tribunale in presenza di “gravi motivi” ed accertata la sua « maturità psico-fisica e la fondatezza delle ragioni addotte » (art. 84, c. 2, c.c.). La norma codicistica non è, invero, richiamata dalla l. 2016/76, né il suo contenuto sostanzialmente riprodotto, sì che, stando alla preclusione dell'art. 1, c. 20 (parte finale), la stessa non può ritenersi operante. Ferma l'inderogabilità dell'impedimento, rimane peraltro incertezza sulle conseguenze della sua violazione, atteso che la legge, pur richiedendo il requisito della maggiore età (c. 2), omette di menzionarne espressamente la mancanza tra le cause impeditive (c. 4) che ne comportano la “nullità” ai sensi del c. 5, e soprattutto, entro il medesimo c. 5, manca di richiamare — tra le norme sulle invalidità matrimoniali cui fa espresso rinvio — l'art. 117, c. 2, c.c. Stante l'inapplicabilità della norma codicistica ai sensi del c. 20, pare che alla minore età di uno o entrambi i contraenti debba applicarsi lo statuto — generale — delle invalidità di cui al c. 6, con conseguente legittimazione attiva pressoché generalizzata ed alcuna possibilità di sanatoria. Ma senz'altro la più vistosa divergenza riguarda i casi di “errore essenziale” che non comprendono — ai sensi dell'art. 1, c. 7, l. 2016/76, che omette dal richiamo i n. 1) e 5) dell'art. 122, c. 3, c.c. — le anomalie o deviazioni sessuali, nonché lo stato di gravidanza. Per quanto riguarda lo stato di gravidanza, va da sé che tale circostanza non possa verificarsi nelle coppie formate da due uomini. Diversamente, nel caso di unione tra due donne, potrebbe darsi che l'una sia all'oscuro dello stato di gravidanza dell'altra. Per quanto riguarda, invece, la mancata considerazione delle “anomalie o deviazioni sessuali”, è noto che, secondo l'opinione tradizionale, le più frequenti esemplificazioni fanno riferimento all'omosessualità ed al transes-

sualismo (cfr. *infra*, *sub* art. 1 c. 26-27 l. 2016/76). Il che potrebbe spiegare le ragioni dell'omissione. In realtà — si afferma in dottrina — « non sono queste le uniche “anomalie” o “deviazioni” sessuali ipotizzabili (si pensi, ad esempio, alla pedofilia). Tali circostanze potrebbero acquistare rilievo in quanto “malattia fisica o psichica”, o, altrimenti in quanto determinanti l’“identità” del *partner* ». **3.5.** Quanto ai **diritti e doveri che nascono dall'unione civile**, il c. 11 art. 1, parafrasando l'art. 143 c.c., stabilisce che con la costituzione dell'unione civile le parti acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri; dall'unione civile deriva l'obbligo reciproco dell'assistenza morale e materiale e della coabitazione. Entrambe le parti dell'unione sono tenute, in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale e casalingo — non *o* come nell'art 143 c.c., norma quest'ultima che sembra richiamare la tradizionale (ma nella prassi ampiamente superata) divisione dei compiti tra i coniugi —, a contribuire ai “bisogni comuni”; mentre il c. 12 (che richiama l'art. 144 c.c.) soggiunge che le parti concordano tra loro l'indirizzo della vita familiare e fissano la loro residenza comune; a ciascuna di esse spetta il potere di attuare l'indirizzo concordato. Comparando le richiamate disposizioni con quelle corrispondenti dettate dal codice in materia di matrimonio, emerge la sostituzione delle parole “bisogni della famiglia” — cui i coniugi sono chiamati a far fronte ai sensi dell'art. 143 c.c. — con quelle “**bisogni comuni**”, cioè delle parti dell'unione civile. È altresì da rilevarsi che è invece espressamente previsto che le parti concordino tra loro “**l'indirizzo della vita familiare**”, il che, ancorché sia forse frutto di un *lapsus* del legislatore, vale a confermare che l'unione civile dà vita ad un consorzio familiare, rientrando nell'orbita degli artt. 8 CEDU e 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Tuttavia, la stessa disposizione del c. 12 non riproduce le parole dell'art. 144 c.c., che impongono ai coniugi, nel concordare l'indirizzo della vita familiare, di tenere conto non solo delle esigenze di entrambi ma di quelle “**preminenti della famiglia stessa**”; **omissione**, questa, particolarmente significativa, perché evidenzia la **ritrosia** del legislatore a qualificare “famiglia” l'unione civile, e a **considerarla alla stregua di una istituzione che trascende gli interessi dei singoli** che la compongono, certamente anche in relazione al fatto che essa si riduce alla coppia e, almeno secondo l'impianto legislativo, non prevede la presenza di figli. Sia per inciso consentito precisare come l'istituto dell'unione civile non possa essere definita quale “**istituzione**”, nel senso che Rescigno dà al termine (RESCIGNO P., *Il diritto di famiglia a un ventennio dalla riforma*, RDC 1988, I, 109, spec. 117): « con un linguaggio che mutua la parola “istituzione” non dalla terminologia tradizionale, dove sulla parola pesano ipoteche ideologiche che la rendono ambigua e pericolosa, ma dalle pagine di Raiser che vede come istituzioni i momenti fondamentali della vita, quali il possesso, la promessa, il contratto, si vuol ribadire che, labili e precari anche quando si rivelano largamente diffusi e socialmente accettati, comunità e unioni extramatrimoniali sono istituti, mentre il matrimonio, pur contestato e ridimensionato e percorso da inquietudini, rimane l'istituzione ». Merita una particolare sottolineatura il c. 10 dell'art. 1, che, con disposizione originale — che si discosta notevolmente dall'omologa previsione codicistica, la quale fa obbligo alla moglie di aggiungere al proprio il cognome del marito (art. 143-*bis* c.c.) —,

dispone che le parti possono stabilire di assumere, per la durata dell'unione civile, un **cognome comune**, scegliendolo tra i loro cognomi, che potrà essere anteposto o posposto a quello della parte il cui cognome non sia stato scelto come comune (sui particolari problemi posti dalla disposizione cfr. *infra, sub* d.lgs.19 gen. 2017/5). Sempre con riferimento ai rapporti personali tra le parti dell'unione civile, resta la vistosa **omissione dell'obbligo reciproco di fedeltà**, questione sulla quale si è già molto discettato, e non da oggi: basti ricordare le inattuali, ed anzi oramai impronunciabili, parole che scriveva Thomas Mann novanta anni or sono a proposito dell'amore coniugale e di quello che, pur chiamandolo amore omosessuale (MANN, *Sul matrimonio. Brindisi a Katia*, Milano, 1993, 40), tuttavia egli definiva « l'esatto contrario della fedeltà ». Dunque, la l. 2016/76 attribuisce al **matrimonio il monopolio della fedeltà**, come lo ha efficacemente definito un attento studioso (OLIVERO 2017), che osserva esattamente come il mancato richiamo della fedeltà tra i doveri dei civilmente uniti sia anche coerente con la disciplina dello scioglimento dell'unione, che non conosce la separazione, e quindi non prevede l'addebito (che è sanzione tipica dell'infedeltà coniugale). Lo stesso autore osserva che la fedeltà, « benché cancellata dai doveri tra partner, [...] tende a riaffiorare negli interstizi di altre disposizioni », e cita al riguardo gli artt. 119, 120 e 123 c.c. (richiamati dal c. 5), nonché alcune disposizioni in materia di divorzio, e soprattutto l'enunciazione del principio monogamico « che è il fattore di massima assimilazione tra vecchio matrimonio e nuove famiglie », che riflette un'idea dell'amore coniugale esclusivo e fedele. Non v'è dubbio che le disposizioni dei c. 4, lett. *a* — che qualifica come causa impeditiva per la costituzione dell'unione civile la sussistenza per una delle parti di un vincolo matrimoniale o di un'unione civile —, 32 — che ha modificato l'art. 86 del codice civile qualificando come ostativi alla libertà di stato non solo il vincolo matrimoniale, ma anche quello discendente da un'unione civile —, 36 — che qualifica conviventi di fatto due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile —, ed infine il c. 59, lett. *c* — alla cui stregua il contratto di convivenza si risolve per matrimonio o unione civile tra i conviventi o tra un convivente ed altra persona — testimoniano che sia l'unione civile che la convivenza rechino con sé l'idea di un rapporto di coppia analogo, sotto questo riguardo, a quello matrimoniale, che è infatti con esse in vario modo incompatibile. Occorre anche considerare che **la fedeltà è tradizionalmente legata alla presunzione di paternità di cui all'art. 231 c.c.**, che nell'unione civile non viene in rilievo. A ben vedere, il tema della fedeltà, in ultima analisi, porta con sé quello della **rilevanza della relazione sessuale nell'ambito dell'unione civile**, che il legislatore sembra voler tenere in disparte, tanto è vero che non richiama al c. 5, né ripropone al c. 7, l'errore sulle anomalie o deviazioni sessuali cui fa riferimento l'art. 122, c. 3, n. 1, c.c.; né l'inconsumazione quale causa di scioglimento dell'unione, anch'essa non riproposta dal c. 23, che non richiama l'art. 3, n. 2, lett. *f*, l. div. (cfr. FIGONE, 2016, 265). Il che fa dubitare che l'unione civile presupponga, dal punto di vista del diritto, l'unione sessuale. La reticenza legislativa relativamente alla vita sessuale dei civilmente uniti non toglie che, nel concreto atteggiarsi

del rapporto, i *partner* si conformino spontaneamente al canone della fedeltà, secondo un paradigma analogo a quello dell'obbligazione naturale. **3.6.** Un profilo in cui la disciplina dell'unione civile si discosta alquanto da quella del matrimonio è quello relativo allo **scioglimento**, poiché non solo la novella non richiama la separazione legale tra coniugi (v. *contra* OBERTO, *I rapporti patrimoniali*, cit., 54, che, argomentando da una serie di richiami, specie di norme processuali, conclude per l'applicabilità all'unione civile della separazione, tanto consensuale che contenziosa, alla quale le parti dell'unione civile potrebbero ricorrere « in relazione ad un periodo di crisi di gravità non tale da comportare una definitiva rottura del vincolo »), ma introduce la possibilità di addivenire direttamente allo scioglimento, giusta quanto previsto dai c. 22, 23, 24 e 25 dell'art. 1. Per di più — il che costituisce una specifica peculiarità rispetto al matrimonio — come si è detto l'unione civile può sciogliersi per mera volontà anche di una delle parti, manifestata dinanzi all'ufficiale dello stato civile: decorsi tre mesi, la domanda è proposta al tribunale competente, chiamato a pronunciare lo scioglimento. In presenza di una consimile causa di divorzio, come è stato esattamente osservato (QUADRI E. 2016a, 7), appare pleonastico il richiamo, operato dal c. 23, art. 1, l. 2016/76, alle cause di scioglimento previste come tassative dall'art. 3 della legge sul divorzio. In definitiva, la volontà unilaterale di scioglimento dell'unione configura una nuova "causa di divorzio", che riduce il compito del giudice al mero accertamento della volontà di una parte, fermo restando che il tribunale adito dovrà poi adottare tutti i provvedimenti di cui agli artt. 5, c. 6, 7, 8, 9, 9-bis, 10, 12-bis, 12-ter (disposizione che pare invero erroneamente richiamata in quanto riferita all'ipotesi di figli comuni tra i divorziati); 12-quater, 12-quinquies e 12-sexies l. 1970/898 (richiamati dal c. 25 art. 1, l. 2016/76). **3.7.** Con riferimento, invece, ai **rapporti patrimoniali tra uniti civilmente**, l'art. 1, c. 13, l. 2016/76 rinvia integralmente alle norme codicistiche che governano quelli tra coniugi e lo stesso accade per i diritti successori (art. 1, c. 21). **3.8.** In sintesi, alla luce di quanto precede, le differenziazioni tra matrimonio e unione civile sono numerose e assai rilevanti; il che, ad avviso di chi scrive, appare giustificato **dall'ontologica distinzione tra le due fattispecie**, dipendente proprio dall'identità di sesso che contraddistingue le parti dell'unione e che esclude la loro fecondità (sul nesso tra matrimonio e procreazione cfr. RENDA, 2013, 211). Diversità ontologica che, coerentemente, ha portato il legislatore all'istituzione di una nuova formazione sociale, ricompresa nell'art. 2 Cost. e distinta da quella propriamente familiare "riconosciuta" nell'art. 29 Cost. È prevedibile tuttavia che la scelta legislativa di istituire l'unione civile quale speciale formazione sociale — proprio in quanto enfatizza le differenze tra coppia matrimoniale e coppia civilmente unita — verrà prima o poi messa in dubbio nella sua legittimità costituzionale, prospettandosi una discriminazione sotto il profilo dell'orientamento sessuale (correttamente esclusa da BALESTRA, 2010, 22). La questione, dunque, è tutt'altro che definitivamente risolta.

4. Le convivenze. 4.1. Per quanto concerne la convivenza *more uxorio* — che ricalca i tratti essenziali di una relazione matrimoniale ma è priva di una

qualsiasi formalizzazione del rapporto di coppia ed è pertanto sorretta esclusivamente dalla spontaneità dei comportamenti dei conviventi —, occorre anzitutto soffermarsi sulle ragioni del **ritardo** con il quale è intervenuto il legislatore rispetto alla **diffusione sociale del fenomeno**. In effetti non era agevole per il legislatore dettare regole per la coppia di fatto, considerato che una disciplina giuridica del fenomeno era destinata a incontrare **due contrapposti ostacoli**, che un filosofo del diritto ha ricondotto agli argomenti della “libertà” e dei “valori”. Il primo fa leva sul diritto delle persone ad essere **lasciate libere di vivere un rapporto di convivenza senza che la legge crei d'autorità reciproci doveri e diritti** cui esse non vogliono sottoporsi; l'argomento è suggestivo ma, a ben vedere, non persuade, perché il rispetto della libertà individuale in questa materia non può essere incondizionato, considerato che l'art. 2 Cost. richiede di apprestare strumenti di tutela dei diritti della persona nelle formazioni sociali ove svolge la propria personalità e l'adempimento dei doveri di solidarietà, i quali ben possono giustificare l'intervento del legislatore volto a proteggere un *partner* nei riguardi dell'altro. Il secondo argomento contro la disciplina delle convivenze, nel richiamarsi all'art. 29 Cost., denuncia che la regolamentazione giuridica di una relazione di coppia che prescindendo dal matrimonio finisca per apportare un **vulnus al modello costituzionale di famiglia** che su di esso è fondato, il quale costituisce l'unica istituzione propriamente familiare conosciuta dall'ordinamento. A tale proposito si è già osservato come, da tempo, tale ultimo argomento sia stato superato, proprio in applicazione dell'art. 2 Cost. e specie ad opera della Corte costituzionale e della Corte di cassazione, anche per l'influenza che sull'ordinamento hanno esercitato le decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo in applicazione dell'art. 8 della CEDU (al cui commento si rinvia). Del resto, anche prima della l. 2016/76, era dato rinvenire un complesso di norme eterogenee che ricollegava alla convivenza alcuni non irrilevanti effetti giuridici: si vedano, tra gli altri, gli artt. 316, c. 4 (ma v. già il vecchio testo dell'art. 317-*bis* c.c., *ante* riforma del 2013), 330, 333, 342-*bis*, 342-*ter*, 406, 417 c.c.; l'art. 199 c.p.p.; l'art. 1, l. 1975/405, in tema di assistenza alla famiglia e alla maternità; l'art. 6, l. 1983/184, in tema di requisiti per l'adozione; l'art. 3, l. 1999/91, in tema di prelievo di organi e tessuti; l'art. 5, l. 2004/40, in tema di procreazione medicalmente assistita; l'art. 129, d.lgs. 2005/209, in tema di assicurazioni obbligatorie; e l'art. 4, l. 2006/54, in tema di affidamento dei minori (ora art. 337-*bis* c.c.); ed infine la riforma della filiazione attuata nel 2012/2013 che, nell'enunciare il principio dello stato unico di figlio, ha conferito particolare rilevanza giuridica al rapporto tra i genitori non coniugati tra loro, che è stato del tutto equiparato a quello dei genitori coniugati. **4.2.** La disciplina applicabile ai conviventi è contenuta nelle norme comprese tra il c. 36 ed il c. 65 dell'art. 1 della l. 20 mag. 2016/76. La legge definisce i **conviventi « di fatto »**, facendo propria l'espressione dottrinale coniata in assenza di regolamentazione legale della fattispecie, ancorché, proprio in forza delle norme che essa stessa ha introdotto, lo stare insieme dei conviventi sia oramai disciplinato dal diritto, che ne definisce espressamente i caratteri. Infatti, la norma di apertura (c. 36) delimita la **nozione di convivenza** rilevante ai fini dell'applicazione delle disposizioni contenute nei successivi c. dal 37 al 67, stabilendo che per « conviventi di fatto » si

intendono « due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile ». In primo luogo si osserva che dalla definizione legislativa debba dedursi che la disciplina introdotta risulta applicabile a prescindere dalla circostanza che la coppia sia formata da **persone di sesso diverso o dello stesso sesso**, mentre resta esclusa dalla tutela prevista ai commi 37-65 la convivenza instaurata da soggetti che siano ancora vincolati da un precedente matrimonio, ancorché legalmente separati, la cui relazione non beneficia pertanto di alcuna forma di tutela legislativa e rimanendo dubbio se ad essa sia da riconoscere quella tutela fin qui attribuita *tout court* alla convivenza dalla giurisprudenza (v. *sub* art. 1, c. 36, 37, § 2 e 3). Il che appare coerente con l'esclusività del vincolo matrimoniale ed anche con la possibilità ora accordata agli interessati di scioglierlo in tempi assai brevi. **4.3.** Il c. 37 dell'art. 1 precisa che, ferma restando la sussistenza dei presupposti indicati dal c. 36, per l'accertamento della stabile convivenza si fa riferimento alla dichiarazione anagrafica di cui all'art. 4 e dell'art. 13 d.P.R. 30 mag. 1989/223. La disposizione induce a ritenere che il fatto della stabile convivenza rappresenti l'elemento costitutivo della fattispecie, il cui accertamento deve di norma fondarsi sulle risultanze anagrafiche, che, in questo quadro, non rappresentano un elemento costitutivo della convivenza, ma solamente una modalità di accertamento della sua stabilità, che potrebbe essere dimostrata anche ricorrendo ad altri mezzi di prova. In altri termini, la risultanza anagrafica assume il valore di una presunzione legale di sussistenza del rapporto e della sua stabilità (T Milano, 31 maggio 2016). Essa, inoltre, consente di individuare il momento a decorrere dal quale la convivenza ha avuto inizio; profilo, questo, che appare particolarmente rilevante allorché la durata costituisca il presupposto per l'attribuzione di diritti in capo ad un convivente, come accade quando si deve determinare l'estensione temporale del diritto alla permanenza del superstite nella casa adibita a comune residenza, che il c. 42 dell'art. 1 della legge commisura appunto alla durata della vita comune, ovvero quando deve stabilirsi l'entità e la durata dell'obbligo alimentare (art. 1, c. 65).

5. Contenuto della disciplina (cenni). **5.1.** La recente legge, consapevole della duplice necessità di rispettare la libertà delle persone di vivere rapporti affettivi al di fuori del diritto e di non intaccare il modello costituzionale, ma anche della esigenza di apprestare **tutele alle persone coinvolte**, ha dettato una **disciplina "leggera"**, relativa ad alcuni profili specifici del rapporto che scaturisce dalla convivenza, con l'intento di garantire all'individuo che viva un'esperienza di coppia, specie se prolungata nel tempo e con caratteri di stabilità ed esclusività, la tutela dei propri diritti fondamentali in sintonia con quanto previsto dall'art. 2 della Costituzione. È quanto emerge ad esempio dalla disciplina dei profili attinenti ai **rapporti personali** tra conviventi di fatto, contenuta nei c. 38-41 e 47-48 dell'art. 1 della legge. Si tratta di una **regolamentazione piuttosto scarna e frammentaria**, che, secondo il dettato dell'art. 2 Cost., è volta a rispondere all'esigenza di tutelare alcuni specifici diritti, ritenuti dunque inviolabili, della persona convi-

vente, senza tuttavia disciplinare l'intera relazione tra i conviventi, nel rispetto della loro volontà di non procedere ad una formalizzazione del rapporto. Continuano dunque ad essere affidati alla spontaneità dei comportamenti tutti quegli aspetti che caratterizzano il *ménage* della coppia, quali la coabitazione, collaborazione, contribuzione ai bisogni comuni, assistenza morale e materiale, determinazione dell'indirizzo familiare e fedeltà; anche la stessa durata della relazione è rimessa alla piena libertà di ciascuno dei *partner*. L'aspetto della **libertà** emerge in maniera evidente dalla dettagliata previsione dei **contratti di convivenza**, con i quali i conviventi, in osservanza dei requisiti formali previsti dalla legge, possono dettare le disposizioni relative alle modalità di contribuzione ed alle necessità della vita in comune, in relazione alle sostanze di ciascuno e alla capacità di lavoro professionale o casalingo (c. 53, lett. *b*, quindi, eventualmente, le disposizioni relative al regime patrimoniale della comunione dei beni di cui alla sezione terza del capo VI del titolo VI del libro primo del codice civile (c. 53, lett. *c*). La scelta del regime patrimoniale effettuata mediante il contratto di convivenza può essere modificata in qualsiasi momento durante la convivenza, sempre osservando gli obblighi di forma indicati dal c. 51, ossia mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata. In una prospettiva di osservazione sistematica, le previsioni in materia di forma destano senz'altro interesse in quanto introducono una modalità di esplicitazione della volontà concernente l'opzione per il regime patrimoniale che si differenzia da quella tipicamente prevista per i coniugi, per i quali vige il regime di comunione quale automatica conseguenza del matrimonio, salva la possibilità di eleggere quale regime la separazione dei beni mediante la dichiarazione resa all'atto del matrimonio, così come previsto dall'art. 162, c. 3, c.c., ovvero mediante la stipulazione di una convenzione matrimoniale, che richiede necessariamente la forma dell'atto pubblico (art. 162 c.c.). Il contratto di convivenza non può essere sottoposto a termine né a condizione (c. 56), e può sciogliersi anche per volontà unilaterale di uno dei conviventi. **5.2.** Pur nel richiamato quadro di libertà dei conviventi di disciplinare il regime patrimoniale della loro relazione, l'art. 1, c. 46, l. 2016/76 detta — nell'ottica di accordare una esigenza di **tutela al convivente** più volte emersa nelle fattispecie affrontate dalla giurisprudenza — la disciplina della partecipazione del convivente di fatto all'impresa familiare mediante l'introduzione nel codice civile dell'art. 230-*ter*, rubricato diritti del convivente. La disposizione prevede — salvo che non sussista tra i conviventi un rapporto di società o di lavoro subordinato — che al convivente di fatto, il quale presti stabilmente la propria opera all'interno dell'**impresa** dell'altro convivente, spetti una partecipazione agli utili dell'impresa familiare ed ai beni acquistati con essi nonché agli incrementi dell'azienda, anche in ordine all'avviamento. Similmente a quanto disposto dall'art. 230-*bis* c.c., la misura di tale partecipazione è commisurata alle caratteristiche del lavoro prestato. La tutela apprestata al convivente dal nuovo art. 230 *ter* c.c. si differenzia sotto alcuni profili da quella prevista dall'art. 230-*bis* c.c. per il coniuge e gli altri parenti ed affini. Al convivente, infatti, non è riconosciuto il diritto al mantenimento, né quello a partecipare alle decisioni concernenti l'indirizzo dell'attività di impresa ed il reimpiego degli utili, né, infine, il diritto di prelazione in caso di divisione ereditaria o trasferimento dell'azienda. **5.3.** La

evidenziata **tensione tra libertà ed esigenze di tutela emerge dalla disciplina della cessazione della convivenza**. Si è già osservato come, anche dopo l'intervento del legislatore, i conviventi di fatto conservino la piena libertà di cessare la loro relazione, che si conferma affidata alla sola loro volontà di mantenerla in essere. È ragionevole che, a fronte di questa libertà incondizionata di ciascuno dei conviventi, possa manifestarsi la necessità di garantire tutela patrimoniale a quel convivente che, a seguito della cessazione, si trovi in stato di bisogno. Al riguardo, l'art. 1, c. 65, della legge espressamente prevede il diritto del convivente a ricevere dall'altro gli **alimenti**, qualora versi in stato di bisogno e non sia in grado di provvedere al proprio mantenimento. Sarà il giudice a stabilire la spettanza, la misura e la durata di detto diritto, in base ai criteri predeterminati dalla legge (c. 65). In particolare è disposto che gli alimenti siano corrisposti per un periodo proporzionale alla durata della convivenza e nella misura determinata ai sensi dell'art. 438, c. 2, c.c. La prestazione, pertanto, è commisurata al bisogno di colui che aspira a conseguirla ed alle condizioni economiche di colui che è chiamato a somministrarla, e, in ogni caso, essa non può superare la misura di quanto necessario per la vita dell'alimentando, avuto riguardo anche alla sua condizione sociale (art. 438, c. 2, c.c.). La legge dispone, infine, con riferimento all'ordine degli obbligati ai sensi dell'art. 433 c.c., che l'obbligo alimentare del convivente — sempre in caso di cessazione della relazione — sia adempiuto con precedenza su fratelli e sorelle (c. 65). In altri termini, la prestazione alimentare, pur relazionata alla posizione sociale dell'alimentando, non può travalicare quanto necessario ad assicurare a quest'ultimo ciò che sia strettamente necessario al soddisfacimento di esigenze minime di sostentamento. Il riferimento ad un **criterio di proporzionalità** del mantenimento alla durata della convivenza appare senz'altro in linea con lo sfavore per vincoli di solidarietà a tempo indeterminato nell'ambito di una libera unione; uno sfavore che costituisce espressione del principio dell'autore-sponsabilità, affermatosi ormai nella gran maggioranza degli ordinamenti europei — compreso, secondo CC 10 mag. 2017/11537, quello italiano — anche con riferimento agli obblighi che scaturiscono dalla solidarietà post-coniugale e che, a maggior ragione, trova applicazione con riferimento ad una relazione affettiva non fondata sul matrimonio. In caso di cessazione volontaria della convivenza non vi sono altre disposizioni in favore del convivente che subisce il recesso dell'altro, neppure con riferimento al **godimento della casa familiare**, che sia nella disponibilità esclusiva del recedente. Invero, il c. 61 prevede, ma solo con esclusivo riferimento all'ipotesi in cui tra i conviventi fosse stato stipulato un contratto di convivenza, che il recesso debba contenere un termine non inferiore a novanta giorni da concedersi al convivente per lasciare l'abitazione. È dato ritenere che, in difetto di contratto di convivenza, il rilascio debba avvenire immediatamente, sempre salve le norme generali in materia di possesso, considerato che la giurisprudenza ha da tempo qualificato il godimento della residenza familiare da parte del convivente non proprietario alla stregua di una detenzione qualificata. In concreto ciò comporta che il *partner* proprietario che intenda cessare la convivenza, qualora l'altro rifiuti di lasciare l'immobile, non possa estrometterlo in via di fatto dall'abitazione, ma debba agire giudizialmente, eventualmente anche in

via d'urgenza, al fine di ottenere un provvedimento che gli ordini di abbandonare l'immobile. **5.4.** Diversa è l'ipotesi in cui la cessazione della convivenza dipenda dalla **morte di uno dei conviventi**. Al riguardo, da un lato, la legge non contempla alcun diritto successorio in favore del superstite, che quindi nulla potrà vantare sul patrimonio del *partner* deceduto, salva naturalmente l'ipotesi che costui abbia disposto per testamento in suo favore; dall'altro lato, i c. da 42 a 45 dell'art. 1 dettano un'articolata disciplina del diritto del convivente alla permanenza nella casa di comune residenza a seguito della morte del convivente. Al superstite viene invero attribuito il diritto ad **abitare la casa di comune residenza per un periodo minimo pari a due anni**, a prescindere dalla presenza di figli ed anche nelle ipotesi in cui la convivenza si sia protratta per un periodo inferiore ai due anni. Ove la convivenza abbia invece superato la durata di due anni è previsto un diritto alla permanenza del convivente superstite per un periodo corrispondente a quello della durata della convivenza, ma comunque non superiore ai cinque anni. Occorre rilevare che la **presenza di figli minori o figli disabili** del convivente superstite determina, in ogni caso, un'estensione del diritto a continuare ad abitare la casa di comune residenza per un periodo non inferiore a tre anni. La previsione riveste particolare rilievo nelle ipotesi in cui la convivenza si sia protratta per un periodo inferiore ai due anni, in quanto, in tal caso, la permanenza del convivente non proprietario (normalmente limitata ad un biennio) si estende fino al limite del triennio esclusivamente in ragione della presenza dei figli. Quest'ultima disposizione può essere senz'altro osservata come un riconoscimento della **rilevanza della cosiddetta famiglia ricomposta** (cfr. *sub* art. 320 c.c.). Il diritto alla permanenza nella casa di comune residenza viene meno nell'ipotesi in cui il convivente superstite cessi di abitarla stabilmente, contragga nuovo matrimonio, dia vita ad un'unione civile o ad una nuova convivenza di fatto (c. 43). Ovviamente, qualora i conviventi avessero figli comuni, minori o maggiorenni non autosufficienti, troverà applicazione il disposto dell'art. 337-*sexies* c.c., espressamente richiamato dal c. 41. **5.5.** È interessante sottolineare come il legislatore della l. 2016/76 abbia — ancorché senza pretesa di esaustività alcuna — ribadito nel tessuto legislativo forme di tutela che già erano contemplate dall'ordinamento. È il caso della norma di apertura di cui all'art. 1, c. 38, che estende al convivente di fatto gli stessi diritti spettanti al coniuge nei casi previsti dall'**ordinamento penitenziario**, mentre il successivo c. 39, sotto il profilo del diritto di visita ed assistenza, nonché di **accesso alle informazioni personali in caso di malattia o di ricovero ospedaliero**, equipara sostanzialmente la posizione del convivente a quella del coniuge e dei familiari. Le disposizioni predette, invero, si pongono in linea di continuità rispetto a discipline settoriali e regole di organizzazione delle strutture pubbliche, carcerarie e ospedaliere, che già contemplavano l'estensione al convivente dei diritti di visita spettanti al coniuge (cfr. *sub* art. 1, c. 38 e 39, l. 2016/76). È ancora il caso del diritto del convivente a conseguire il **risarcimento per la perdita del *partner* causata da un fatto illecito di terzi**, il c. 49 (al cui commento si rinvia), recependo un orientamento giurisprudenziale consolidato, sancisce il pieno diritto alla risarcibilità della parte superstite, equiparandola, sotto questo profilo, al coniuge. La previsione, che senz'altro non desta perplessità per quanto

concerne il profilo del danno non patrimoniale, può risultare non del tutto coerente sul piano sistematico per quanto attiene i danni patrimoniali, ove si consideri che i diritti patrimoniali che possono essere vantati nei confronti del coniuge, anche in caso di rottura del matrimonio, non sono per nulla simili a quelli che spettano nei confronti del convivente. L'equiparazione delle due posizioni sotto il profilo del risarcimento del danno conseguente alla morte, in altri termini, non appare del tutto ragionevole ove si consideri che, anche a seguito della riforma, la posizione economica del coniuge e quella del convivente restano nettamente differenziate sotto il profilo dei diritti patrimoniali; nella prospettiva del risarcimento del danno, pertanto, la perdita del *partner* dovrà in concreto essere trattata dal giudice secondo modalità differenziate a seconda che si verta nell'ambito del matrimonio o della convivenza. Ancora, per quanto concerne il diverso profilo della **morte del titolare del contratto di locazione dell'immobile adibito a residenza familiare**, il c. 44, in linea con un orientamento ormai risalente, riconosce al convivente il diritto alla prosecuzione del rapporto contrattuale di cui era parte l'altro. Anche il c. 48, nel disporre esplicitamente che il convivente possa essere nominato tutore, curatore o amministratore di sostegno dell'altro, non presenta elementi di particolare novità rispetto alla disciplina già vigente, poiché l'art. 408 c.c. contemplava la possibilità di nominare la persona stabilmente convivente. Infine, viene considerata la particolare ipotesi in cui l'appartenenza ad un nucleo familiare costituisca titolo di preferenza nelle **graduatorie per l'assegnazione di alloggi di edilizia popolare**. In tal caso il convivente di fatto rientra, per espressa previsione del c. 45, tra coloro che possono vantare tale titolo o causa di preferenza, previsione già contemplata in numerose norme regionali. **5.6.** Merita infine essere fin da ora messo in rilievo come il legislatore abbia nel c. 40 introdotto una previsione che — paradossalmente — non ha un corrispondente nel contesto dell'unione coniugale alla quale potrà però applicarsi per analogia; vi si prevede che ciascun convivente possa designare l'altro quale suo **rappresentante con poteri pieni o limitati, sia in caso di malattia che comporti incapacità di intendere e di volere per le decisioni in materia di salute**, sia in caso di morte, con riguardo a ciò che concerne i profili attinenti alla donazione di organi, alle modalità di trattamento del cadavere, nonché alle celebrazioni funerarie. La designazione prevista dalla disposizione appena indicata deve essere effettuata in forma scritta; solo nell'ipotesi in cui sia impossibile redigere un documento scritto è ammessa la possibilità di esprimere la propria volontà verbalmente alla presenza di un testimone (c. 41).

6. La convivenza e il rapporto di filiazione: rinvio. 6.1. Stante l'unicità dello stato di filiazione proclamato dall'art. 315 c.c. e le conseguenti disposizioni contenute negli artt. 74 e 258 c.c., sussiste completa identità tra coppia matrimoniale e coppia eterosessuale non matrimoniale con riguardo al rapporto genitori-figli, che, a seguito della riforma della filiazione del 2012/2013, risulta unitariamente disciplinato dagli artt. 315-*bis* ss. c.c., essendo uniche le regole in materia di diritti e doveri del figlio e di responsabilità genitoriale. Sotto questo riguardo,

quindi, non resta che rinviare al commento agli artt. 315 ss. c.c. **6.2.** Anche le questioni riguardanti i figli conseguenti alla cessazione della convivenza tra i genitori vanno risolte sulla base delle medesime regole previste per i figli di coppie coniugate. Il principio fu introdotto dall'art. 4, c. 2, l. 2006/54, che aveva disposto la diretta applicazione alla fattispecie degli artt. 155 ss. c.c., dettati in materia di separazione legale tra coniugi; ora è espressamente enunciato dall'art. 337-*bis* c.c., inserito *ex novo* nel codice civile dal d.lgs. 2013/154, che ha introdotto un autonomo capo II entro il titolo IX del libro primo (« Esercizio della responsabilità genitoriale a seguito di separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili, annullamento, nullità del matrimonio ovvero all'esito dei procedimenti relativi ai figli nati fuori del matrimonio ») in cui è stata trasfusa, tendenzialmente invariata, la disciplina posta dagli artt. 155 ss. c.c. Rinviamo, al riguardo, allo specifico commento *sub* artt. 337-*bis* ss. c.c., aggiungendo peraltro che, molto opportunamente, l'art. 3 della l. 2012/219, nel modificare l'art. 38 disp. att. c.c., ha stabilito che la competenza giurisdizionale ad occuparsi dell'affidamento dei figli di genitori non coniugati spetta al tribunale ordinario. Con riferimento all'ipotesi di convivenza tra *partner* e figli dell'uno e/o dell'altro (c.d. famiglia ricomposta), cfr. *sub* art. 320 c.c. **6.3.** Per quanto attiene, invece, alle coppie conviventi dello stesso sesso valgono le considerazioni sopra svolte a proposito dell'unione civile, anche con riguardo alla possibilità della *stepchild adoption*, considerato che l'art. 44, c. 1, lett. *d*, l. adoz. non fa alcun riferimento alla necessità che sussista un vincolo giuridico di coppia tra il genitore dell'adottando e il richiedente l'adozione.

279

Responsabilità per il mantenimento e l'educazione. — *In ogni caso in cui non può proporsi l'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità o di maternità, il figlio nato fuori del matrimonio ⁽¹⁾ può agire per ottenere il mantenimento, l'istruzione e l'educazione. Il figlio nato fuori del matrimonio ⁽¹⁾ se maggiorenne e in stato di bisogno può agire per ottenere gli alimenti, a condizione che il diritto al mantenimento di cui all'articolo 315-bis, sia venuto meno ⁽¹⁾.*

L'azione è ammessa previa autorizzazione del giudice ai sensi dell'articolo 251 ⁽²⁾.

L'azione può essere promossa nell'interesse del figlio minore da un curatore speciale nominato dal giudice su richiesta del pubblico ministero o del genitore che esercita la responsabilità genitoriale ⁽³⁾.

⁽¹⁾ Le parole « nato fuori del matrimonio » sono state sostituite alla parola « [naturale] », e le parole da « a condizione che » a « sia venuto meno », sono state inserite dall'art. 36, c. 1, lett. a), d.lgs. 28 dic. 2013/154.

⁽²⁾ Comma così sostituito dall'art. 36, c. 1, d.lgs. n. 154, cit. Il testo del comma era il seguente: « L'azione è ammessa previa autorizzazione del giudice ai sensi dell'articolo 274 ».

⁽³⁾ Le parole « responsabilità genitoriale » sono state sostituite alla parola « potestà » dall'art. 36, c. 1, lett. c), d.lgs. n. 154, cit.

SOMMARIO

1. L'ambito applicativo della disposizione. — 2. Il fondamento dell'azione. — 3. Profili processuali. — 4. L'obbligo di mantenere, istruire ed educare. — 5. L'obbligo alimentare.

1. L'ambito applicativo della disposizione. Come è stato rilevato, la legge di Riforma della filiazione non si occupa della condizione dei figli non riconoscibili né dichiarabili cui si riferisce la norma in epigrafe, unitamente a quelle degli artt. 580 e 594 c.c.: disposizioni tutte non toccate dalla riforma se non sul piano lessicale, né tantomeno abrogate espressamente, ancorché esse furono emanate in un contesto normativo che vietava con riguardo ai figli adulterini ed incestuosi indagini sulla paternità e sulla maternità (art. 278 c.c.). Si è posto pertanto il problema della residua applicabilità dell'articolo in rassegna, considerato che la novella del 2012/2013, modificando l'art. 251 c.c., ha ulteriormente ristretto il novero dei figli irriconoscibili (v. *sub* artt. 251 e 253 c.c.). A giustificazione del mantenimento della disciplina, si è rilevato che essa sia necessaria tutt'ora per le ipotesi nelle quali il riconoscimento o l'azione di dichiarazione giudiziale di paternità o maternità non venissero autorizzati in quanto non con-

formi all'interesse del figlio (BIANCA C.M. 2014, 396; cfr. anche VELLETTI 2014, 79 ss.). Sotto altro riguardo, si è osservato (SESTA 2014b, 18) che, in prima approssimazione, potrebbe ritenersi che tale categoria di figli non esista più, considerato che tutti i figli, compresi quelli di genitori legati da vincolo di parentela, sono oggi riconoscibili (art. 251 c.c.), e che, comunque, ogni discriminazione personale e successoria — quali sono all'evidenza quelle conseguenti all'applicazione delle precitate disposizioni — non parrebbe compatibile con la solenne enunciazione dello stato unico di filiazione (PARADISO 2013, 242). Peraltro, deve — in primo luogo — considerarsi un dato assai rilevante, e cioè che la riforma del 2012/2013 non supera il principio secondo il quale la formazione di un titolo sia sempre necessaria perché possa propriamente parlarsi di stato di filiazione (CICU 1969, 1). Il d.lgs. 2013/154 in più luoghi ne reca testimonianze, ad esempio, nell'art. 252 c.c., che richiede, ai fini della sua applicazione, il riconoscimento da parte del genitore naturale e, coerentemente, nell'articolo in commento, rubricato « Responsabilità per il mantenimento e l'educazione », che non prevede il diritto del figlio non riconoscibile a vivere in famiglia, contemplato dall'art. 315-bis c. 2, c.c. Sotto il profilo ereditario, la riforma ha poi mantenuto pressoché integra la formula dell'art. 573 c.c., in forza del quale le disposizioni relative alla successione dei figli nati fuori del matrimonio si applicano quando la filiazione sia stata riconosciuta o giudizialmente dichiarata, salvo quanto disposto dall'art. 580 c.c.; norma, quest'ultima, pure rimasta sostanzialmente invariata, così come quella dell'art. 594 c.c. Al riguardo, nella Relazione illustrativa dello schema di decreto delegato viene esplicitato il convincimento dell'utilità del mantenimento dell'art. 573 c.c., il quale per l'appunto ribadisce che il figlio nato fuori del matrimonio acquisisce lo *status* di figlio, con i diritti e i doveri conseguenti, solo per effetto del riconoscimento o dell'accertamento giudiziale della filiazione (Relazione conclusiva della Commissione Bianca, 176, *politichefamiglia.it*). Di notevole interesse sono anche le considerazioni della Relazione dedicate agli artt. 580 c.c. (rubricato "Diritti dei figli nati fuori del matrimonio non riconoscibili", secondo la formulazione introdotta dal decreto attuativo) e 594 c.c. ("Assegno ai figli nati fuori del matrimonio non riconoscibili"), oggetto di semplice adeguamento lessicale, alla cui stregua deve ritenersi giustificato il differente trattamento riservato ai figli non riconoscibili o non riconosciuti, rispetto ai figli riconosciuti, in coerenza con il sistema che attribuisce diritti successori "pieni" solo ai figli nati fuori del matrimonio per i quali sia intervenuto il riconoscimento ovvero l'accertamento giudiziale della filiazione (Relazione conclusiva della Commissione Bianca, cit., 177). È così che — nella sostanza — ai figli non riconoscibili sono equiparati quelli non riconosciuti, che, invero, quasi finiscono per esaurire l'ambito dell'applicazione delle predette disposizioni, compresa quella in rassegna, come si dirà a breve. Ancorché le considerazioni della Relazione siano prive di motivazione, pare che esse colgano nel segno, soprattutto tenendo conto che attualmente non esistono più figli in assoluto non riconoscibili — salve le situazioni particolari sotto indicate — e ciò vieppiù a seguito delle modificazioni apportate dal decreto attuativo alla disciplina delle azioni di stato. Infatti, a seguito della novella, il diritto all'accertamento della verità della filiazione risulta, per il figlio, ulteriormente esteso, sia perché costui

può essere riconosciuto da genitori ancorché legati tra loro da vincoli di parentela (già potendo essere dichiarato tale secondo la nota C cost. 28 nov. 2002/494: FD, 2003, 119, nt. DOGLIOTTI; FA, 2003, 848, nt. FERRANDO), sia, soprattutto, perché il d.lgs. 2013/154 (art. 18) modifica l'art. 244 c.c., rendendo scevra di decadenze e imprescrittibile l'azione di disconoscimento della paternità riguardo al figlio, che — diversamente da quanto accadeva in precedenza, stante la decadenza a suo carico contemplata dall'art. 244, c. 3, c.c. — si vede dunque aperta in qualsiasi tempo la possibilità di rimuovere l'apparente *status* di figlio matrimoniale e, quindi, di conseguire quello di figlio del padre biologico. In definitiva, pur nella raggiunta unicità di stato, restano quindi figli che si trovano, rispetto a chi li ha generati, in una situazione peculiare, e che godono solo della tutela specificamente prevista dalle disposizioni, rimaste invariate, degli artt. 279, 580 e 594 c.c. Il dato è stato oggetto di critica, soprattutto con riferimento alla grave disparità che si realizza sul piano successorio. Un attento studioso (PARADISO 2013, 244), risalendo alle radici storiche dell'assegno vitalizio di cui all'art. 580 c.c. e richiamatane la natura successoria quale diritto di legittima (PARADISO 2013, 245; cfr., tuttavia, MENGONI 1999, 125), conclude per l'incostituzionalità e, prima ancora, per l'irrazionalità di tale disposizione, la cui unica giustificazione possibile gli appare che — dopo la riforma — è il figlio, in definitiva, che rifiuta l'instaurazione di un rapporto di filiazione (PARADISO 2013, 249; ROMAGNO 2003, 567). In effetti, la sopravvivenza dell'art. 279 c.c. e delle citate norme, a tutta prima, pare di dubbia giustificabilità e richiede, quindi, un'attenta analisi delle fattispecie a cui si indirizza. A ben vedere, paiono tutt'ora da ricomprendersi nella previsione dell'art. 279 c.c. le seguenti fattispecie: *a*) figli non riconoscibili, perché nati da genitori che non abbiano compiuto il sedicesimo anno di età, salvo che il giudice li autorizzi valutate le circostanze e avuto riguardo all'interesse del figlio (art. 250, c. 5, c.c., come modificato dall'art. 1, c. 2, lett. *e*, l. 2012/219); *b*) figlio ultraquattordicenne non riconoscibile per mancanza del suo assenso (art. 250, c. 2, come modificato dall'art. 1, c. 2, lett. *b*, l. 2012/219); *c*) figlio infraquattordicenne non riconoscibile per mancanza di consenso del genitore che abbia già effettuato il riconoscimento, salva l'autorizzazione del tribunale (art. 250, c. 3 e 4, come modificati dall'art. 1, c. 2, lett. *d*, l. 2012/219); *d*) figlio privo di assistenza morale e materiale, per il quale siano intervenuti la dichiarazione di adottabilità e l'affidamento preadottivo (art. 11, ult. c., l. 1983/184); *e*) figlio matrimoniale e figlio riconosciuto da altri, entrambi non riconoscibili dal preteso padre biologico (art. 253 c.c., come modificato dall'art. 24 d.lgs. 2013/154, in relazione all'art. 2, c. 1, lett. *e*, n. 2, l. 2012/219). Tale ultima fattispecie, che in passato aveva dato luogo a un intenso dibattito giurisprudenziale e dottrinale, risulta ora radicalmente modificata. Infatti, occorre ribadire che in forza di quanto disposto dall'art. 18 (recante « Modifiche all'art. 244 del codice civile », circa i termini dell'azione di disconoscimento della paternità, ora regolata dal nuovo art. 243-*bis* c.c.) e dall'art. 28 (recante « Modifiche all'articolo 263 del codice », in tema di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità) del decreto delegato, l'azione di disconoscimento della paternità e di impugnazione del riconoscimento sono imprescrittibili con riguardo al figlio che, quindi, non incontra più la decadenza già prevista dall'art. 244, c. 3, c.c., rendendo così

possibile in qualsiasi tempo l'accertamento della paternità. Ciò significa che il figlio, che abbia uno stato non corrispondente alla procreazione biologica, potrà in ogni momento contestarlo ed agire per conseguire quello che gli spetta, e che, quindi, costui non abbia necessità di valersi delle speciali disposizioni di cui agli artt. 279, 580 e 594 c.c., come invece avveniva in precedenza. Sono dunque venute meno quelle ragioni che avevano indotto parte della dottrina e la stessa S.C. (dopo un lungo *iter*, sul quale cfr. SESTA 2011, 307; SESTA 1975, 460; CC 1 apr. 2004/6365, FD, 2005, 31, nt. SESTA) a ritenere che l'azione *ex* art. 279 c.c. potesse essere esercitata anche dal figlio che avesse lo stato di figlio legittimo altrui e che fosse impossibilitato ad esercitare l'azione di dichiarazione giudiziale di paternità per aver omesso il tempestivo esperimento, nel termine di decadenza all'epoca vigente, dell'azione di disconoscimento del padre legittimo. In tal caso, il figlio poteva vantare altresì i diritti contemplati dagli artt. 580 e 594 c.c.; tesi, invero, autorevolmente criticata (TRABUCCHI 1975, 2, 1029; MENGONI 1999, 125). In conclusione, esaminando i predetti casi in cui l'accertamento della genitorialità non è consentito, è dato rilevare come in quelli *sub b* ed *e* il mancato riconoscimento dipenda dalla volontà del figlio medesimo, che avendo compiuto i quattordici anni non presta l'assenso al riconoscimento, ovvero che non si attiva per rimuovere lo stato di figlio altrui che gli impedisce di conseguire quello corrispondente alla verità biologica; in tutti gli altri, il figlio si trova, invece, dinnanzi ad un ostacolo non dipendente dalla propria volontà. Alla luce di quanto sopra, considerato che il figlio non è mai impossibilitato all'esercizio dell'azione, in quanto è venuta meno la decadenza ad esercitare l'azione di disconoscimento della paternità, ovvero a impugnarne il riconoscimento per difetto di veridicità, un autorevole studioso mette in dubbio la stessa idea che il disposto dell'art. 279 c.c. (e dei connessi artt. 580 e 594 c.c.), in origine dettati per i figli « non riconoscibili », possano applicarsi ai figli in concreto « non riconosciuti o non dichiarati » (PARADISO 2013, 249). Tale conclusione appare solo parzialmente condivisibile, nel senso che essa si attaglia a quelle situazioni (*supra*, *sub b* ed *e*) in cui, come si è già ricordato, a seguito della recente riforma, un figlio, pur potendolo, non voglia essere riconosciuto, né essere dichiarato: riferita a dette fattispecie, viene meno la *ratio* delle predette disposizioni, che erano state pensate per tutelare quei soggetti per i quali era vigente il divieto di indagini sulla paternità o sulla maternità. Le citate norme restano, però, pur sempre applicabili sia alle fattispecie sopra indicate di cui all'art. 250, c. 3, 4 e 5, c.c. — che, tuttavia, hanno carattere temporalmente limitato — sia, soprattutto, in favore del figlio di genitori legati da vincoli di parentela, il cui riconoscimento-accertamento non sia stato autorizzato dal giudice. La facoltà (introdotta dalla riforma) di procedere al riconoscimento del figlio *ex* art. 251 c.c., che pure la subordina ad autorizzazione giudiziale, pone il problema, già propostosi a seguito della sentenza della Corte costituzionale che aveva consentito la dichiarazione giudiziale di genitorialità, della necessità della suddetta autorizzazione non solo per il figlio infrasedicenne ma anche per chi abbia compiuto il sedicesimo anno di età e per il maggiorenne tenuto ad esprimere il proprio assenso. Alla tesi che, in tali casi, esclude il carattere necessario dell'autorizzazione giudiziale, facendo rilevare che il tribunale è chiamato a valutare l'interesse individuale del figlio e

non un interesse pubblicistico (CARRARO 1992, 118) se ne è contrapposta altra che ritiene pur sempre necessaria detta autorizzazione (cfr. gli autori citati in SESTA 2011, 263). A seguito della nuova formulazione dell'art. 251 c.c., come emendato dal d.lgs. 2013/154, non è agevole sciogliere il dubbio, considerato che il tenore originale dell'articolo, come modificato dalla l. 2012/219, faceva riferimento al c. 1 alla generalizzata necessità di autorizzazione al riconoscimento giudiziale e al c. 2 precisava che, in caso di minore età del figlio, questi doveva essere autorizzato dal tribunale per i minorenni (previsione quest'ultima che era contraddetta dall'art. 38 disp. att. c.c., come modificato dalla l. 2012/219). Coerentemente a quest'ultima previsione, il d.lgs. n. 2013/154 pur avendo mantenuto al c. 1 il requisito della previa autorizzazione relativa all'età del figlio ha eliminato dall'ultimo comma dell'art. 251 c.c. il richiamo al tribunale per i minorenni, stabilendo solo che « il riconoscimento di una persona minore di età è autorizzato dal giudice » considerato che l'art. 38 disp. att. riserva alla competenza del Tribunale per i minorenni i provvedimenti contemplati all'art. 251 c.c. senza alcuna specificazione. Di conseguenza, parrebbe doversi concludere che detta autorizzazione sia necessaria solo per il figlio minore (*contra* DOGLIOTTI 2014, 491).

2. Il fondamento dell'azione. Il fondamento del diritto del figlio ad ottenere il mantenimento, l'istruzione e l'educazione viene individuato nel semplice fatto della procreazione, ponendo la disposizione in commento in diretto collegamento con l'art. 30, c. 1, Cost. (CC 1 apr. 2004/6365, cit.; CC 19 giu. 1990/5633, GCM, 1990, 6; FERRANDO 1996, 267; individua invece il fondamento dell'azione nel rapporto di filiazione MARINARO 1981, 109; cfr. però T Milano 14 ott. 2015/11475, FD, 2016, 481 nt. BUGETTI, il quale ha negato l'esperibilità dell'azione nei confronti della madre che aveva dichiarato alla nascita di non voler essere nominata). Il vittorioso esperimento dell'azione di cui alla norma in commento non determina in capo al figlio l'acquisto di alcuno *status*, poiché il rapporto di filiazione è oggetto di un semplice accertamento *incidenter tantum* effettuato al solo scopo di riconoscere al figlio stesso il diritto ad essere educato, mantenuto, istruito dal genitore (FINOCCHIARO A.-M. 1984, 1856; MAJELLO 1982, 134, pur escludendo l'acquisto dello *status* parlano comunque di fattispecie di natura familiare; TRIMARCHI V.M. 1978, 2100; TAMBURRINO 1984, 433; AMBANELLI 2007, 245). La negazione dello *status* non è priva di conseguenze pratiche: l'inaidempimento degli obblighi discendenti dall'art. 279 c.c. non potrà considerarsi fattispecie rilevante ai fini dell'art. 570 c.p. (così MARINARO 1981, 113; *contra*, MAJELLO 1982, 243); anche dopo la riforma della filiazione deve negarsi che fra il figlio e il genitore venga a instaurarsi un rapporto di parentela (SESTA 2014b, 18; e già MARINARO 1981, 118; FINOCCHIARO A.-M. 1984, 2362, nt. 37; a favore della costituzione di un rapporto di parentela è, invece, TRIMARCHI V.M. 1978., 2118, facendo leva sull'intitolazione del capo in cui è compreso l'art. 580: « Della successione dei parenti »), per affermare che il figlio risulta parente del genitore e potrebbe quindi, in mancanza di altri parenti entro il sesto grado, prevalere sulla vocazione dello Stato). Al fine di escludere il rapporto di parentela è significativo

il fatto che la disposizione in commento, nell'elencare i diritti del figlio, non faccia menzione a quelli di crescere in famiglia e di mantenere rapporti significativi con i parenti, di cui all'art. 315-*bis*, c. 2, c.c.

3. Profili processuali. 3.1. La legittimazione attiva spetta al figlio (TM Catania 16 mar. 1990, D FAM, 1992, 673, ha escluso che l'azione possa essere esercitata dal sedicente padre, quando il divieto di riconoscimento sia dovuto al fatto che il figlio ha lo *status* di figlio altrui). A norma del c. 3 della disposizione in commento l'azione può essere promossa nell'interesse del figlio minore da un curatore speciale nominato dal giudice su richiesta del pubblico ministero o del genitore che esercita la responsabilità genitoriale. Al riguardo, taluni sostengono che il genitore esercente la responsabilità genitoriale o il p.m. abbiano solo il potere di richiedere al tribunale per i minorenni la nomina di un curatore speciale, il quale poi avrà il compito esclusivo di promuovere l'azione *de qua* (così FINOCCHIARO A.-M. 1984, 1866; DE CUPIS 1977, 206; VERCELLONE 1987, 176, secondo cui il tribunale non sarebbe necessariamente tenuto a procedere alla nomina del curatore speciale a fronte della richiesta avanzata dal genitore esercente la responsabilità genitoriale o del p.m., ma potrebbe decidere discrezionalmente, valutando se l'esercizio dell'azione corrisponda all'interesse del minore; TAMBURRINO 1984, 432; DI NARDO 2012, 596; in giurisprudenza, T Vigevano 13 mar. 1980, D FAM, 1980, 892; TM L'Aquila 9 feb. 1999, cit.); altri ritengono invece che la nomina del curatore speciale sia prevista solo in termini di possibilità e non di necessità, con la conseguenza che l'azione potrebbe essere esercitata anche dal genitore esercente la responsabilità genitoriale (così MAJELLO 1982, 245; TRIMARCHI V.M. 1978, 2110 ss.; MARINARO 1981, 278, nt. 367, secondo il quale la disposizione in commento sarebbe il risultato di un errore del testo normativo): secondo questa impostazione, quindi, la nomina del curatore speciale sarebbe necessaria solo ove mancasse il rappresentante legale del minore, ovvero in caso di conflitto di interessi con il rappresentante medesimo (MAJELLO 1982, 245). Nulla è previsto nel caso che l'azione debba essere esercitata nell'interesse di un figlio interdetto: al riguardo, si è affermato che, in via di interpretazione analogica, potrebbe trovare applicazione quanto stabilito per il figlio minore e potrebbe dunque riconoscersi un potere di impulso al p.m., il quale, a tutela delle ragioni dell'interdetto, potrebbe sollecitare la nomina di un curatore speciale che promuova l'azione (DI NARDO 2012, 597).

3.2. Il potere di esercitare l'azione volta ad ottenere il mantenimento, l'istruzione e l'educazione, presuppone che il genitore non adempia spontaneamente ai propri obblighi verso il figlio o che comunque non li adempia in misura adeguata: diversamente l'azione non potrebbe essere esercitata dal figlio per mancanza di interesse, non essendo configurabile un'azione di mero accertamento della qualità di figlio (MAJELLO 1982, 243; DI NARDO 2012, 587, 598; TM Catania 15 mar. 1990, GM, 1994, 94, nt. MANERA, secondo cui la richiesta di dichiarazione di ammissibilità dell'azione di dichiarazione di paternità di una minore non riconoscibile — all'epoca disciplinata dall'art. 274 c.c. — va qualificata come domanda di autorizzazione a proporre l'azione di accertamento incidentale della paternità a tutela

esclusiva degli interessi patrimoniali e successori del minore; nel caso di specie si invocava l'applicazione dell'art. 580 c.c.). **3.3.** Nel caso in cui il figlio sia minorenne ed agisca quindi per ottenere il mantenimento, l'educazione e l'istruzione, competente, a seguito dell'abrogazione dell'art. 34 disp. att. c.c., è il tribunale ordinario, in considerazione della generale attribuzione di competenza disposta dal novellato art. 38 disp. att. c.c. In forza del c. 2 della disposizione in commento, l'azione è ammessa previa autorizzazione del giudice ai sensi dell'art. 251 c.c., che, all'esito delle modifiche operate dalla l. 2012/219, prevede che il figlio, anche minorenne, nato da persone legate da un vincolo di parentela in linea retta all'infinito o in linea collaterale entro il secondo grado, ovvero da 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 qualsiasi pregiudizio. In precedenza, la disposizione in parola richiamava l'art. 274 c.c., norma dichiarata costituzionalmente illegittima da C. cost. 10 feb. 2006/50, DG, 2006, n. 9, 14, nt. DOSI; FD, 2006, 237, nt. SESTA. **3.4.** Il rapporto di filiazione può essere dimostrato con ogni mezzo, comprese le prove ematologiche e genetiche (FINOCCHIARO A.-M. 1984, 1865; AMBANELLI 2007, 246; DI NARDO 2012, 451). **3.5.** Circa gli effetti della sentenza di accoglimento, la dottrina appare divisa fra chi ritiene che il provvedimento, in forza dell'art. 30 Cost., produca effetto *ex tunc*, con la conseguenza di far sorgere il diritto al mantenimento a favore del figlio fin dal momento della nascita (MAJELLO 1982, 243; FERRANDO 1996, 268; VALIGNANI 2001, 219; DI NARDO 2012, 601; CC 19 giu. 1990/5833, GC, 1991, I, 75) e chi, per contro, afferma che la sentenza abbia natura costitutiva, producendo solo effetti *ex nunc*, con la conseguenza che il diritto del figlio sorgerà solo a partire dal momento della domanda giudiziale (FINOCCHIARO A.-M. 1984, 1860; TRIMARCHI V.M. 1978, 2118 ss.; VERCELLONE 1987, 177, nt. 7; C. cost. 8 mag. 1974/121, D FAM, 1974, 960).

4. L'obbligo di mantenere, istruire ed educare. **4.1.** La disposizione in commento, laddove prevede che si possa agire per il mantenimento, l'educazione e l'istruzione, riguarda il figlio senza riferimenti all'età: essa pertanto dovrà trovare applicazione, con riguardo al mantenimento, sia al minorenne che al maggiorenne che non abbia ancora raggiunto una propria autonomia ed indipendenza economica (CC 1 apr. 2004/6365, cit.). **4.2.** Semplice è apparsa l'individuazione del contenuto dell'obbligo di mantenere, che il genitore provvederà ad adempiere fornendo al figlio quanto gli è necessario ai fini del soddisfacimento dei propri bisogni. Problematica è invece la ricostruzione del contenuto degli obblighi di educare e di istruire, posto che non è agevole rendere compatibile l'adempimento di tali obblighi, comprendenti anche un profilo personale e che, dunque, presuppongono una concreta ingerenza dell'obligato, con la circostanza che la responsabilità genitoriale o quantomeno la cura della persona del figlio — nel caso in cui questo sia sottoposto a tutela — sono affidate all'altro genitore o al tutore, i quali per definizione hanno normalmente il potere di escludere qualsiasi ingerenza altrui nel rapporto o programma educativo (COSÌ VERCELLONE 1987, 178). Qualora gli interessati riescano a raggiungere una soluzione concordata sulle concrete modalità di

adempimento dell'obbligo, la questione si risolverà da sé (VERCELLONE 1987, 178; per la liceità di un eventuale accordo raggiunto dai genitori in ordine alle modalità di adempimento dei propri obblighi da parte del genitore biologico, cfr. CC 19 giu. 1990/5633, cit., che ha riconosciuto la validità e l'efficacia di un contratto con cui il genitore, pur non avendo riconosciuto la figlia, si era comunque impegnato a mantenerla in una certa misura); ma laddove l'accordo manchi, si pone la questione di chiarire la natura dell'intervento del genitore. Taluni sostengono che detto obbligo avrà un contenuto meramente patrimoniale — solo di *dare* e non di anche di *fare* — dovendo il genitore limitarsi a corrispondere i mezzi necessari affinché l'educazione possa essere impartita (così FINOCCHIARO A.-M. 1984, 2032; FERRI L. 1988, 55; DE CUPIS 1981, 327; CARRARO 1977, 648); altri, per contro, ritengono debba venire in considerazione anche una componente personale (CHECCHINI 1991, 687; GIORGIANNI 1992, 302; a favore di una componente anche personale, seppure limitatamente al caso in cui il genitore adempia spontaneamente ai propri doveri senza costringere il figlio ad agire ai sensi della disposizione in commento, FERRANDO 1996, 268), obiettando che, diversamente argomentando, si verrebbe a negare al figlio quella piena tutela garantita dall'art. 30 Cost.; secondo un'altra tesi, all'altro genitore o al tutore dovrebbe riconoscersi il potere — da esercitarsi tenendo conto dell'esclusivo interesse del minore — di determinare quantitativamente e qualitativamente in concreto le precise prestazioni dell'obbligo di educazione, obbligo solo genericamente dichiarato dalla decisione *ex art. 279 c.c.*, quando si tratti di prestazioni a contenuto non patrimoniale (così VERCELLONE 1987, 179). In ogni caso, il figlio non ha il diritto previsto dall'art. 315-*bis*, c. 2, c.c., di vivere in famiglia e di mantenere rapporti significativi con i parenti. **4.3.** Resta da chiarire se al genitore tenuto *ex art. 279 c.c.* a corrispondere al figlio quanto necessario al suo mantenimento, istruzione ed educazione, spetti la responsabilità genitoriale sul predetto figlio. Il problema, strettamente collegato a quello relativo alla ricostruzione del contenuto degli obblighi *de quibus*, ha trovato in dottrina soluzioni tutt'altro che univoche. La tesi negativa fa leva su vari argomenti: in primo luogo, sulla considerazione che la responsabilità genitoriale presuppone uno *status* di filiazione riconosciuta o dichiarata, mentre la sentenza di condanna *ex art. 279 c.c.* non fa sorgere alcuno *status* in capo al figlio (C. cost. 8 mag. 1974/121, cit.); inoltre — e si tratta di argomento proprio di quegli autori che limitavano l'applicazione della disposizione in esame ai soli figli di genitori legati da vincoli di parentela concepiti in mala fede — sulla indegnità del genitore, quale persona che appare moralmente inidonea ad occuparsi della educazione del figlio (DE CUPIS 1981, 327-328; FINOCCHIARO A.-M. 1984, 1862 ss.; FERRI 1988, 56 ss.; VERCELLONE 1987, 178; CARRARO 1977, 648; MIRAGLIA 1982, 202 ss.; si esprime in senso negativo all'attribuzione della responsabilità genitoriale al genitore anche LENA 2007, 449, sulla base del rilievo che essa presuppone la costituzione formale del rapporto di filiazione; in senso critico, FERRANDO 1983, 774 ss.; per l'esame di una fattispecie concreta, cfr. P Roma 9 mag. 1977, GI, 1978, I, 2, 184, nt. DOGLIOTTI). La tesi positiva poggia invece sull'esigenza di non menomare gravemente la posizione del figlio, negandogli quella piena tutela che la Costituzione gli assicura (TRIMARCHI V.M. 1978, 2122 ss.; BIANCA C.M. 2014, 343, il quale afferma che l'affidamento del figlio al genitore

tenuto a mantenerlo, educarlo ed istruirlo, che appaia idoneo ad assolvere i propri obblighi, implica necessariamente che al genitore spettino tutti i diritti e i poteri inerenti al rapporto di filiazione). Vi è poi l'ulteriore tesi di chi distingue fra aspetti interni ed esterni della responsabilità genitoriale (GIORGIANNI 1992, 306; LISSELLA 1993, 375 ss.; SESTA 2011, 80, 81; NICOLINI 1982, 1119; RUSCELLO 1996, 246 ss.; VALIGNANI 2001, 221; DI NARDO 2012, 609, 610; FERRANDO 1996, 269 ss., ma, quest'ultima, limitatamente all'ipotesi in cui il genitore provveda spontaneamente alla cura del figlio e non anche quando se ne sia disinteressato costringendolo ad agire *ex art. 279 c.c.*), negando al genitore i soli poteri di rappresentanza e di amministrazione relativi ai rapporti patrimoniali (il genitore avrà però la rappresentanza nei rapporti personali, come ad esempio i rapporti scolastici): si tratta di una soluzione che consente l'applicazione delle disposizioni che disciplinano il controllo giudiziario (artt. 330 e 333 c.c.), oltre che dell'art. 316 c.c., ove ne ricorrano i presupposti.

5. L'obbligo alimentare. 5.1. Ai sensi del c. 1 ult. par. della disposizione in commento, il figlio, se maggiorenne e in stato di bisogno, può agire per ottenere gli alimenti. La disposizione è destinata a trovare applicazione a favore del figlio che, divenuto maggiorenne e per il quale non si siano più poste esigenze di mantenimento, istruzione ed educazione, avendo già raggiunto una propria indipendenza economica, venga tuttavia a trovarsi, in un momento successivo, in stato di bisogno (CC 1 apr. 2004/6365, cit.; FINOCCHIARO A.-M. 1984, 1861; MAJELLO 1982, 238, nt. 3; COSTANZA 1989, 7; TRABUCCHI 1977, 261; FERRANDO 1996, 271; AMBANELLI 2007, 245; VALIGNANI 2001, 222; in senso contrario, VERCELLONE 1987, 176; DE CUPIS 1977, 710; TRIMARCHI 1978, 2110). **5.2.** Ai fini della decorrenza del diritto agli alimenti, troverà applicazione l'art. 445 c.c.: essi saranno dovuti, quindi, dal giorno della domanda giudiziale o dal giorno della costituzione in mora dell'obbligato, quando questa costituzione sia entro sei mesi seguita dalla domanda giudiziale (MAJELLO 1982, 244; TRIMARCHI V.M. 1978, 2126 ss.; DI NARDO 2012, 603).

**316
bis**

⁽¹⁾ **Concorso nel mantenimento.** — *I genitori devono adempiere i loro obblighi nei confronti dei figli in proporzione alle rispettive sostanze e secondo la loro capacità di lavoro professionale o casalingo. Quando i genitori non hanno mezzi sufficienti, gli altri ascendenti, in ordine di prossimità, sono tenuti a fornire ai genitori stessi i mezzi necessari affinché possano adempiere i loro doveri nei confronti dei figli.*

In caso di inadempimento il presidente del tribunale, su istanza di chiunque vi ha interesse, sentito l'inadempiente ed assunte informazioni, può ordinare con decreto che una quota dei redditi dell'obbligato, in proporzione agli stessi, sia versata direttamente all'altro genitore o a chi sopporta le spese per il mantenimento, l'istruzione e l'educazione della prole.

Il decreto, notificato agli interessati ed al terzo debitore, costituisce titolo esecutivo, ma le parti ed il terzo debitore possono proporre opposizione nel termine di venti giorni dalla notifica.

L'opposizione è regolata dalle norme relative all'opposizione al decreto di ingiunzione, in quanto applicabili.

Le parti ed il terzo debitore possono sempre chiedere, con le forme del processo ordinario, la modificazione e la revoca del provvedimento.

⁽¹⁾ Articolo inserito dall'art. 40, c. 1, d.lgs. 28 dic. 2013/154.

SOMMARIO

1. Concorso negli oneri. — **2.** Obbligo degli ascendenti. — **3.** Tutela giudiziaria.

1. Concorso negli oneri. 1.1. L'articolo in commento, introdotto dalla riforma della filiazione del 2012/2013, riproduce la norma precedentemente contenuta nell'art. 148 c.c.; il legislatore della riforma, dunque, si è limitato a modificare la collocazione sistematica della norma il cui contenuto è rimasto sostanzialmente inalterato. La disposizione indica le modalità di prestazione e la ripartizione degli oneri tra i genitori per l'adempimento dei tre doveri previsti dall'art. 315-bis c.c. Come si è avvertito commentando la norma da ultimo citata, la novella del 2012/2013 ha dettato uno statuto unitario del rapporto genitori-figli, nell'ambito del titolo IX del libro I del codice, che ricomprende le norme che prima erano dettate all'interno della disciplina dei diritti e dei doveri nascenti dal matrimonio e che erano solo richiamate, applicandosi *per relationem*, con riguardo alla filiazione naturale. In seguito alla riforma, gli artt. 315-bis e 316-bis comprendono la disciplina unitaria e sistematica dei diritti e doveri dei figli e del concorso dei genitori nell'adempimento degli obblighi loro imposti per rendere effettivi detti diritti; mentre, gli artt. 147 e 148 c.c., che regolano le medesime fattispecie nell'ambito della famiglia matrimoniale, fanno espresso rimando alle disposizioni qui trattate. L'obbligazione dei genitori è commisurata « **in proporzione alle rispettive sostanze e secondo la loro capacità di lavoro professionale o casalingo** » sicché per determinarne la misura reciproca occorre un'indagine comparativa sulle condizioni economiche dei genitori (DOGLIOTTI 2007, 185). **1.2.** Si tratta di un obbligo primario dei genitori, che **richiama la ripartizione degli oneri espressa con specifico riguardo alla famiglia matrimoniale dall'art. 143, c. 3, c.c.** (che fa espressamente riferimento a un criterio di « relazione », ma in buona sostanza indica l'analogia proporzionalità richiamata dall'art. 316-bis), relativo al dovere dei

coniugi di contribuire ai bisogni della famiglia: evidentemente tra i bisogni della famiglia sono comprese le esigenze dei figli, che comportano spese (cfr., sul punto, SANTOSUOSSO 2011, 407 ss.). **1.3.** Giova ricordare che **il criterio proporzionale ha carattere soltanto interno** al rapporto fra i genitori — con la conseguenza che il genitore che abbia sostenuto il relativo onere economico avrà diritto di regresso nei confronti dell'altro nella misura precisata dall'art. 316-bis c.c. — **giacché all'esterno essi sono obbligati solidalmente**, sia verso i figli sia verso i creditori (TRABUCCHI 1992b, 650; RUSCELLO 2007, 124; PARADISO 2012, 334; così anche CC 25 lug. 1992/8995, NGCC, 1994, 26, nt. CARAVAGLIOS, che a fronte di obbligazioni derivanti dal soddisfacimento di esigenze primarie della famiglia, quali *in primis* la cura della salute dei figli, riconosce « il potere dell'uno e dell'altro coniuge di fronte ai terzi, in virtù di un mandato tacito, di compiere gli atti occorrenti e di assumere le correlative obbligazioni con effetti vincolanti per entrambi, in deroga al principio secondo cui soltanto il coniuge che ha personalmente stipulato l'obbligazione risponde del debito contratto »; abbraccia la tesi solidaristica anche CC 8 ago. 2002/12021, FD, 2003, 76; con riguardo alla responsabilità solidale dei genitori nei confronti dei figli, si segnala la decisione di T Modena, ord. 26 mag. 2009, FPS, 2009, 758, secondo cui doveva ritenersi « ammissibile e fondato il ricorso cautelare *ante causam* presentato *ex art.* 700 c.p.c. da una studentessa universitaria ventiduenne, non più convivente coi genitori ed abituata ad un tenore di vita medio-alto, al fine di ottenere dai genitori, debitori in solido, il pagamento di un assegno mensile, delle spese universitarie e di eventuali spese straordinarie, ad es. spese mediche non coperte dal servizio sanitario »). Il genitore che abbia integralmente adempiuto l'obbligo di mantenimento dei figli, pure per la quota facente carico all'altro, sarà dunque legittimato ad **agire iure proprio nei confronti di quest'ultimo per il rimborso di detta quota**, anche per il periodo precedente l'instaurazione del giudizio (CC 4 set. 1999/9386, GCM, 1999, 1905; CC 5 dic. 1996/10849, FI, 1997, 3337). L'assunto secondo cui **tale principio vale anche con riferimento alla filiazione non matrimoniale — già sviluppatosi nel contesto normativo previgente — appare oggi confermato a seguito della riforma operata dalla l. 2012/219; onde si può affermare in termini generali la regola in base alla quale, l'obbligo di mantenimento costituisce un dovere connesso solamente alla procreazione**. Pertanto, qualora il genitore che ha mantenuto il figlio intenda agire nei confronti dell'altro una volta che ne sia emersa la genitorialità a seguito di riconoscimento o dichiarazione giudiziale: dovrà riconoscersi, in ogni caso, un diritto al mantenimento sin dalla nascita, nonostante l'eventuale accertamento della filiazione sia successivo, e da quella data deve decorrere il connesso obbligo di rimborsare *pro quota* l'altro genitore che abbia per intero subito il carico del dovere (CC 22 nov. 2000/15063, GC, 2001, 1296; CC 2 feb. 2006/2328, cit., secondo cui il genitore, dichiarato tale con provvedimento del giudice, non può sottrarsi alla sua obbligazione nei confronti del figlio per la quota posta a suo carico, ma è tenuto a provvedere sin dal momento della nascita, attesa la natura dichiarativa della pronuncia che accerta la filiazione; in tal senso anche CC 3 nov. 2006/23596 e CC 17 dic. 2007/26575, GCM, 2007, 12; T Sulmona 26 nov. 2012, FI, 2013, 689, ha chiarito che il rimborso *pro quota* delle spese sostenute

per il mantenimento della figlia dalla nascita al compimento della maggiore età, spettante all'unico genitore che le abbia sostenute nei confronti dell'altro di cui sia stata dichiarata la paternità naturale, ha natura indennitaria; il suo importo, pertanto, va quantificato determinando l'assegno che quest'ultimo avrebbe dovuto versare al momento della nascita, da rivalutare annualmente in base agli indici Istat, e maggiorando la somma ottenuta degli interessi moratori dalla data della domanda giudiziale). Secondo una parte della giurisprudenza, l'azione di regresso può essere esperita in applicazione dei principi della **gestione d'affari altrui** di cui all'art. 2031 c.c. (CC 19 mar. 1984/1862, GC, 1984, I, 1765 ss.; CC 21 giu. 1984/3660, FIR, 1984, voce *Matrimonio*, n. 125; CC 1 giu. 1982/3344, D FAM, 1982, 834; più di recente, A L'Aquila 11 mag. 2004, FIR, 2004, voce *Matrimonio*, n. 141); altro indirizzo giurisprudenziale, che peraltro riceve maggiori consensi anche in dottrina, richiama invece **i principi della solidarietà** (cfr. CC 22 nov. 2000/15063, GCM, 2000, 2405; CC 11 lug. 2006/15756, cit., secondo la quale il genitore che si sia assunto l'onere del mantenimento anche per la porzione di pertinenza del genitore giudizialmente dichiarato ha diritto di regresso per la corrispondente quota sulla scorta delle regole dettate dall'art. 1299 c.c. nei rapporti fra condebitori solidali; analogamente, CC 4 nov. 2010/22506, GC, 2011, 76; in dottrina, cfr. PARADISO 2012, 334, secondo il quale, provvedendo al mantenimento anche per la parte dell'inadempiente, il coniuge adempie un'obbligazione propria, non gestisce un affare altrui; in tal senso anche SANTOSUOSSO 2011, 407 ss.; e RUSCELLO 2007, 126). In caso di inadempimento potranno trovare applicazione le limitazioni della responsabilità genitoriale previste negli artt. 330 e 333 c.c. e potrà anche giungersi alla dichiarazione dello stato di adottabilità ove si configuri la condizione di abbandono del minore. **1.4. I coniugi debbono provvedere congiuntamente** a tutte le spese di mantenimento: **l'obbligo in esame ha carattere inderogabile**, di guisa che è nulla ogni pattuizione con cui si esoneri uno dei due coniugi dall'obbligo del concorso al mantenimento o con cui si stabilisca in misura insufficiente tale obbligo. Peraltro, se uno dei coniugi non è in grado di contribuire, anche solo parzialmente, al mantenimento, l'obbligo si trasferisce integralmente sull'altro (SANTOSUOSSO 2011, 417; TRABUCCHI 1992b, 647). **1.5.** Il principio di ripartizione degli oneri deve essere applicato **anche nella fase patologica del rapporto** tra i genitori (in tal senso, TRABUCCHI 1992b, 651 e 654, che rileva, però, come le direttive dell'art. in commento, di certo vevoli anche nelle ipotesi di patologia familiare, non si applicheranno con le stesse conseguenze tanto nello sviluppo normale della vita familiare quanto nei casi di rottura, giacché nella separazione e nel divorzio si ha un regime nuovo che deve essere regolato dal giudice; cfr. anche DOGLIOTTI 2007, 186); anzi, proprio in tali casi i criteri di ripartizione di cui all'art. in commento acquistano pratica rilevanza, mentre raramente si assiste ad una richiesta di adempimento durante la convivenza matrimoniale (DOGLIOTTI 2007, 186).

2. Obbligo degli ascendenti. 2.1. In attuazione del dettato costituzionale, l'articolo in commento disciplina l'ipotesi in cui i genitori **non abbiano mezzi**

sufficienti per adempiere l'obbligo di mantenimento, individuando negli ascendenti, in ordine di prossimità, i soggetti tenuti a fornire ai genitori i mezzi necessari per l'adempimento dei loro doveri. **2.2.** Si noti che la norma, prescrivendo che gli ascendenti siano tenuti non già a prestare gli alimenti ai nipoti, bensì a fornire i mezzi di sostentamento ai genitori stessi, presenta una fisionomia particolare rispetto alle altre disposizioni codicistiche che impongono obblighi alimentari, in quanto **attribuisce il diritto di credito non alle persone i cui bisogni debbono essere soddisfatti, bensì ad altri soggetti (i genitori)** ai quali spetta *iure proprio* (e non già in rappresentanza dei figli) il diritto di pretendere l'adempimento di tale obbligazione. In tal modo, il legislatore ha inteso **escludere ogni intromissione degli ascendenti nell'esercizio della responsabilità genitoriale** (i quali non hanno neppure mezzi immediati per controllare la giusta utilizzazione del contributo da loro dovuto), tutelando, da un lato, i genitori, ai quali spetta in via esclusiva il compito di stabilire come il contributo dei nonni debba essere impiegato, dall'altro, gli stessi minori, ai quali viene garantito il mantenimento del legame familiare in tutti i suoi aspetti, anche nei casi di difficoltà economica (TRABUCCHI 1992b, 659; DOGLIOTTI 2007, 187, che rileva come sugli ascendenti gravi, ai sensi della norma in commento, un obbligo indiretto e sussidiario, mentre l'obbligo diretto, per essi, sarebbe soltanto quello alimentare. In giurisprudenza, da ultimo, T Messina 14 lug. 2007, Giurisprudenza locale Messina, 2008, secondo cui l'istituto di cui all'art. 148 (ora 316-bis) c.c. è assimilabile a quello degli alimenti, quanto meno sotto il profilo che anch'esso è subordinato ad una constatata insufficienza di mezzi economici; si tratta, comunque, di una disposizione che conferisce tale diritto direttamente ai genitori stessi, quasi a voler ribadire il loro ruolo assolutamente primario in relazione ai diritti e ai doveri verso i figli). **2.3.** Condivisa la **natura sussidiaria ed integrativa** dell'obbligazione degli ascendenti (TRABUCCHI 1992b, 659; PARADISO 2012, 339, che peraltro riconduce l'obbligazione *de qua* non già nello schema del mantenimento, ma alla fattispecie degli alimenti; FIORAVANTI 2001, 538), si discute se la norma debba essere applicata solo allorché i genitori non siano in grado di provvedere a causa di un'insufficienza di mezzi economici o anche nella diversa ipotesi in cui sia loro ascrivibile un comportamento colpevolmente omissivo nei confronti della prole. Sembra prevalere l'interpretazione restrittiva, cosicché **l'obbligo non sorge in capo agli ascendenti qualora il genitore sia colpevolmente inadempiente ovvero non abbia mezzi sufficienti a causa di un comportamento colposo** (COSÌ DOGLIOTTI 1994, 59; TRABUCCHI 1992b, 660; cfr. anche VILLA 2007, 318, che rileva come l'obbligazione sorga a carico degli ascendenti « non sul presupposto del semplice inadempimento del genitore, ma su quello della mancanza di sostanze adeguate ad assicurare un'esistenza conforme a quella della famiglia di appartenenza; se viceversa il genitore dispone di mezzi, ma semplicemente non li mette a disposizione della prole, non può pretendere che vengano in soccorso gli ascendenti ». Contra, aderendo ad una lettura estensiva della norma, T Napoli 15 feb. 1977, D GIUR, 1978, 438). **2.4.** Gli ascendenti sono chiamati a contribuire **solo se entrambi i genitori non siano in grado di provvedere al mantenimento**, e non anche nel caso in cui (solo) uno di essi abbia i mezzi sufficienti per soddisfare le esigenze della prole (T Milano 30 giu.

2000, FD, 2001, 534, nt. FIORAVANTI; CC 23 mar. 1995/3402, GC, 1995, 1441). **2.5.** La legge non precisa il *quantum* dovuto dagli ascendenti; si ritiene tuttavia di fare ricorso a quanto dispone lo stesso art. 316-bis, c. 1, c.c. relativamente ai genitori, e cioè ad una ripartizione proporzionale alle rispettive capacità economiche (TRABUCCHI 1992b, 661).

3. Tutela giudiziaria. 3.1. L'art. 316 bis, c. 2, c.c. disciplina un procedimento speciale a garanzia dell'adempimento dei genitori (e degli ascendenti), in parte modellato su quello di ingiunzione, che prevede la possibilità che il presidente del tribunale, su istanza di chiunque vi abbia interesse, ordini con decreto che **una quota dei redditi dell'obbligato**, in proporzione agli stessi, sia versata dal terzo debitore (ad esempio, il datore di lavoro) **direttamente all'altro coniuge o a chi sopporta le spese per il mantenimento, l'istruzione e l'educazione della prole** (PATRONE 1996, 68; AL MUREDEN 2012, 319-366). Tale strumento trova il suo precedente nella previsione di cui all'art. 8, c. 3, l. 1970/898 sul divorzio, pur differenziandosene per il carattere sommario della cognizione. Tale previsione è rafforzata, sul piano dell'effettività, da quanto disposto dall'art. 3, c. 2, l. 2012/219, a tenor del quale, in presenza di provvedimenti patrimoniali in materia di alimenti e mantenimento della prole, il giudice, laddove ritenga sussistente il pericolo che l'obbligato si sottragga all'adempimento, può disporre che questi presti idonea garanzia personale o reale, disponendo altresì, se del caso, il sequestro dei beni dell'obbligato, nonché ordinando ai terzi tenuti a corrispondere somme di denaro all'obbligato di versarle direttamente agli aventi diritto, ai sensi dell'art. 8 l. 2012/219 (sul tema, cfr. ACHILLE 2014, 123). **3.2.** Il procedimento di cui all'art. in commento partecipa della natura di decreto ingiuntivo per il fatto che il tribunale competente (tribunale ordinario) deve accertare l'esistenza e l'ammontare del debito dell'obbligato. Si differenzia, tuttavia, da detto procedimento per il fatto che l'art. 316-bis, c. 2, c.c. prevede l'obbligo in capo al presidente di sentire l'inadempiente prima di pronunciare il relativo decreto (FINOCCHIARO A.-M. 1984, 405). Peraltro, si è ipotizzato che, a differenza di quanto avviene in tema di decreto ingiuntivo (art. 644 c.p.c.), la mancata notifica del decreto nel termine di quaranta giorni dalla pronuncia non ne determini l'inefficacia (per riferimenti sul punto, cfr. SANTOSUOSSO 2011, 424). Ai fini dell'esperimento del procedimento *de quo* non è necessario che l'inadempimento della parte sia stato precedentemente accertato. Infatti, nel caso di specie, **l'inadempimento** è mero **presupposto di fatto**, oggetto di valutazione della ricorrenza del *periculum in mora* (PARADISO 2012, 348). **3.3.** L'azione per il mantenimento può essere esperita da **chiunque vi abbia interesse** (genitore, parenti, istituti di assistenza, curatore del minore: cfr. DOGLIOTTI 2007, 187); tuttavia, un certo dibattito si è sviluppato in ordine alla legittimazione attiva dell'istituto che si prenda carico del mantenimento del minore. **3.4.** Il giudice competente a conoscere dell'azione è il **presidente del tribunale del luogo in cui il debitore ha il domicilio o la residenza** (secondo quanto statuito dall'art. 18 c.p.c.). L'atto introduttivo del procedimento è il **ricorso**. Il presidente del tribunale deve — sentito il convenuto e assunte sommarie informazioni — determinare

il *quantum* del mantenimento ed emanare decreto con il quale ingiunge la distrazione dei redditi (del genitore o, eventualmente, dell'ascendente) direttamente a favore di colui che sopporta le spese di mantenimento. Il **decreto** che chiude il procedimento costituisce **titolo esecutivo** e deve essere notificato agli interessati e al terzo debitore; occorre, peraltro, evidenziare che solo dal momento della notifica del decreto al *debitor debitoris* si realizza l'indisponibilità del credito, cosicché il debitore non si libera pagando al creditore originario (PARADISO 2012, 365). Contro il decreto è possibile proporre **opposizione entro venti giorni**: l'opposizione al decreto, immediatamente esecutivo, segue le regole dell'opposizione all'ingiunzione (in tal senso, CC 17 apr. 2007/9132, GCM, 2007, 4, secondo cui il provvedimento di cui all'art. 148 c.c. — oggi art. 316-bis c.c. — deve essere impugnato, ai sensi dei c. 3 e 4, secondo le norme dell'opposizione a decreto ingiuntivo davanti al tribunale che l'ha emesso e non nelle forme del reclamo alla Corte d'appello. Nella giurisprudenza di merito, si segnala T Torino 9 mar. 2012, REF, 2013, 450, per il quale: « Il provvedimento *ex* art. 148 c.c. (ora 316-bis c.c.) riveste un carattere "ibrido", nel senso che costituisce non solo titolo esecutivo, ma integra altresì l'inizio di una sorta di esecuzione presso terzi, con l'effetto che l'opposizione di cui all'art. 148 c.c. (ora 316-bis c.c.), da proporsi avanti al tribunale ordinario in composizione monocratica, vale sia quale opposizione a decreto ingiuntivo, qualora si discuta dell'*an* o del *quantum*, sia quale opposizione all'esecuzione *ex* art. 615, c. 2, c.p.c., se si contesti la pignorabilità dei beni *ex* art. 545 c.p.c. In tale ultima ipotesi, il presidente riveste altresì il ruolo di giudice dell'esecuzione, ma le forme da utilizzare sono sempre quelle dell'opposizione a decreto ingiuntivo, nei limiti della riserva di compatibilità posta dall'art. 148 c.c. ». In dottrina, cfr. DOGLIOTTI 2007, 188, che rileva come nulla si oppone all'eventuale sospensione dell'esecuzione *ex* art. 649 c.p.c. e che modifica e revoca del decreto possono essere richieste dalle parti o dal terzo a seguito di mutamento delle circostanze).

3.5. Il procedimento di cui all'art. 316-bis c.c., stante che il legislatore non ha indicato se il soggetto inadempiente sia il genitore ovvero l'ascendente, è stato applicato dalla giurisprudenza **anche agli ascendenti**. Inoltre, sempre in virtù di un'interpretazione estensiva della norma, tale strumento di tutela — cui è sottesa la *ratio* di garantire alla prole una rapida ed efficace tutela del diritto al mantenimento — può essere diretto tanto a distrarre i redditi dell'obbligato inadempiente (genitore o ascendente) mediante l'ordine al terzo di versare quanto dovuto direttamente a favore di chi sopporta gli oneri per il mantenimento, quanto al fine di ingiungere al soggetto inadempiente di provvedere alla corresponsione delle somme necessarie al mantenimento del minore indipendentemente dall'esistenza di crediti verso terzi (T Roma 30 apr. 1977, D FAM, 1977, 1224; C cost. 14 giu. 2002/236, DG, 2002, 51, nt. GRASSI; da ultimo, anche CC 17 apr. 2007/9132, cit.).

3.6. È stata sollevata questione di legittimità costituzionale della norma in commento per contrasto con gli artt. 3 e 24 Cost., laddove non prevede che il decreto costituisca titolo per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale ai sensi dell'art. 2818 c.c. La Consulta ha dichiarato infondata la questione, operando tuttavia una distinzione a seconda che il decreto sia pronunciato nei confronti dell'obbligato e del terzo debitore di questo, ovvero nei confronti del solo obbligato. Nel primo caso, infatti — assimi-

labile, quanto ad effetti, all'espropriazione presso terzi — il decreto, pronunciato nei confronti dell'obbligato e nei confronti di un terzo totalmente estraneo al giudizio, costituisce titolo esecutivo, ma non è idoneo all'iscrizione dell'ipoteca giudiziale sui beni del terzo. In caso di inadempimento la parte potrà però agire direttamente nei confronti di questo. Nell'ipotesi in cui, invece, il decreto sia pronunciato unicamente nei confronti dell'obbligato, stante l'assimilabilità del procedimento *de quo* a quello monitorio (dal quale si distingue unicamente per il fatto che non è richiesta la prova scritta del credito), il provvedimento pronunciato dal giudice è un « decreto esecutivo *ex lege* che, in quanto tale, **costituisce titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale**, in applicazione dell'art. 655 c.p.c. » (C cost. 14 giu. 2002/236, cit.; sul punto, cfr. AL MUREDEN 2012, 319-366).

PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA

a cura di CARLOTTA CASSANI (L. 19 febbraio 2004, n. 40, artt. 12-14)
MICHELE SESTA (L. 19 febbraio 2004, n. 40, artt. 1-11)

BIBLIOGRAFIA

BARUFFI, *Co-genitorialità same sex e minori nati con maternità surrogata*, FD, 2017, 674 ss.; CARUSI, *Procreazione assistita. La Corte costituzionale e lo statuto dell'embrione*, GI, 2017, 307 ss.; D'AVACK, *La maternità surrogata: un divieto "inefficace"*, D FAM, 2017, 139 ss.; GATTUSO, in BUFFONE-GATTUSO-WINKLER, *Unione civile e convivenza*, Milano, 2017, 260 ss.; MARGARIA, ZAGREBELSKY, *Procreazione medicalmente assistita e genitorialità: le direttrici della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, MG, 2017 140 ss.; VARANO, *La maternità surrogata e l'interesse del minore: problemi e prospettive nazionali e transnazionali*, FD, 2017, 825 ss.; RIVERA, *Procreazione assistita. La Corte costituzionale torna sulla sperimentazione sull'embrione*, GI, 2017, 310 ss.; ARCERI, *Unioni civili, convivenze, filiazione*, FD, 2016, 958 ss.; BALESTRA, *La convivenza di fatto. Nozione, presupposti, costituzione e cessazione*, FD, 2016, 919 ss.; BIN, *Maternità surrogata: ragioni di una riflessione*, robertobin.it, 2016; BUGETTI, *Fecondazione accidentalmente eterologa e tutela dell'interesse del minore*, FD, 2016a, 680 ss.; BUGETTI, *L'unicità dello stato di filiazione (anche per i figli nati da p.m.a. erroneamente praticata)*, RTDPC, 2016b, 1415 ss.; CICERO, *Filiazione (riforma della)*, D. CIV., Agg. X., 2016, 278 ss., spec. 295 ss.; D'AMICO M.-LIBERALI, *Procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria della gravidanza: problematiche applicative e prospettive future*, Napoli, 2016, *passim*; DI PIETRO, *Procreazione assistita e status familiare*, in *Enciclopedia di bioetica e scienza giuridica*, X, Napoli, 2016, 700 ss.; FERRANDO, *La fecondazione assistita nel dialogo tra le Corti*, NGCC, 2016, 165 ss.; IVONE-MIRAGLIA, *Fecondazione assistita e diagnosi preimpianto sulla salute dell'embrione*, in DI STASI (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano: la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, Padova, 2016, 693 ss.; LENTI, *Unione civile, convivenza omosessuale e filiazione*, NGCC, 2016, 1707 ss.; MARTONE, *La maternità surrogata: ordine pubblico e best interest of the child (art. 8 CEDU)*, in DI STASI (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano: la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno*, Padova, 2016; MORACE PINELLI, *Il diritto di conoscere le proprie origini e i recenti interventi della Corte costituzionale. Il caso dell'ospedale Sandro Pertini*, RDC, 2016, 242 ss.; PARDINI, *Libertà di ricerca scientifica e tutela dell'embrione*, NGCC, 2016, 790; PASCUCCI, *L'errore nell'impianto di embrioni: l'eccezionalità del caso entro ed oltre i paradigmi legali esistenti?*, GI, 2016, 2111 ss.; QUADRI, *"Unioni civili tra persone dello stesso sesso" e "convivenze": il non facile ruolo che la nuova legge affida all'interprete*, CG, 2016, 893 ss.; SALANITRO, *La procreazione medicalmente assistita*, Tr. B.C., IV, *La filiazione e l'adozione*, 2016a, 3655 ss.; SALANITRO, *I requisiti soggettivi per la procreazione assistita: limiti ai diritti fondamentali e ruolo dell'interprete*, NGCC, 2016b, II, 1360; STEFANELLI, *Accertamento della maternità nella gestazione per altri*, Biolaw Journal, n. 2/2016, 7 ss.; VALLINI, *Procreazione medicalmente assistita (diritto penale)*, EdD, Annali IX, 2016, 696 ss.; BIANCA M., *Il diritto del minore ad avere due soli genitori: riflessioni a margine della decisione del Tribunale di Roma sull'erroneo scambio degli embrioni*, D FAM, 2015, 186 ss.; CASSANI, *Surrogazione di maternità all'estero ed effetti nell'ordinamento giuridico italiano: alterazione di stato, falso e interpretazione convenzionalmente conforme*, FD, 2015, 926; DI MASI, *Maternità surrogata: dal contratto allo "status"*, RCDP, 2015, 615 ss.; FATTORI, *Il rovesciamento giurisprudenziale delle norme in materia di procreazione medicalmente assistita. Interpretazione evolutiva e dilemma contro-maggioritario*, Bologna, 2015; FERRANDO, *Come d'autunno sugli alberi le foglie. La legge n. 40 perde anche il divieto di diagnosi preimpianto*, NGCC, 2015, 582 ss.; MOROZZO DELLA ROCCA, *Dove finirà l'embrione se il piano si inclina ancora?*, NGCC, 2015, 142 ss.; PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Napoli, 2015; RENDA, *Lo scambio di embrioni e il dilemma della maternità divisa. Diritto delle successioni e della famiglia*, 2015a, 206 ss.; RENDA, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore*, CG, 2015b, 474 ss.; RIZZUTI, *La maternità surrogata: tra gestazione altruistica e compravendita internazionale di minori*, Rivista di BioDiritto, 2015, 89 ss.; STEFANELLI, *Procreazione e diritti fondamentali*, Tr. SAC., *Le persone e la famiglia*, IV, *La filiazione e i minori*, 2015, 79 ss.; BIANCA C.M., *Diritto civile*, II, t. 1, *La famiglia*, V ed., Milano, 2014, 403 ss.; BUGETTI, *Scambio di embrioni e*

attribuzione della genitorialità, FD, 2014, 933 ss.; FLAMIGNI-MORI, *La fecondazione assistita dopo dieci anni di legge 40. Meglio ricominciare da capo!*, Torino, 2014; SCALERA, *Mater semper certa est? Considerazioni a margine dell'ordinanza sullo scambio di embrioni*, NGCC, 2014, 1115 ss.; SGRECCIA-CASINI M., *La legge italiana sulla c.d. procreazione medicalmente assistita: l'opera di svuotamento da parte della magistratura e i possibili rimedi*, *Medicina e morale*, 2014, n. 6, 937 ss.; TONOLO, *La trascrizione degli atti di nascita derivanti da maternità surrogata: ordine pubblico e interesse del minore*, RDIPP, 2014, 81 ss.; CASSANI, *Tutela penale della famiglia. Rapporti con il multiculturalismo*, Roma, 2013; CONSORTE, *Tutela penale e principio di precauzione. Profili attuali, problematicità, possibili sviluppi*, Torino, 2013; DI COSIMO, *Quando il legislatore predilige un punto di vista etico/religioso: il caso del divieto di donazione dei gameti*, *penalecontemporaneo.it*, 17 ott. 2013; DOLCINI, *Il punto sulla procreazione assistita: in particolare, il problema della fecondazione eterologa*, CM, 2013a, 7 ss.; DOLCINI, *Legge sulla procreazione assistita e laicità dello Stato: da sempre, un rapporto difficile*, *penalecontemporaneo.it*, 27 nov. 2013b; FALLETTI, *La diagnosi genetica preimpianto: una ricostruzione di dottrina e di giurisprudenza nazionale ed europea*, CG, 2013, 234 ss.; MANNA, *Il divieto di fecondazione medicalmente assistita di carattere eterologo e il c.d. "paternalismo penale"*, R IT DPP, 2013, 1637 ss.; PASSIU, *Brevi note sull'ammissibilità della diagnosi preimpianto sull'embrione alla luce dei principi del nostro ordinamento giuridico*, RG SA, 2013, 142 ss.; VALLINI, *Diagnosi preimpianto: respinta la richiesta di rinvio alla Gran Camera CEDU avanzata dal Governo italiano nel caso Costa e Pavan contro Italia*, *penalecontemporaneo.it*, 18 feb. 2013a; VALLINI, *Ardita la rotta o incerta la geografia? La disapplicazione della legge 40/2004 "in esecuzione" di un giudicato della Corte EDU in tema di diagnosi preimpianto*, *penalecontemporaneo.it*, 16 dic. 2013b; VALLINI, *La diagnosi preimpianto è un diritto*, CM, 2013c, 431 ss.; GALLO-LALLI, *Il legislatore cieco: i paradossi della legge 40 sulla fecondazione assistita*, Roma, 2012; MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012; VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, Torino, 2012; VILLANI, *Procreazione assistita*, Tr. ZAT., II, 2012, 611 ss.; BARTOLI, *La totale irrazionalità di un divieto assoluto. Considerazioni a margine del divieto di procreazione medicalmente assistita eterologa*, R IT DPP, 2011, 90 ss.; BORSARI, *Profili penali della terapia genica*, Tr. ZAT., I, 2011, 531 ss.; CASSANI, *Sub art. 1*, in CASSANI, *Aborto. L. 22 maggio 1978, n. 194. Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*, in CADOPPI-CANESTRARI-VENEZIANI (a cura di), *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, Piacenza, 2011a, 2945 ss.; CASSANI, *Sub art. 4*, in CASSANI, *Aborto. L. 22 maggio 1978, n. 194. Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*, in CADOPPI-CANESTRARI-VENEZIANI (a cura di), *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, Piacenza, 2011b, 2952 ss.; CASSANI, *Sub art. 6*, in CASSANI, *Aborto. L. 22 maggio 1978, n. 194. Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*, in CADOPPI-CANESTRARI-VENEZIANI (a cura di), *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, Piacenza, 2011c, 2958 ss.; CASSANI, *La diagnosi genetica preimpianto: profili penali e risvolti applicativi*, in BALBI-ESPOSITO (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale* (Atti del Convegno di Santa Maria Capua Vetere, 6 febbraio 2009), Torino, 2011d, 79 ss.; CONSORTE, *La disciplina della procreazione medicalmente assistita (l. 19-2-2004, n. 40)*, in CANESTRARI (a cura di), *I delitti contro la vita e l'incolumità personale*, Trattato Cadoppi-Canestrari-Papa, VII, Torino, 2011a, 623 ss.; CONSORTE, *Sub art. 12*, in CONSORTE, *L. 19 febbraio 2004, n. 40. Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, in CADOPPI-CANESTRARI-VENEZIANI (a cura di), *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, Piacenza, 2011b, 2983 ss.; CONSORTE, *Sub art. 13*, in CONSORTE, *L. 19 febbraio 2004, n. 40. Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, in CADOPPI-CANESTRARI-VENEZIANI (a cura di), *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, Piacenza, 2011c, 2995 ss.; CONSORTE, *Sub art. 14*, in CONSORTE, *L. 19 febbraio 2004, n. 40. Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, in CADOPPI-CANESTRARI-VENEZIANI (a cura di), *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, Piacenza, 2011d, 2999 ss.; CORTI, *La maternità per sostituzione*, Tr. ZAT., II, 2011, 1479 ss.; DOLCINI, *La procreazione medicalmente assistita: profili penalistici*, Tr. ZAT., II, 2011a, 1537 ss.; DOLCINI, *Il divieto di fecondazione assistita "eterologa"... in attesa di giudizio*, *penalecontemporaneo.it*, 2011b, 353 ss.; DOLCINI, *La lunga marcia della fecondazione assistita. La legge 40/2004 tra Corte costituzionale, Corte EDU e giudice ordinario*, R IT DPP, 2011c, 428 ss.; FORABOSCO, *Le diagnosi prenatali e preimpianto*, Tr. ZAT., II, 2011, 1461; LORENZETTI, voce *Maternità surrogata*, D. CIV., 2011, 617 ss.; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale. I. Delitti contro la persona*, IV ed., Padova, 2011; SESTA, *La filiazione*, in AULETTA (a cura di), *Filiazione, adozione, alimenti*, Tr. BES., II ed., 2011, 3 ss.; TIGANO, *La rilevanza penale della sperimentazione sugli embrioni tra tutela del diritto alla vita e la libertà della ricerca scientifica*, I PEN, 2011, 125 ss.; VALLINI, *La diagnosi genetica preimpianto: da illecito penale a questione deontologica. Eterogenesi dei fini di un legislatore irragionevole*, R IT ML, 2011, 1405 ss.; VILLANI, *La procreazione medicalmente assistita in Italia: profili*

civilistici, Tr. ZAT., II, 2011, 1517 ss.; D'AMICO-ALESSO-CLARA, *La cicogna e il codice: fecondazione assistita, riflessioni e prospettive*, Milano, 2010; DOLCINI, *Strasburgo-Firenze-Roma: il divieto di fecondazione eterologa si avvia al capolinea?*, R IT DPP, 2010, 1425 ss.; SESTA, *La procreazione medicalmente assistita tra legge, Corte costituzionale, giurisprudenza di merito e prassi medica*, FD, 2010, 839 ss.; TIGANO, *Tutela della dignità umana e illecita produzione di embrioni per fini di ricerca*, R IT DPP, 2010, 1747 ss.; CAMPIGLIO, *Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità*, RDIPP, 2009, 589 ss.; CASSANI, *La diagnosi genetica preimpianto e la sua rilevanza penale*, I PEN, 2009, 87 ss.; DOLCINI, *Embrioni nel numero "strettamente necessario": il bisturi della Corte costituzionale sulla legge n. 40 del 2004*, R IT DPP, 2009, 950 ss.; DOGLIOTTI, *Procreazione assistita: le Linee guida 2008*, FD, 2008, 749 ss.; DOLCINI, *Fecondazione assistita e diritto penale*, Milano, 2008; FERRARETTI-GIANAROLI-MAGLI-RESTA-NATALI-FELICIANI-TABANELLI, *La diagnosi genetica pre-impianto*, *Contraccezione, Fertilità, Sessualità*, 2008/2, 99 ss.; FERRARETTI, *La procreazione medicalmente assistita in Europa e in Italia*, in BIN-GUAZZAROTTI-PUGIOTTO-VERONESI (a cura di), *Dalla provetta alla Corte. Le legge n. 40 del 2004 di nuovo a giudizio*, Torino, 2008, 101 ss.; MARCHETTI, *Rogatoria (diritto processuale penale)*, EdD, Annali, II-1, 2008, 1035 ss.; RISCATO, *Dal « diritto di vivere » al « diritto di morire »*, *Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino, 2008; SALERNO, *Sulle malattie sessualmente trasmissibili uno "sconfinamento" di competenza*, GD, 2008, n. 20, 28 ss.; CORTI, *La procreazione assistita*, Tr. FER., III, 2007, 492 ss.; FACCIOLI, *Procreazione medicalmente assistita*, D CIV, Agg., II, 2007, 1051 ss.; FINDLAY-GEAR-ILLINGWORTH-JUNK-KAY-MACKERRAS-POPE-ROTHENFLUH-WILTON, *Human embryo: a biological definition*, Hum Reprod, 2007, vol. 22, n. 4, 909-910; LOSAPPIO, *Art. 14*, in LOSAPPIO, *L. 19 febbraio 2004, n. 40. Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, COM. P.P., 2007, 2051, 2066 ss.; MORETTI, *La procreazione medicalmente assistita*, Tr. B.C., III, II ed., 2007, 290 ss.; PALAZZO, *La filiazione*, II ed., Tr. C.M., 2013; ROMANO M., *Principio di laicità dello Stato, religioni, norme penali*, R IT DPP, 2007, 493 ss.; VERONESI (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale*, SI, 2007, 1, 105 ss.; VIPIANA, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di procreazione medicalmente assistita, prima e dopo la legge n. 40/2004*, FD, 2007, 1, 87 ss.; ALPA, *Le origini della vita e la posizione giuridica dell'embrione*, in ALPA-RESTA, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, Tr. SAC., I, 2006, 206 ss.; CASSANI, *Aborto*, in CANESTRARI (a cura di), *Reati contro la vita e l'incolumità individuale*, Tr. Cadoppi-Canestrari-Papa, I, Torino, 2006, 145 ss.; CONSORTE, *Il divieto di diagnosi preimpianto e di selezione degli embrioni nella prospettiva penalistica, in attesa della pronuncia della Corte Costituzionale*, B, 2006a, 465 ss.; CONSORTE, *La procreazione medicalmente assistita: legge 19 febbraio 2004, n. 40*, in CANESTRARI (a cura di), *Reati contro la vita e l'incolumità individuale*, Tr. Cadoppi-Canestrari-Papa, I, Torino, 2006b, 215 ss.; CONSORTE, *La presunzione di proporzione in una prospettiva internazionale: spunti interpretativi*, CP, 2006c, 2653 ss.; DOLCINI, *Ricerca su cellule staminali embrionali importate dall'estero e legge penale italiana*, R IT DPP, 2006, 450 ss.; MANTOVANI F., *Tutela della vita e della persona (articoli 2, 31 e 32 Cost.)*, in VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 185 ss.; CASALONE, *I quesiti referendari sulla procreazione assistita*, *Aggiornamenti Sociali*, 2005, 267-268; CELOTTO, *La legge sulla procreazione medicalmente assistita: profili di costituzionalità*, in AA.VV., *La fecondazione assistita*, Milano, 2005, 59 ss.; FIANDACA, *Scelte di tutela in materia di fecondazione assistita e democrazia laica*, in AA.VV., *La tavola rotonda. Fecondazione assistita e tecniche riproduttive: quali i valori in campo (e quali le regole) dietro la scelta di regolare « per legge » il processo procreativo?*, L PEN, 2005, 339 ss.; MANNA, *La tutela penale della vita in fieri, tra funzione promozionale e protezione di beni giuridici*, in AA.VV., *La tavola rotonda. Fecondazione assistita e tecniche riproduttive: quali i valori in campo (e quali le regole) dietro la scelta di regolare « per legge » il processo procreativo?*, L PEN, 2005, 345; MANTOVANI F., *Procreazione medicalmente assistita e principio personalistico*, in AA.VV., *La tavola rotonda. Fecondazione assistita e tecniche riproduttive: quali i valori in campo (e quali le regole) dietro la scelta di regolare « per legge » il processo procreativo?*, L PEN, 2005, 326 ss.; OPPO, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, RDC, 2005, 2, 99 ss.; QUADRI, *La nuova disciplina della procreazione assistita*, in *La fecondazione assistita*, Milano, 2005, 41; RANALDI, *Estradizione*, D PEN, Agg., I, Torino, 2005, 470 ss.; RISCATO, *Lo statuto punitivo della procreazione tra limiti perduranti ed esigenze di riforma*, R IT DPP, 2005, 674 ss.; SESTA, *Procreazione medicalmente assistita*, EGT, Agg., XIII, 2005; BENAGIANO, *Legge 40/2004: le critiche di un conservatore*, B, 2004, 220 ss.; CANESTRARI, *Procreazione assistita: limiti e sanzioni*, DPP, 2004a, 411; CANESTRARI, *La legge 19 febbraio 2004, n. 40: procreazione e punizione*, B, 2004b, 421 ss.; DELLA BELLA, *Procreazione medicalmente assistita: prime note sulla legge della discordia*, RCP, 2004, 1252 ss.; DOGLIOTTI, *Una prima pronuncia sulla procreazione assistita: tutte infondate le questioni di legittimità costituzionale?*, FD, 2004, 384 ss.; DOGLIOTTI-FIGONE, *Procreazione assistita. Fonti, orientamenti, linee di tendenza*, Milano, 2004; DOLCINI, *Embrione, pre-embrione, ootide: nodi interpretativi nella disciplina della procreazione medicalmente assistita (L. 19 febbraio 2004, n. 40)*, R IT DPP, 2004, 440 ss.; STANZIONE-SCIANCELEPORE (a cura di), *Procreazione assistita*.

Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40, Milano, 2004; BALESTRA, *La legge sulla procreazione medicalmente assistita alla luce dell'esperienza francese*, FA, 2004, 1097 ss.; BARELA, *La regolamentazione delle strutture autorizzate e la disciplina dei divieti e delle sanzioni*, in STANZIONE-SCIANCELEPORE (a cura di), *Procreazione assistita*, Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40, Milano, 2004, 194 ss.; BELLELLI, *La sperimentazione sugli embrioni: la nuova disciplina*, FA, 2004, 979; CASINI C.-CASINI M.-DI PIETRO, *La legge 19 febbraio 2004, n. 40. "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita". Commentario*, Torino, 2004, *passim*; FERRANDO, *La nuova legge in materia di procreazione medicalmente assistita: perplessità e critiche*, CG, 2004a, 810 ss.; FERRANDO, *Procreazione medicalmente assistita e malattie genetiche: i coniugi possono rifiutare l'impianto di embrioni ammalati?*, FD, 2004b, 380 ss.; FERRARETTI, *A proposito del congelamento dei prezigoti*, *Reproneus*, 2004, 30 ss.; FINOCCHIARO, *Dopo il consenso impossibile disconoscere la prole*, GD, 2004, n. 36; GENTILOMO-PIGA, *La procreazione tra natura e cultura. Alcune osservazioni sulla nuova legge in tema di procreazione medicalmente assistita (l. 19 febbraio 2004, n. 40: norme in materia di procreazione medicalmente assistita)*, RIT ML, 2004, 52 ss.; MARELLA-VIRGILIO, *Una cattiva legge cattiva*, in AA.VV., *Un'appropriazione indebita*, Milano, 2004, 171; MUSIO, *Misure di tutela dell'embrione*, in STANZIONE-SCIANCELEPORE (a cura di) *Procreazione assistita, Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004, 242 ss.; NADDEO, *Accesso alle tecniche*, in STANZIONE-SCIANCELEPORE (a cura di), *Procreazione assistita, Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004, 83 ss.; ROSSI CARLEO, *Le informazioni per il consenso alla procreazione assistita*, FA, 2004, 705 ss.; SALANITRO, *La disciplina della filiazione da procreazione medicalmente assistita*, FA, 2004, 489 ss.; SANTOSUOSSO A., *Per ricorrere al soccorso della tecnologia basta la sola certificazione di sterilità*, GD, 2004, n. 29; SANTOSUOSSO F., *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 2004, n. 40*, Milano, 2004; SESSA, *Dalla bioetica al biodiritto: irrazionalità e simbolismo negli esiti di una legislazione emergenziale in materia di procreazione medicalmente assistita*, I PEN, 2004, 889 ss.; SESTA, *Dalla libertà ai divieti: quale futuro per la legge sulla procreazione medicalmente assistita*, CG, 2004, 1405 ss.; STANZIONE-SCIANCELEPORE, *Tutela della vita e fecondazione assistita: prime applicazioni giurisprudenziali*, CG, 2004, 1528 ss.; TRIPODINA, *Studio sui possibili profili di incostituzionalità della legge n. 40 del 2004 recante*, *Diritto Pubblico*, 2004, 501 ss.; VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita alla prova dei giudici e della Corte costituzionale*, QC, 2004a, 523 ss.; VERONESI, *Le "linee guida" in materia di procreazione assistita. Nuovi dubbi di legittimità all'orizzonte*, SI, 2004b, 11, 1356 ss.; VILLANI, *La procreazione assistita*, Torino, 2004; BUSNELLI, *Libertà di coscienza etica e limiti della norma giuridica: l'ipotesi della procreazione medicalmente assistita*, FA, 2003, 281 ss.; CAMPIGLIO, *Procreazione assistita e famiglia nel diritto internazionale*, Padova, 2003; EUSEBI, *Embrione e tecniche procreative: problemi giuridici*, in BISCONTINI-RUGGERI, *La tutela della vita nascente. A proposito di un recente progetto di legge*, Napoli, 2003a, 54 ss.; EUSEBI, *La clonazione come problema giuridico*, *Medicina e morale*, 2003, 659; FLAMIGNI, *Il libro della procreazione*, Milano, 2003; NERI, *La bioetica in laboratorio. Cellule staminali, clonazione e salute umana*, Roma-Bari, 2003; PESSINI, *In nome della dignità. Argomenti pro e contro l'eutanasia*, *Concilium*, 2003, 134 ss.; SANTOSUOSSO A., *Cellule e persone: nobili problemi e problemi dimenticati*, in SANTOSUOSSO A.-GARAGNA-ZUCCOTTI-REDI (a cura di), *Le tecniche della biologia e gli arnesi del diritto*, Pavia, 2003, 77 ss.; VERSPIEREN, *La dignità nei dibattiti politici e bioetici*, *Concilium*, 2003, 30 ss.; VESCOVI, *Cellule staminali*, in SANTOSUOSSO A.-GARAGNA-ZUCCOTTI-REDI (a cura di), *Le tecniche della biologia e gli arnesi del diritto*, Pavia, 2003, 69 ss., 42; MAZZONI, *I diritti dell'embrione e del feto*, NGCC, 2002, II, 119 ss.; RESCIGNO, *Una legge annunciata sulla procreazione assistita*, CG, 2002, 981 ss.; WORLD HEALTH ORGANIZATION, *Glossary. Embryo*, in WORLD HEALTH ORGANIZATION, *Current Practises and Controversies in Assisted Reproduction. Report of a meeting on "Medical, Ethical and Social Aspects of Assisted Reproduction" held at WHO Headquarters in Geneva, Switzerland, 17-21 September 2001*, VAYENA (a cura di), Rowe, Griffin, 2002, XX; ARGENTESI, *Il difficile equilibrio tra il diritto ad essere madre e il diritto a non essere padre*, CG, 2001, 1223 ss.; BIANCA C.M., *Diritto civile, II. La famiglia e le successioni*, Milano, 2001; CANOVA, *Possibili evoluzioni psicopatologiche nei bambini nati con la procreazione artificiale*, D FAM, 2001, 670 ss.; CARRASCO DE PAULA, *La ricerca e l'uso terapeutico di cellule staminali embrionali: un nuovo dilemma per la bioetica*, in ZANINELLI (a cura di), *Scienza, tecnica e rispetto dell'uomo. Il caso delle cellule staminali*, Milano, 2001, 111 ss.; CASSANO, *La fecondazione assistita. Profili di diritto giurisprudenziale*, Milano, 2001; COLOMBO-NERI, *La questione dell'embrione umano: aspetti biologici e antropologici*, in ZANINELLI (a cura di), *Scienza, tecnica e rispetto dell'uomo. Il caso delle cellule staminali*, Milano, 2001, 64 ss.; DULBECCO, *La mappa della vita. L'interpretazione del codice genetico: una rivoluzione scientifica al servizio dell'umanità*, Milano, 2001, 208 ss.; FILIPPI, *La clonazione umana e il diritto alla propria identità genetica*, AG, 2001, 515 ss.; GALUPPI, *La procreazione artificiale: motivazioni psicologiche e problemi sociali*, D FAM, 2001, 310 ss.; PALAZZO F., *Tendenze e prospettive nella tutela penale della persona umana*, in FIORAVANTI (a cura di), *La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri*, Milano, 2001, 98, 419 ss.; SCIANCELEPORE-

STANZIONE, *Filiatura e procreazione assistita*, Milano, 2001; BALESTRA *Fecondazione artificiale eterologa e azione di disconoscimento della paternità: è possibile prospettare una soluzione sul piano processuale?*, NGCC, 2000, II, 366 ss.; CANESTRARI, *Verso una disciplina penale delle tecniche di procreazione medicalmente assistita? Alla ricerca del bene giuridico tra valori ideali e opzioni ideologiche*, I PEN, 2000, 1091 ss.; CASALONE, *Clonazione e cellule staminali. In margine al Rapporto Donaldson*, Aggiornamenti Sociali, 2000, 716 ss.; CASSANO, « *Maternità surrogata* »: contratto, negozio giuridico, accordo di solidarietà?, FD, 2000a, 162 ss.; CASSANO, *Brevi riflessioni sul destino degli embrioni in vitro*, FD, 2000b, 487; CAVICCHI, *Ricerca scientifica tra coscienza e verità*, in REDI-GARAGNA-ZUCCOTTI (a cura di), *Biologia delle cellule staminali. Opportunità e limiti di impiego*, Pavia, 2000, 98 ss.; CORTI, *La maternità per sostituzione*, Milano, 2000; DOGLIOTTI, « *Maternità surrogata* »: contratto, negozio giuridico, accordo di solidarietà?, FD, 2000, 156 ss.; MANNA, *Sperimentazione medica*, EdD, Agg., IV, 2000, 1120 ss.; McLAREN, *Le cellule staminali: terapie per il ventesimo secolo*, in REDI-GARAGNA-ZUCCOTTI (a cura di), *Biologia delle cellule staminali. Opportunità e limiti di impiego*, Pavia, 2000, 105; PELLEGRINI, *Ciò che siamo e ciò che diventeremo. Riflessioni in materia di « maternità in affitto »*, QDPE, 2000, 693 ss.; REDI-ZUCCOTTI-GARAGNA, *Limiti e opportunità dell'impiego delle cellule staminali*, in REDI-GARAGNA-ZUCCOTTI (a cura di), *Biologia delle cellule staminali. Opportunità e limiti di impiego*, Pavia, 2000, 11 ss.; RIZ, *Bioetica-Fivet-Clonazione. Tutela della persona e della vita*, I PEN, 2000, 453 ss.; SANTOSUOSSO A., *Individui, diritti e cellule nella ricerca sulle cellule staminali embrionali*, B, 2000a, 690 e 692; SANTOSUOSSO A., *Individui e diritti: una prospettiva messa in discussione*, in REDI-GARAGNA-ZUCCOTTI (a cura di), *Biologia delle cellule staminali. Opportunità e limiti di impiego*, Pavia, 2000, 87 ss.; SESTA, *La maternità surrogata tra deontologia, regole etiche e diritto giurisprudenziale*, CG, 2000, 483; SESTA, *Norme imperative, ordine pubblico e buon costume: sono leciti gli accordi di surrogazione?*, NGCC, 2000b, 203 ss.; VÁZQUEZ, *Si può giustificare eticamente la clonazione umana?*, B, 2000, 715 ss.; BALDINI, *Tecnologie riproduttive e problemi giuridici*, Torino, 1999; BALESTRA, *Inseminazione eterologa e status del nato*, GI, 1999, I, 461 ss.; BIANCA C.M., *Disconoscimento del figlio nato da fecondazione assistita: la parola della Cassazione*, GC, I, 1999, 1324 ss.; BILOTTA, *La maternità surrogata*, in LIBERATI-BILOTTA, *Diritti della personalità e biotecnologie*, Roma, 1999; DOGLIOTTI, *Inseminazione artificiale post mortem e intervento del giudice di merito*, FI, 1999, I, 1653 ss.; FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Padova, 1999; LOSAPPIO, *Le disposizioni penali del testo unico delle proposte di legge sulle tecniche di procreazione assistita*, I PEN, 1999, 593 ss.; MORELLI, *La sentenza costituzionale n. 347 del 1998 in tema di fecondazione assistita, e la risposta del giudice a quo*, GC, 1999, I, 2507 ss.; NIVARRA, *Fecondazione artificiale: un caso recente e un'opinione dissenziente (ma solo sul metodo)*, FI, 1999, I, 1, 1654 ss.; PASQUARELLO, *I confini penalistici della bioetica*, Napoli, 1999; SESTA, *Fecondazione assistita: la Cassazione anticipa il legislatore*, FD, 1999a, 237 ss.; SESTA, *La fecondazione assistita tra etica e diritto: il caso italiano*, NGCC, 1999b, II, 297 ss.; STAMMATI, *Costituzione, clonazione umana, identità genetica*, G COST, 1999, 4067 ss.; UCCELLA, *Consenso revocato, dopo la nascita del figlio, all'inseminazione eterologa e azione di disconoscimento: ciò che suggerisce la Corte costituzionale*, GI, 1999, I, 461 ss.; DIURNI, *La riforma del quarto libro del BGB: il nuovo diritto di filiazione*, in PATTI (a cura di), *Annuario di diritto tedesco 1998*, Milano, 1998, 54 ss.; FINOCCHIARO, *Inammissibile la questione sul disconoscimento dei figli concepiti con il seme di un donatore. In assenza di un intervento del legislatore il giudice può non seguire la tesi della Consulta*, GD, 1998, n. 39, 33 ss.; FLAMIGNI, *Il libro della procreazione*, Milano, 1998; MAZZONI (a cura di), *Una norma giuridica per la bioetica*, Bologna, 1998; MOCCIA, *Un infelice compromesso: il Testo unificato delle proposte di legge in materia di procreazione medicalmente assistita*, CD, 1998, 248 ss.; MORETTI, *La procreazione artificiale*, Tr. B.C., 1998, 251-252; SCIANCALEPORA, *L'interesse del minore tra esercizi di formalismo giuridico e legalità costituzionale*, FD, 1998, 407 ss.; MILAN, *Aspetti giuridici della procreazione assistita*, Padova, 1997, 237 ss.; RENNA, *Proposte di legge in tema di fecondazione medicalmente assistita*, FD, 1997, 579 ss.; VALLINI, *Clonazione e fecondazione assistita: ordinanze ministeriali contingibili e urgenti e nozione di "provvedimento" nell'art. 650 c.p.*, L PEN, 1997, IV, 873 ss.; VEGETTI FINZI, *Oscurità dell'origine e bioetica della verità*, in RODOTÀ (a cura di), *Questioni di bioetica*, Bari, 1997, 182 ss.; ZATTI, *Interesse del minore e doppia figura genitoriale*, NGCC, 1997, I, 88 ss.; BUSNELLI, *Quali regole per la procreazione assistita?*, RDC, 1996, II, 583 ss.; DOGLIOTTI, *Ancora sull'inseminazione eterologa e sull'azione di disconoscimento*, FD, 1996, 34 ss.; GIAIMO, *Biogenetica e dato giurisprudenziale nell'esperienza di common law*, V NOT, 1996, 536 ss.; MANERA, *Osservazione in tema di fecondazione artificiale o procreazione assistita*, GC, 1996, 12 ss.; DELOGU, *Dei delitti contro la famiglia*, COM. DIF, VII, sub art. 517 c.p., Padova 1995, 336 ss.; DOGLIOTTI, *L'inseminazione artificiale, diritti del minore e suggestioni paternalistiche*, FD, 1995, 300 ss.; *Evangelium Vitae. Lettera enciclica del Sommo Pontefice Giovanni Paolo II sul valore e l'inviolabilità della vita umana*, Citta del Vaticano, 1995, 22 ss.; MORI, *La fecondazione artificiale*, Bari, 1995; BITETTI, *Contratti di maternità surrogata, adozione in casi particolari ed interesse del minore*, NGCC, 1994, 179 ss.; DOGLIOTTI,

Inseminazione artificiale eterologa e azione di disconoscimento: una sentenza da dimenticare, FD, 1994, 182 ss.; PONZANELLI, *La « forza » e la « purezza » degli status: disconoscimento di paternità e inseminazione eterologa*, FD, 1994, 186 ss.; LENTI, *La procreazione artificiale. Genoma della persona e attribuzione della paternità*, Padova, 1993; NIELSEN, *The Right to a Child versus the Rights of a Child*, in EEKELAAR-SARCEVC (ed.), *Parenthood in Modern Society*, London-Boston, 1993, 207 ss.; PALAZZO, *Bene giuridico e tipi di sanzioni*, I PEN, 1992, 209 ss.; PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, R IT DPP, 1992, 849 ss.; SHALEV, *Nascere per contratto*, trad. it., Milano, 1992; LANDOLFI, *Inseminazione artificiale e tutela del nascituro*, D FAM, 1991, 191 ss.; MANTOVANI F., *La fecondazione assistita tra il « diritto alla prole » e il « diritto ai due genitori »*, I PEN, 1990a, 416 ss.; MANTOVANI F., *Le possibilità, i rischi e i limiti delle manipolazioni genetiche e delle tecniche bio-mediche moderne*, R IT ML, 1990b, 419 ss.; MARCHETTI, *Estradizione*, D PEN, IV, Torino, 1990, 390 ss.; MOCCIA, *Bioetica o biodiritto? Gli interventi dell'uomo sulla vita in fieri di fronte al sistema penale dello stato sociale di diritto*, R IT DPP, 1990, 863 ss.; PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, R IT DPP, 1990, 430 ss.; SGUBBI, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Bologna, 1990; CALOGERO, *La procreazione artificiale*, Milano, 1989; ESER, *Status dell'embrione umano da un punto di vista giuridico*, PD, 1989, 417 ss.; FERRANDO (a cura di), *La procreazione artificiale fra etica e diritto*, Padova, 1989; FURGIUELE, *La fecondazione artificiale*, QUAD, 1989, 250 ss.; SANTOSUOSSO F., *Fecondazione artificiale umana*, EGT, XIV, 1989; CLARIZIA, *Procreazione artificiale e tutela del minore*, Milano, 1988; EUSEBI, *La tutela penale della vita prenatale*, R IT DPP, 1988, 1052 ss.; PATTI, *Verità e stato giuridico della persona*, RDC, 1988, I, 239 ss.; RESCIGNO, *Capacità giuridica*, D CIV, II, Torino, 1988, 218 ss.; AA.VV., *Procreazione artificiale e interventi nella genetica umana*, Padova, 1987; CRISCUOLI, *La legge inglese sulla « surrogazione materna » tra riserve e proposte*, D FAM, 1987, 1035 ss.; GORASSINI, *Procreazione (dir. civ.)*, EdD, XXXVI, Milano, 1987, 944 ss.; AULETTA, *Fecondazione artificiale: problemi e prospettive*, QUAD, 1986, 26; ESER, *La genetica umana alla luce del diritto tedesco (Considerazioni giuridiche e politico-sociali con riferimento al patrimonio ereditario umano)*, I PEN, 1986, 561 ss.; TRABUCCHI, *Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista*, RDC, 1986, I, 495 ss.; LANZILLO, *Fecondazione artificiale, « locazione di utero » diritti dell'embrione*, CG, 1984, 635 ss.; PADOVANI, *La problematica del bene giuridico e la scelta delle sanzioni*, DP, 1984, 114 ss.; ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983; PALIERO, *La legge 689 del 1981: prima codificazione del diritto penale amministrativo*, PD, 1983, 117 ss.; SGUBBI, *Depenalizzazione e principi dell'illecito amministrativo*, I PEN, 1983, 253; LOJACONO, *Inseminazione artificiale (diritto civile)*, EdD, XXI, Milano, 1971, 751 ss.; TRABUCCHI, *Fecondazione artificiale e legittimità dei figli*, GI, 1957, I, 2, 218); GALTON, *Inquires into human faculty and its development*, II ed., London-New York, 1907, 17.

Legge 19 febbraio 2004, n. 40. — Norme in materia di procreazione medicalmente assistita.

Capo I

PRINCIPI GENERALI

- 1 Finalità.** — 1. *Al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana è consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente legge, che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito* ⁽¹⁾.
2. *Il ricorso alla procreazione medicalmente assistita è consentito qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità* ⁽²⁾.

⁽¹⁾ La C. cost., con sent. 5 giu. 2015/96 (in G.U., 10 giu. 2015/23), ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del presente comma, nella parte in cui non consente il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, c. 1, lett b, l. 22 mag. 1978/194 (*Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*), accertate da apposite strutture pubbliche.

(2) La C. cost., con sent. 5 giu. 2015/96 (in G.U., 10 giu. 2015/23), ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del presente comma, nella parte in cui non consente il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, c. 1, lett. b, l. 22 mag. 1978/194 (*Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*), accertate da apposite strutture pubbliche.

2 **Interventi contro la sterilità e la infertilità.** — 1. *Il Ministro della salute, sentito il Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca, può promuovere ricerche sulle cause patologiche, psicologiche, ambientali e sociali dei fenomeni della sterilità e della infertilità e favorire gli interventi necessari per rimuoverle nonché per ridurne l'incidenza, può incentivare gli studi e le ricerche sulle tecniche di crioconservazione dei gameti e può altresì promuovere campagne di informazione e di prevenzione dei fenomeni della sterilità e della infertilità.*

2. *Per le finalità di cui al comma 1 è autorizzata la spesa massima di 2 milioni di euro a decorrere dal 2004.*

3. *All'onere derivante dall'attuazione del comma 2 si provvede mediante corrispondente riduzione dello stanziamento iscritto, ai fini del bilancio triennale 2004-2006, nell'ambito dell'unità previsionale di base di parte corrente "Fondo speciale" dello stato di previsione del Ministero dell'economia e delle finanze per l'anno 2004, allo scopo parzialmente utilizzando l'accantonamento relativo al Ministero della salute. Il Ministro dell'economia e delle finanze è autorizzato ad apportare, con propri decreti, le occorrenti variazioni di bilancio.*

3 **Modifica alla legge 29 luglio 1975, n. 405.** — 1. *Al primo comma dell'articolo 1 della legge 29 luglio 1975, n. 405, sono aggiunte, in fine, le seguenti lettere: "d-bis) l'informazione e l'assistenza riguardo ai problemi della sterilità e della infertilità umana, nonché alle tecniche di procreazione medicalmente assistita; d-ter) l'informazione sulle procedure per l'adozione e l'affidamento familiare".*

2. *Dall'attuazione del presente articolo non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica.*

SOMMARIO

1. Premessa. — 2. La questione della liceità delle tecniche di p.m.a. — 3. I principi della legge 2004/40: i diritti dell'embrione. — 4. Divieti. (Rinvio).

1. Premessa. 1.1. Nella tradizionale disciplina giuridica della filiazione, quale tuttora si rinviene nel codice civile, il presupposto inespresso è che l'inizio della vita umana e la nascita costituiscano il risultato dell'unione fisica di un uomo e di una donna; senonché, già da tempo e con particolare frequenza negli anni a noi vicini, si sono sviluppate tecniche mediche (FLAMIGNI 1998; ed ora, ampiamente, FLAMIGNI-MORI 2014, *passim*) atte a realizzare il concepimento di un essere umano indipendentemente dalla congiunzione fisica dell'uomo con la donna (per un inquadramento, prima dell'entrata in vigore della l. 19 feb. 2004/40, SANTOSUOSSO F.1989, 1; SCIANCALEPORE-STANZIONE 2001; CASSANO 2001; LENTI

1993; FERRANDO 1989; CALOGERO 1989; FERRANDO 1999; MORI 1995;). Nel 2004 il legislatore italiano è intervenuto a regolare la materia, a compimento di un travagliato *iter* parlamentare, caratterizzato da profonde divisioni e differenze di opinioni tra le forze politiche (cfr. RENNA 1997, 579; FERRANDO 1999, 473; SESTA 1999b, 297), che hanno fortemente inciso sulla l. in commento, recante le attese norme in materia di procreazione medicalmente assistita (per un primo commento alla legge, STANZIONE-SCIANCELEPORE 2004; SANTOSUOSSO F. 2004). Le ragioni del **ritardo** con cui il legislatore italiano è intervenuto e del carattere limitativo e sanzionatorio della legge (CANESTRARI 2004a, 418; MARELLA-VIRGILIO 2004, 171; CORTI 2007, 497, che denuncia il carattere inusuale della molteplicità di divieti e sanzioni contenuti nella legge a fronte della regolamentazione di diritti fondamentali relativi a rapporti personali) si spiegano in considerazione delle opposte visioni della vita umana che caratterizzano la società italiana, in questo senso differenziata da quella dei numerosi Stati europei ove si è legiferato in materia senza eccessivi traumi. In Italia è ancora ampiamente condivisa una concezione sacrale della vita umana — che ha nella Chiesa cattolica la sua massima, ma non esclusiva, sostenitrice — che condanna senza eccezione qualsiasi intervento dell'uomo nella sfera della riproduzione e più in generale della sessualità (in argomento, *Evangelium Vitae* 1995). Una simile concezione non può che condurre ad una legislazione in termini di divieto delle pratiche di fecondazione assistita; divieto che però confligge con la altrettanto diffusa concezione c.d. « utilitaristica » della vita umana, alla cui stregua, entro limiti da prefissarsi, gli interventi su di essa sono consentiti quando siano diretti al perseguimento del benessere della persona (MORI 1995, 86 e 136; cfr., in termini generali, BIANCA C.M. 2014, 403 ss.). **1.2.** Nel **contesto europeo** leggi in materia sono apparse già a partire dagli anni Ottanta determinando limiti, condizioni e modalità di accesso alle tecniche di fecondazione (DIURNI 1998, 54). Tra i molti Paesi europei che hanno emanato, negli ultimi anni, leggi dirette a disciplinare gli interventi di riproduzione medicalmente assistita si annoverano — qui senza pretesa di esaustività — la Francia (l. 7 lug. 2011/814, recante al titolo VI la disciplina dell'*Assistance Médicale à la Procréation*; in precedenza erano intervenute sul tema la l. 6 ago. 2004/800, *relative à la bioéthique*, ed ancor prima la legge sul rispetto del corpo umano del 1994); Austria (legge federale di introduzione di norme sulla riproduzione assistita, nonché di riforma del codice civile, della legge sul matrimonio e della norma di giurisdizione, 1992); Gran Bretagna (legge sulla fecondazione umana e l'embriologia, 1990, modificata nel 2003); Spagna (legge sulle tecniche di riproduzione assistita, 1988 e 2003); Svezia (legge sull'inseminazione, 1984, e legge sulla fecondazione all'esterno del corpo umano, 1988); Germania (legge sulla tutela degli embrioni, 1990) (per una trattazione della materia in chiave comparatistica v. PENASA 2015, passim). In sintesi, dette disposizioni consentono in linea di massima l'inseminazione eterologa e non permettono al marito consenziente il disconoscimento della paternità (in Germania, pur essendo consentito il disconoscimento al marito che ha prestato il consenso, la giurisprudenza configura il consenso medesimo come contratto a favore di terzo, in forza del quale il figlio acquista nei confronti del marito della madre lo stesso diritto al mantenimento spettante al figlio legittimo: in proposito,

DIURNI 1998, 54; BALESTRA 2004; VILLANI 2012, 615 ss.). **1.3.** Molteplici questioni che la procreazione assistita prospetta trovano rilevanti disposizioni in vari documenti sovranazionali, tra i quali si annoverano la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, firmata a Nizza il 7 dic. 2000 (la quale ha acquistato efficacia vincolante a seguito dell'entrata in vigore, il 1 dicembre 2009, del Trattato di riforma del Trattato UE e del Trattato CE firmato a Lisbona il 13 dic. 2007), recante disposizioni in tema di consenso libero e informato, di divieto di pratiche eugenetiche e di clonazione riproduttiva degli esseri umani; la Convenzione di Oviedo del 4 apr. 1997 (Convenzione per la protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano nei confronti delle applicazioni della biologia e della medicina. Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina) ed il relativo Protocollo addizionale di Parigi del 12 gen. 1998, in tema di divieto di clonazione di esseri umani, entrambi resi esecutivi con l. 28 mar. 2001/145. Dalle disposizioni menzionate si evince la centrale rilevanza che assume la dignità della persona e del concepito, alla quale deve necessariamente ispirarsi anche la disciplina nazionale della procreazione assistita (cfr. BUSNELLI 2003, 266). Accanto a siffatte disposizioni rilevano quelle che sanciscono il rispetto della vita umana, quali l'art. 3 della Dichiarazione universale dei diritti umani del 10 dic. 1948; l'art. 6 del Patto sui diritti civili e politici del 16 dic. 1966, nonché l'art. 2 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (Roma 4 nov. 1950), con gli emendamenti di cui al Protocollo n. 11 firmato a Strasburgo l'11 maggio 1994, ed entrato in vigore nel 1998. Non meno avvertita è infine l'esigenza di valutare la liceità delle moderne tecniche riproduttive alla luce del valore fondamentale rappresentato dall'interesse del minore, proclamato, tra gli altri, dall'art. 3.1 della Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989, e di altri diritti basilari, quali, a titolo esemplificativo, quelli alla libertà riproduttiva e a fondare una famiglia, che trovano molteplici riconoscimenti sovranazionali (su tali aspetti si rinvia a CAMPIGLIO 2003). **1.4.** Il fenomeno della procreazione assistita non coinvolge solo regole di diritto positivo; altre ve ne sono sul piano della **morale o della deontologia**, quali, ad esempio, gli indirizzi del Pontefice contenuti in numerosi documenti, i pareri del Comitato nazionale di bioetica, i criteri di deontologia adottati dalla Federazione degli Ordini dei medici: cfr. *Evangelium Vitae* 1995; *Parere del Comitato nazionale per la bioetica sulle tecniche di procreazione assistita*, FD, 1995, 300, nt. DOGLIOTTI; *Delibera del Comitato nazionale per la Bioetica, L'adozione per la nascita (APN) degli embrioni crioconservati e residuali derivanti da procreazione medicalmente assistita (p.m.a.)*, Ius, 2006, 1, 79; Codice di deontologia medica, approvato dal Consiglio nazionale il 18 maggio 2014 (ma v. già l'art. 44 del Codice di deontologia medica del 16 dic. 2006, nonché l'art. 42 della precedente edizione del 1998).

2. La questione della liceità delle tecniche di p.m.a. 2.1. Un primo approccio alla questione della liceità delle tecniche — i cui limiti sono oggi positivamente regolati dalla legge vigente — deve necessariamente muovere dalla **indagine preliminare circa la sussistenza di un diritto soggettivo alla procrea-**

zione, che conferisca la titolarità di un interesse giuridicamente rilevante e degno di tutela a ricorrere a mezzi artificiali. Si è osservato che, in linea di principio, il nostro ordinamento contempla il diritto alla procreazione, come correlato all'esercizio del diritto alla libertà sessuale (MORI 1995, 136; GORASSINI 1987, 944; FURGIUELE 1989, 260; in senso critico, SCIANCALEPORE-STANZIONE 2001, 13; BUSNELLI 1996, 583); questo diritto è anche desumibile da una fonte di legge ordinaria, cioè dall'art. 1 l. 22 mag. 1978/194, disciplinante l'interruzione volontaria della gravidanza. Ma, a ben vedere, lo stesso art. 2 Cost., nel riconoscere i diritti inviolabili della persona, non può non contemplare quello alla libertà di riprodursi, cioè di trasmettere la vita (CELOTTO 2005, 61; CORTI 2007, 494, che deduce il diritto fondamentale alla procreazione, oltre che dalle Carte sovranazionali, dagli artt. 2, 29, 30, 31 Cost. e dall'art. 1 l. 1978/194 sull'interruzione volontaria della gravidanza). Mentre non si è mai dubitato della piena ed assoluta libertà di procreare con mezzi naturali, indipendentemente dalle condizioni personali e sociali del soggetto, il ricorso a mezzi artificiali porta con sé dubbi ed incertezze, per lo più indotti dalla preoccupazione che siano pregiudicati gli interessi del nascituro. In concreto, se dal diritto alla procreazione possa essere fatto discendere, come conseguenza diretta, un diritto al ricorso a metodiche di fecondazione assistita è questione discussa, anche se la dottrina più recente sembra concorde sul fatto che lo Stato non possa negare il diritto di una persona ad avere figli, e, quindi, il diritto a ricorrere a tecniche procreative, salvi i legittimi limiti a protezione di altri interessi, quale in primo luogo quello del nascituro. Esempi di consimili limitazioni è dato rinvenire nella legge in commento, che vietava l'inseminazione eterologa (divieto ora abrogato dalla Corte costituzionale con sentenza 10 giu. 2014/162, su cui v. *infra*, sub artt. 4-5, § 2) e tuttora vieta l'accesso alle tecniche alla persona *single* (v. *infra*, sub art. 5) (CANESTRARI 2004b, 429). In breve sintesi, nel dettare regole sulla procreazione assistita il legislatore ha inteso contemperare la prospettiva adultocentrica — che richiede il tendenziale riconoscimento dell'aspirazione dell'adulto a divenire genitore — con quella puerocentrica — che richiede modalità procreative dirette ad assicurare al nato una condizione personale e relazionale tale da garantirgli un armonioso sviluppo della personalità: come si è efficacemente sintetizzato, nella disciplina della p.m.a. si fronteggiano *the right to a child v. the right of a child* (NIELSEN 1993).

2.2. I problemi che si ponevano prima dell'entrata in vigore della l. 2004/40 erano in concreto di due ordini: l'uno, relativo alla **liceità delle pratiche di procreazione assistita**; l'altro, alle **modalità di attribuzione dello status in capo al nato**. Pur con qualche dissenso, si ritenevano lecite sia la fecondazione artificiale omologa — che consiste nell'utilizzazione del liquido seminale del marito, eventualmente trattato per evidenziarne la capacità riproduttiva — che quella eterologa, in cui si utilizzano gameti — maschili o femminili — di soggetto diverso dal *partner*. Nella fecondazione omologa, sussiste una perfetta coincidenza fra verità biologica e verità giuridica, cosicché non vi erano ostacoli a che il figlio nato da genitori uniti in matrimonio conseguisse lo stato di figlio matrimoniale (allora "legittimo"; TRABUCCHI 1986, 495; MORI 1995, 54).

2.3. Ben più complessa era invece la situazione che si creava a seguito della **fecondazione artificiale eterologa**. Tale tecnica riproduttiva — vietata dalla legge

prima dell'intervento della Corte costituzionale con sent. 2014/162 cit. (v. *infra*, sub artt. 4-5, § 2) — in linea di massima sembra porre in discussione il rispetto dell'obbligo di fedeltà coniugale ed altresì un principio che, negli anni successivi alla Riforma del '75, ha ispirato la legislazione familiare quale espressione di un valore perseguito e vissuto quale caposaldo di civiltà giuridica: quello del *favor veritatis*, contrapposto al *favor legitimitatis* che caratterizzava la disciplina della filiazione precedente alla riforma del '75. *Favor veritatis* significa, sostanzialmente, che l'ordinamento consente l'accertamento della paternità biologica anche quando si pone in contrasto con quella legale. Il discorso si collega alla presunzione di paternità del marito di cui all'art. 231 c.c., che oggi, in linea di massima, ma fatte salve le eccezioni di recente introdotte dalla legge a tutela della stabilità dello stato di figlio (cfr. artt. 244, c. 5; 263, c. 2, c.c.), può essere rimossa tutte le volte in cui non vi sia coincidenza fra quella presunzione e la verità del concepimento (art. 243-*bis* c.c.).

2.4. Ora, laddove il concepimento fosse dovuto al seme di un soggetto diverso dal marito, consenziente alla fecondazione artificiale della moglie, si poneva un triplice problema. Innanzitutto, se la paternità legale potesse essere attribuita al marito in forza dell'art. 231 c.c. In secondo luogo, se il marito che avesse prestato il proprio consenso all'inseminazione potesse successivamente far valere la verità della procreazione, e, quindi, dichiararsi estraneo alla medesima, esercitando l'azione di disconoscimento della paternità. Infine, se il donatore del seme utilizzato per la fecondazione potesse essere ritenuto padre, non solo biologico, ma anche legale, e quindi procedere al riconoscimento del figlio o essere passivamente legittimato nel giudizio di dichiarazione giudiziale della paternità. Sul presupposto, come si rilevò invero acriticamente ritenuto (SESTA 1999a, 239 ss.), che la presunzione di paternità operasse anche in presenza di tecniche di p.m.a., la giurisprudenza ebbe ad occuparsi ripetutamente della ammissibilità del disconoscimento; inizialmente era prevalsa la tesi della revocabilità del consenso del marito e, quindi, della esperibilità dell'azione di impugnativa della paternità (T Cremona 17 feb. 1994, FD, 1994, 179, con note di DOGLIOTTI e PONZANELLI; e v. già T Roma 30 apr. 1956, GI, 1957, I, 2, 218, nt. TRABUCCHI; A Brescia 10 mag. 1995, FD, 1996, 34, nt. DOGLIOTTI). I giudici avevano incentrato l'attenzione esclusivamente sul profilo dell'indisponibilità degli *status* e sulla tutela della verità della filiazione, ritenendo che — laddove si fosse attribuita rilevanza al consenso del marito — si sarebbe introdotta « in via interpretativa, una limitazione non consentita al principio del *favor veritatis*, che caratterizza tutta la disciplina della filiazione ». Della questione fu investita la Corte costituzionale — sul presupposto che le norme all'epoca vigenti, che consentivano al marito di revocare il consenso alla fecondazione e, quindi, di disconoscere il nato, violassero gli artt. 3, 29, 30 e 31 Cost. — la quale, con sentenza di inammissibilità (C. cost. 22 set. 1998/347, GD, 1998, n. 39, 38, nt. FINOCCHIARO; SCIANCALEPORE 1998; BALESTRA 1999; UCCELLA 1999), dichiarò l'estraneità della fattispecie in esame alla disciplina censurata. Secondo il pensiero del giudice delle leggi, infatti, in tale ed in similari ipotesi il ricorso all'azione di disconoscimento dovrebbe ritenersi escluso a priori, poiché la relativa norma concerne « esclusivamente la generazione che segua ad un rapporto adulterino, ammettendo il disconoscimento della paternità in tassative ipo-

tesi, quando le circostanze indicate dal legislatore facciano presumere che la gravidanza sia riconducibile, in violazione del dovere di reciproca fedeltà, ad un rapporto sessuale con persona diversa dal coniuge ». Si rimetteva quindi la questione principalmente al legislatore, sollecitandone un intervento regolatore e, quindi, sostanzialmente al giudice, data la situazione di vuoto normativo all'epoca esistente. **2.5.** La Corte di cassazione (CC 16 mar. 1999/ 2315, FD 1999, 233, nt. SESTA; v. anche BIANCA C.M. 1999) ebbe a statuire che « in tema di fecondazione assistita eterologa, il marito che ha validamente concordato o comunque manifestato il proprio preventivo consenso alla fecondazione assistita della moglie con seme di donatore ignoto non ha azione per il disconoscimento della paternità del bambino concepito e partorito in esito a tale inseminazione » (T Napoli 24 giu. 1999: GC, I, 1999, 2507, nt. MORELLI; NGCC, 2000, II, 366, nt. BALESTRA). Circa la posizione del donatore, si riteneva — per il vero senza adeguati riscontri nei principi generali (art. 30 Cost.), ma piuttosto per imitazione delle discipline estere — che non si instaurasse una relazione giuridica tra lui ed il nato (TRABUCCHI 1986, 500; *contra*, AULETTA 1986).

3. I principi della legge 2004/40: i diritti dell'embrione. 3.1. Come si è anticipato, la l. 2004/40 si presenta quantomai restrittiva nel disciplinare la materia, nel dichiarato intento di limitare il ricorso alle tecniche, che è consentito solo in favore di coppie sterili « qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità » (art. 1, c. 2; tra le opere più recenti in materia cfr. STEFANELLI 2015, 79 ss.; CICERO 2016, 278 ss.; D'AMICO M.-LIBERALI 2016, *passim*; SALANITRO 2016a, 3655 ss.; VALLINI 2016, 696 ss). Il **carattere del tutto residuale** che il legislatore assegna alle tecniche di procreazione medicalmente assistita trova esplicita conferma nella disposizione contenuta all'art. 2 in commento, che, con intento programmatico, individua una serie di interventi che possano consentire di risolvere i problemi connessi alla sterilità ed alla infertilità con modalità differenti rispetto a quelle propriamente di procreazione artificiale. **L'atteggiamento di prudenza** del legislatore trova la sua *ratio* dichiarata nell'intento di **assicurare i diritti di tutti i soggetti** coinvolti nel procedimento procreativo, **compreso il concepito**, che viene espressamente e per la prima volta elevato al rango di « soggetto » (art. 1), in favore del quale sono espressamente dettate specifiche misure di tutela agli artt. 13 e 14 (OPPO 2005, 99-112). **3.2.** La disposizione contenuta all'art. 1 fonda l'intera l. 2004/40 e per certi versi innova il preesistente quadro normativo, in cui l'acquisto di diritti era subordinato all'evento della nascita (art. 1, c. 2, c.c.) (RESCIGNO 1988, 218). Ci si può chiedere se l'uso del termine concepito consenta all'interprete di differenziarlo dall'embrione, per esempio ritenendo che il concepito a cui la norma si riferisce sia da intendere non quale embrione *in vitro*, ma quale entità già accolta nel grembo materno e, quindi, dotata di concreta attitudine a nascere; in questo modo la norma costituirebbe una sorta di riconferma di quella contenuta nell'art. 1 l. 1978/194, che impegna lo Stato ad una tutela della vita umana sin dal suo inizio. In verità, una lettura sistematica della legge in commento non pare giustificare una simile inter-

pretazione restrittiva, visto quanto disposto dagli artt. 13 e 14, che dettano le concrete disposizioni a tutela dell'embrione e che sono sicuramente pensati indipendentemente dal trasferimento dell'embrione stesso nel corpo materno (BELLELLI 2004, 986; MORETTI 2007, 291; VILLANI 2012, 625 ss., per il quale il legislatore, nel nominare il concepito, ha inteso riferirsi all'embrione, da intendersi, in assenza di indicazioni legislative, quale embrione *in vitro*. L'Autore rileva anche come non sia attribuibile all'embrione *in vitro* una piena capacità giuridica, bensì una soggettività più semplice e meno garantita, al pari di quella che si suole riconoscere alle entità diverse dalle persone vere e proprie) (prima della l. 2004/40, v. MAZZONI 2002, 127). **3.3.** Al di là delle parole usate e della coerenza formale della definizione, il legislatore ha inteso dunque statuire che l'embrione, in quanto « vita umana », meriti la tutela della propria dignità, ancorché detta tutela, in linea di principio, non debba necessariamente assumere le forme riservate alla persona vivente (BUSNELLI 2003, 276). In definitiva, risulta con chiarezza dalla disposizione di cui trattasi che il legislatore considera l'embrione un'entità titolare di diritti, onde l'ordinamento è chiamato a proteggerne innanzitutto il diritto alla vita, che comporta quello a nascere, e, più in generale, la dignità umana, che ne impedisce una utilizzazione in qualsiasi modo strumentale, e cioè che comporti il sacrificio dell'embrione in favore di persone viventi o di finalità di ricerca. Da questo presupposto discendono e trovano giustificazione le singole disposizioni della legge volte a definire una sfera di intangibilità dell'embrione, applicazioni della riconosciuta soggettività dell'embrione stesso. La scelta del legislatore, ancorché non unanimemente condivisa, non appare in sé irrazionale, ed anzi trova conferme in numerose disposizioni internazionali, nella stessa Carta costituzionale e nella giurisprudenza della Corte di cassazione (v. riferimenti in CASINI C.-CASINI M.-DI PIETRO 2004, *passim*; sulla posizione giuridica dell'embrione v., diffusamente, ALPA 2006, 206 ss.).

4. Divieti. (Rinvio). 4.1. Sulla base dello statuto ontologico oggi legalmente riconosciuto all'embrione è agevole comprendere come **tutto l'impianto della legge sia caratterizzato dall'intento di porre limiti**, in origine particolarmente **rigorosi** (sulla progressiva erosione dei divieti di legge ad opera della giurisprudenza v. SGRECCIA-CASINI M. 2014, 937 ss.; FATTORI 2015, *passim*), alle tecniche di procreazione assistita. Emblematico al riguardo era il divieto di fecondazione eterologa, poi venuto meno ad opera della Corte costituzionale (sent. 2014/162, cit.), ma più in generale si pensi ai limiti di accesso alle tecniche, consentito solo « qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità » (art. 1, c. 2, e art. 4, c. 1); ai rigidi requisiti soggettivi (art. 5); al circostanziato consenso informato (art. 6); al divieto di fecondazione *post mortem* (artt. 5 e 12, c. 2); al divieto di maternità surrogata (art. 12, c. 6); alla indispensabile autorizzazione regionale della struttura in cui gli interventi possono essere esclusivamente realizzati (art. 10); al relativo registro nazionale in cui le medesime strutture devono obbligatoriamente essere iscritte (art. 11); alla possibilità per i sanitari di sollevare l'obiezione di coscienza (art. 16). Ancora, è

assai rilevante notare la disciplina dei divieti e delle sanzioni (artt. 12, 13, 14, 17, c. 2, su cui v. *infra*, § 4.4 e ss.), di notevole asprezza, che assume una rilevanza centrale nella filosofia della legge, che, per tali ragioni, è stata da più parti criticata (CANESTRARI 2004a, 418; SANTOSUOSSO A. 2004, 29; VILLANI 2012, 710, che critica la scelta del legislatore rilevando l'opportunità di un impiego a fini di sperimentazione e ricerca).

4.2. Non a caso l'approvazione della l. 2004/40 fu accompagnata da critiche sfociate nella proposizione di ben **cinque quesiti referendari**, miranti, uno, alla totale abrogazione della legge, dichiarato inammissibile da C. cost. 28 gen. 2005/45 (G COST, 2005, 1, 348, nt. PERTICI) sulla base del rilievo che la disciplina in materia di p.m.a. è una « normativa costituzionalmente necessaria », rappresentando la prima legislazione relativa ad un delicato settore che involge una pluralità di interessi costituzionali, ragion per cui essa non può essere *sic et simpliciter* abrogata; gli altri, all'abrogazione di alcune norme ritenute particolarmente restrittive, quali il divieto di fecondazione eterologa, il divieto di diagnosi preimpianto, nonché le norme che limitano l'accesso alle tecniche ai soli casi di infertilità o sterilità, questi ultimi ritenuti ammissibili da C. cost. 28 gen. 2005/46/47/48/49 (GI, 2005, 2022, nt. SCIATTA; FD, 2005, 195, nt. LAMARQUE). Tuttavia, il mancato raggiungimento del *quorum* referendario ha fatto sì che nulla sia cambiato rispetto alla originaria formulazione legislativa (in argomento, VILLANI 2012, 615).

4.3. Particolare attenzione meritano, come anticipato, i divieti enunciati dagli artt. 13 — che, nel proibire qualsiasi sperimentazione sugli embrioni umani, consente solo attività di ricerca clinica e sperimentale diretta a finalità terapeutiche e diagnostiche a tutela della salute dell'embrione stesso — e 14, che detta i limiti all'applicazione delle tecniche sugli embrioni (BELLELLI 2004, 981). Sulla scia delle predette regole, la giurisprudenza, nelle prime applicazioni della legge, aveva ritenuto illecita l'effettuazione di **indagini preimpianto dirette ad accertare la presenza di malattie genetiche** incurabili, argomentando che lo statuto legale dell'embrione non può tollerare l'applicazione di preventiva selezione eugenetica (T Catania 3 mag. 2004, FD, 2004, 372, con commenti di FERRANDO e DOGLIOTTI; D FAM, 2005, 2, 550, nt. D'AVACK; D FAM, 2005, 1, 97, nt. MOROZZO DELLA ROCCA; v. anche CAMPIGLIO 2003, 230). Deve ricordarsi, in proposito, che tra le finalità della legge non era stata contemplata quella di consentire l'accesso alle tecniche di p.m.a. a coppie non sterili che volessero evitare la trasmissione di malattie genetiche ai propri figli (ma v. le successive aperture della giurisprudenza anche della Consulta, *infra*, sub artt. 4-5, § 1.2): in questo senso si era già espresso il Parlamento europeo nella risoluzione (doc. a 2-372/88) concernente la fecondazione artificiale *in vivo* o *in vitro*, in cui si prevede che « in nessun caso si debba ricorrere ai metodi della fecondazione extracorporea per la selezione di determinati embrioni e [si] chiede pertanto di vietare qualsiasi forma di esame genetico degli embrioni al di fuori del corpo materno ». Anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea dispone (art. 3.2) che, nell'ambito della medicina e della biologia, devono essere in particolare rispettati il divieto delle pratiche eugenetiche, segnatamente di quelle aventi come scopo la selezione delle persone. Parte della dottrina ritiene, peraltro, che questa previsione sia da interpretare in senso restrittivo, nel senso cioè di vietare le forme classiche di eugenetica, ma non *screening* genetici diretti a

prevenire la nascita di individui affetti da gravi malattie (CAMPIGLIO 2003, 258). Questo costituì un punto particolarmente critico della legge, poiché si poneva fortemente in contrasto con la prassi invalsa da decenni di effettuare indagini prenatali sui feti, al fine di consentire alla madre, se del caso, l'interruzione della gravidanza *ex art. 6, lett. b, l. 1978/194*. È vero che la l. 1978/194 ammette l'interruzione della gravidanza non per il fatto che il feto sia malformato, ma per i riflessi che la nascita di quel soggetto avrebbe sulla salute fisica o psichica della madre, mentre l'indagine pre-impianto sull'embrione non si collega se non indirettamente con la tutela della salute della donna; tuttavia non v'è dubbio che si fosse creata in tal modo una rilevante antinomia nel sistema, che sembrava esigere che l'embrione potesse essere sottoposto ad indagini solo successivamente al trasferimento in utero, onde eventualmente procedere all'aborto. Detta antinomia — priva di ogni ragionevole concreta giustificazione (BELLELLI 2004, 980) —, se trovava una spiegazione nei differenti motivi che avevano ispirato le norme della l. 1978/194 rispetto a quelli della l. 2004/40, non poteva lasciare soddisfatto l'interprete posto nell'alternativa della denuncia di illegittimità costituzionale ovvero del ricorso ad una interpretazione che contemperasse le menzionate regole tra loro in conflitto (anche valorizzando il dato testuale dell'art. 14 l. 2004/40, che, nel vietare la soppressione di embrioni, mantiene « fermo » quanto previsto dalla l. 1978/194; così DOGLIOTTI 2004; PALAZZO 2013, 21). In tale ultima direzione si era incamminata la **giurisprudenza di merito**, in seno alla quale si erano registrate **aperture sempre più esplicite a favore delle indagini preimpianto**. Così T Cagliari 16 lug. 2005 (GI, 2006, 1169, nt. BANCHETTI; RA DC, 2006, 792, nt. BALDINI; RCP, 2005, 1418, nt. DELLA BELLA) ha ritenuto non infondata la q.l.c. dell'art. 13, che vieta la diagnosi preimpianto, quando i potenziali genitori siano portatori di malattie genetiche e quando l'omissione implichi un pericolo assoluto per la salute psico-fisica della donna. Il giudice delle leggi (C. cost. 9 nov. 2006/369: GD, 2006, n. 45, 24, nt. FIORINI; D FAM, 2007, 1, 27, nt. D'AVACK; GI, 2007, 1618, nt. TRUCCO; FD, 2007, 547, nt. FIGONE; FPS, 2007, 308, nt. DELLA BELLA; G COST, 2006, 3837, nt. CASINI C. e CASINI M., e *ibidem*, 3846, nt. CELOTTO), dal canto suo, in un primo tempo aveva dichiarato manifestamente inammissibile la q.l.c. dell'art. 13 l. 19 feb. 2004/40, censurato in riferimento agli artt. 2, 3, 32 Cost., nella parte in cui fa divieto di ottenere, **su richiesta dei soggetti che hanno avuto accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita** (*id est*, la coppia sterile), la diagnosi preimpianto sull'embrione ai fini dell'accertamento di eventuali patologie, atteso che tale divieto sarebbe stato desumibile anche da altri articoli della stessa legge non espressamente impugnati dal giudice *a quo*. Successivamente, due interessanti decisioni di merito hanno riaperto i termini della questione, affermando la liceità della diagnosi preimpianto quando strumentale all'accertamento di eventuali malattie dell'embrione. T Cagliari 22 set. 2007/2508 (FI, 2007, 11, 3245, nt. CASABURI; GD, 2007, 46, 59, nt. DE NICOLA e PORRACCILO; GM, 2008, 1, 99, nt. SIMEOLI; GM, 2008, 1002, nt. DI MARZIO) ha, invero, affermato che la diagnosi preimpianto può ritenersi lecita quando risponda alle seguenti caratteristiche: sia stata richiesta dai soggetti indicati nell'art. 14, c. 5, l. 2004/40; abbia ad oggetto gli embrioni destinati all'impianto nel grembo materno; sia strumentale all'accertamento di eventuali

malattie dell'embrione; sia finalizzata a garantire a coloro che abbiano avuto legittimo accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita una adeguata informazione sullo stato di salute degli embrioni da impiantare. Nella specie, è stato riconosciuto alla coppia il diritto di ottenere che il personale sanitario procedesse all'indagine preimpianto anche con tecniche invasive e comunque secondo metodologie che, in base alla scienza medica, offrissero il maggior grado di attendibilità della diagnosi e il minor margine di rischio per la salute e le potenzialità di sviluppo dell'embrione. Il Tribunale ha fondato la sua decisione su argomenti — tutti, per la verità, già ampiamente sviluppati dalla dottrina maggioritaria — quali la mancanza di un esplicito divieto di legge alla diagnosi; la netta distinzione tra l'attività di ricerca, sperimentazione e manipolazione genetica e la diagnosi preimpianto; l'espressa salvezza della legge sull'interruzione volontaria della gravidanza, che fa ritenere che la tutela del concepito si arresti comunque davanti al prevalente interesse della donna alla salute fisico-psichica. Similmente, T Firenze 17 dic. 2007 (GD, 2008, 3, 53, nt. SALERNO) ha ritenuto che, al fine di assicurare il diritto della coppia sterile e portatrice di malattie genetiche trasmissibili di avere conoscenza dello stato di salute dell'embrione ottenuto mediante la procreazione medicalmente assistita e destinato ad essere impiantato nel grembo della donna, la coppia medesima abbia il diritto di ottenere che il personale sanitario proceda all'indagine preimpianto e che, successivamente alla verifica, proceda al trasferimento in utero dei soli embrioni sani o portatori sani, secondo le tecniche della migliore scienza medica (sull'evoluzione della giurisprudenza in tema di procreazione medicalmente assistita v. VIPIANA 2007, 1, 87. Con specifico riferimento alla giurisprudenza della Corte costituzionale v. VERONESI 2007, 105). Il percorso è stato poi completato — lo si vedrà meglio *infra*, sub art. 7, § 2 — da una pronuncia del giudice amministrativo (TAR Lazio, Roma, 21 gen. 2008/398, GM, 2008, 1144, nt. DODARO; FD, 2008, 499, nt. FIGONE), che ha dichiarato illegittimo il divieto di diagnosi preimpianto senza finalità eugenetica, giacché divieto creato *ex novo* e *contra legem* dalle "Linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita" contenute nel d.m. 21 lug. 2004/15165 (v. *infra*, sub art. 7, § 1); e in ragione di ciò il Ministero della Salute, con decreto 11 apr. 2008 (v. *infra*, sub art. 7, § 3), ha aggiornato le Linee guida del 2004 sopprimendo il limite costituito dalla sola indagine di tipo osservazionale, e cioè, fermo il divieto di diagnosi preimpianto a finalità eugenetica, ammettendo la diagnosi preimpianto se effettuata allo scopo di conoscere lo stato di salute dell'embrione. Rimaneva, in ogni caso, dubbio se a tali indagini potessero legittimamente ricorrere anche coppie fertili ma portatrici di malattie genetiche, considerata la norma generale che limita l'accesso alla procreazione assistita alle sole coppie sterili o infertili (art. 4), ma la questione è stata positivamente risolta dalla Consulta con sentenza n. 96/2015 (v. *infra*, sub artt. 4-5, § 1.2). **4.4.** La tutela dell'embrione ispira anche le norme dell'art. 14, c. 1, 2 e 3 (v. *infra*, sub art. 14), che **stabilivano il divieto di produrre più di tre embrioni per ogni ciclo terapeutico e prevedevano che tutti quelli prodotti fossero impiantati contemporaneamente**; contestualmente prescrivevano il divieto di crioconservazione degli embrioni, salvo casi eccezionali di forza maggiore. In argomento, la già citata sentenza del TAR Lazio, Roma, 21 gen.

2008/398 ha sollevato, in riferimento agli artt. 3 e 32 Cost., q.l.c. dell'art. 14, c. 2 e c. 3, l. 2004/40, nella parte in cui prevede, ai fini dell'applicazione della procedura della procreazione medicalmente assistita, la formazione di un numero limitato di embrioni, fino ad un massimo di tre, da impiantare contestualmente, e vieta la crioconservazione di embrioni al di fuori delle limitate ipotesi ivi previste: se lo scopo della l. 2004/40 è, invero, quello di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana e di individuare un giusto bilanciamento tra l'interesse di tutela dell'embrione e quello di tutela dell'esigenza di procreazione, l'art. 14 contrasta con l'art. 3 Cost. « nella misura in cui rivela una sua intrinseca irrazionalità violando il canone di ragionevolezza [...] e per quanto attiene alla parità di trattamento »; e con l'art. 32 Cost. « nella misura in cui consente pratiche che non bilanciano adeguatamente la tutela della salute della donna con la tutela dell'embrione ». La **Corte costituzionale** (C. cost. 8 mag. 2009/151, FI, 2009, I, 2301, sulla quale v. ancora *infra*, sub art. 14) **ha dichiarato l'illegittimità** dell'art. 14, c. 2, l. 2004/40 limitatamente alle parole « **ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre** ». La Corte ha altresì dichiarato l'illegittimità costituzionale del c. 3 del medesimo articolo nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, debba essere effettuato senza pregiudizio per la salute della donna. **4.5.** È stata invece dichiarata inammissibile, per difetto di rilevanza nei giudizi principali, la questione di legittimità costituzionale dell'**art. 14**, c. 1 (C. cost. 2009/151, cit.), che **vieta la crioconservazione**, fermo quanto previsto dalla l. 1978/194 (v. *infra*, sub art. 14). A questo riguardo è d'uopo, **però**, precisare che, attraverso la soppressione dell'irragionevole limite dei tre embrioni il cui trasferimento doveva originariamente realizzarsi in un unico e contemporaneo impianto, **la sent. 2009/151 ha finito per introdurre una deroga** al generale divieto di crioconservazione posto dall'art. 14, c. 1 — deroga ulteriore rispetto a quella già contemplata dal c. 3 della norma, (al cui più compiuto commento si rinvia, che ammette la crioconservazione degli embrioni non trasferibili per causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione —, essendosi sostanzialmente consentita la crioconservazione con riguardo agli embrioni, appunto, prodotti ma non impiantati. **4.6.** Ai sensi dell'**art. 14**, c. 4, è **poi vietata la riduzione embrionaria di gravidanza plurima**, conseguente al trasferimento di più embrioni (fino a tre), salvo che, ai sensi della l. 1978/194, essa sia fonte di rischio per la salute psico-fisica della donna (cfr. T Cagliari 29 giu. 2004, FD, 2004, 498, nt. FIGONE; D FAM, 2006, 1735, nt. CHIARELLA, in cui si è autorizzato in via di urgenza, *ex art. 700 c.p.c.*, un intervento di riduzione embrionaria (rifiutato dalle strutture mediche perché ritenuto in contrasto con l'art. 14 l. 2004/40) sulla base dello stato di necessità; nella specie, si trattava di gravidanza trigemina ingenerata da procreazione assistita e la richiesta si fondava sulle precarie condizioni di salute della gestante che, data la sua conformazione fisica, avrebbe rischiato gravi complicanze). **4.7.** Come anticipato, l'**art. 13** della l. 2004/40 **pone un divieto assoluto di qualsiasi ricerca clinica o sperimentale sull'embrione** che non sia finalizzata alla tutela stessa dell'embrione. La norma, in relazione ai suoi c. 1, 2 e 3, è stata, di recente, sottoposta allo **scrutinio della Corte costituzionale** (C.

cost. 13 apr. 2016/84, D FAM, 2016, 745, DPP, 2016, 1199 ss., nt. SANFILIPPO, *L'esitazione della Consulta salva il divieto di ricerca sull'embrione*; a commento della pronuncia v. anche CARUSI 2017, 307 ss.; nonché RIVERA 2017, 310 ss.), per preteso contrasto con gli artt. 2, 3, 9, 13, 31, 32 e 33, c. 1, Cost., nella parte in cui non consente la destinazione degli embrioni soprannumerari alla ricerca scientifica biomedica, anche in funzione della tutela della salute come diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività (T Firenze 7 dic. 2012, ord., Le Corti fiorentine, 2016, 94 ss., nt. BALDINI, *Embrioni soprannumerari, ricerca scientifica e divieti normativi. Riflessione a margine delle prime pronunce della giurisprudenza italiana e della Corte EDU*). In altri termini, il giudice *a quo* ha sollecitato "una pronuncia additiva, tale da comportare un temperamento all'assolutezza di quel divieto, nel senso che ove rimanga, in concreto, accertato che l'embrione non sia più impiegabile a fini procreativi (e, quindi, risulti destinato a rapida « estinzione »), esso possa essere utilizzato, previa acquisizione del consenso dei generanti, per altri scopi « costituzionalmente rilevanti », quale quello della ricerca scientifica bio-medica in funzione (anche) della tutela della salute come diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività" (l'efficace sintesi in C. cost. 2016/84). La Consulta ha, tuttavia, dichiarato l'inammissibilità della questione, non potendo intervenire in un ambito di pertinenza del legislatore, quale quello relativo al bilanciamento tra i confini incerti del concetto di dignità riferito all'embrione e la libertà di utilizzare gli embrioni in stato di abbandono a fini di ricerca (« È quella, dunque, recata dalla normativa impugnata una scelta di così elevata discrezionalità, per i profili assiologici che la connotano, da sottrarsi, per ciò stesso, al sindacato di questa Corte. Per di più, una diversa ponderazione dei valori in conflitto, nella direzione, auspicata dal rimettente, di una maggiore apertura alle esigenze della collettività correlate alle prospettive della ricerca scientifica, non potrebbe comunque introdursi nel tessuto normativo per via di un intervento additivo da parte di questa Corte [...], stante il carattere non "a rima obbligata" di un tale intervento »). Del resto, **su un caso simile** si era, da poco, (**negativamente**) **pronunciata la Corte europea dei diritti dell'uomo**, la quale, dapprima, con una sentenza sostanzialmente immotivata, e, a seguire nel 2015, con una pronuncia della *Grande Chambre* (**Corte EDU 27 ago. 2015**, ric. 46470/11, **Parrillo c. Italia**, *echr.coe.int*, e FI, 2015, IV, 453, con commento di CASABURI, *Ricerche embrionali: una occasione perduta dalla Corte europea*), ha affrontato la questione della compatibilità del divieto di sperimentazione sugli embrioni umani posto dalla l. 2004/40 rispetto all'art. 8 CEDU. La Corte non ha riconosciuto alcuna violazione da parte dello Stato italiano per due ordini di ragioni: innanzitutto, « rilevando che la volontà di donare gli embrioni alla ricerca si pone al di fuori di un eventuale progetto genitoriale e, di conseguenza, non fa parte del "nocciolo duro" dei diritti protetti dall'art. 8, poiché non incide su un "aspetto particolarmente importante dell'esistenza e dell'identità della ricorrente" » (l'efficace sintesi in PARDINI 2016, 790 ss., spec. § 4). Inoltre, la scelta del legislatore di vietare la ricerca e la sperimentazione sugli embrioni deve farsi rientrare nel margine di apprezzamento riconosciuto a ciascuno Stato, tanto più a fronte di « delicate questioni morali ed etiche » rispetto alle quali non esiste un "consenso europeo", « bensì una generale posizione di cautela » (PARDINI 2016, 790

ss., spec. § 4). La Corte conclude dunque che le statuizioni della l. 2004/40 siano il frutto di un dibattito ampio ed equilibrato che ha tenuto conto « dei differenti interessi in causa » (su questi aspetti v., comunque, ancora *infra, sub* art. 13). **4.8.** Rimane fermo il **divieto di soppressione degli embrioni**, sanzionato penalmente dall'art. 14, c. 1 e 6, l. 2004/40 (al cui commento si rinvia), la cui insopprimibile vigenza è stata, di recente, ribadita dalla citata sentenza della Consulta 2016/84, sulla base della considerazione che il « *vulnus* alla tutela della dignità dell'embrione », quale deriverebbe dalla sua soppressione, « non trova [...] giustificazione, in termini di contrappeso, nella tutela di altro interesse antagonista » (in questo senso, del resto, già C. cost. 11 nov. 2015/229, GD, 2015, n. 48, 16, nt. PORACCILO, FI, 2015, I, 3749, nt. CASABURI, espressamente richiamata da C. cost. 2016/84, e sulla quale v. meglio *infra, sub* artt. 4-5, § 1.2.; ma v. anche la citata C. cost. 2009/151, che aveva dichiarato inammissibile la questione sotto questo specifico profilo).

Capo II

ACCESSO ALLE TECNICHE

4 **Accesso alle tecniche.** — 1. *Il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è consentito solo quando sia accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione ed è comunque circoscritto ai casi di sterilità o di infertilità inspiegate documentate da atto medico nonché ai casi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico* ⁽¹⁾.

2. *Le tecniche di procreazione medicalmente assistita sono applicate in base ai seguenti principi:*

a) *gradualità, al fine di evitare il ricorso ad interventi aventi un grado di invasività tecnico e psicologico più gravoso per i destinatari, ispirandosi al principio della minore invasività;*

b) *consenso informato, da realizzare ai sensi dell'articolo 6.*

3. *È vietato il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo* ⁽²⁾.

⁽¹⁾ La C. cost., con sent. 5 giu. 2015/96 (in G.U., 10 giu. 2015/23), ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del presente comma nella parte in cui non consente il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, c. 1, lett b, l. 22 mag. 1978/194 (*Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*), accertate da apposite strutture pubbliche.

⁽²⁾ La C. cost., con sent. 10 giu. 2014/162 (in G.U., 18 giu. 2015/26), ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del presente comma, nella parte in cui stabilisce per la coppia di cui all'art. 5, c. 1, della presente legge, il divieto del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, qualora sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili.

5 **Requisiti soggettivi.** — 1. *Fermo restando quanto stabilito dall'articolo 4, comma 1, possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggio-*

renni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi.

SOMMARIO

1. L'accesso alle tecniche. — 2. L'abrogato divieto di fecondazione eterologa. — 3. Soggetti. — 4. La fecondazione *post mortem*. — 5. La maternità surrogata.

1. L'accesso alle tecniche. 1.1. La legge dispone che il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è consentito solo quando sia accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione ed è comunque circoscritto ai casi di sterilità o di infertilità inspiegate o dipendenti da cause accertate: in ogni caso, occorre una certificazione medica in proposito (art. 4, c. 1) (sul concetto di infertilità cfr. FLAMIGNI 2003, 366; v. anche VILLANI 2012, 646, secondo il quale i rigidi requisiti di accesso alla p.m.a. introducono « una sorta di principio di sussidiarietà »; in argomento v. anche SALANITRO 2016b, 1360). Il ricorso alle tecniche presuppone quindi **una vera e propria impossibilità della procreazione naturale**. Il che significa che coppie ipofertili non sono ammesse alle tecniche. **1.2.** Allo stesso modo, si era costantemente ritenuto che **coppie fertili ma portatrici di malattie genetiche non potessero far ricorso** alla fecondazione *in vitro* onde procedere ad indagini diagnostiche sull'embrione al fine di accertarne le condizioni di salute e conseguentemente impiantare in utero i soli embrioni risultati sani (VILLANI 2004, 60; CANESTRARI 2004a, 417; T Catania 3 mag. 2004, FD, 2004, 378). Ciò appariva confermato da quanto disposto all'art. 13, c. 2, che consente la ricerca clinica sull'embrione umano con finalità esclusivamente terapeutiche o diagnostiche volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso, e, quindi, la vieta quando la finalità sia quella di eliminare un embrione non sano, e dall'art. 13, c. 3, lett. b, che sanziona penalmente « ogni forma di selezione a scopo eugenetico degli embrioni » (v. *sub* art. 13). E, del resto, le sopra citate aperture giurisprudenziali a favore della diagnosi genetica preimpianto (v. *sub* artt. 1, 2, 3, § 4.3) avevano riguardato esclusivamente coppie infertili, e cioè coppie che rispondevano in ogni caso ai requisiti soggettivi richiesti dalla legge per poter far ricorso alla procreazione medicalmente assistita (eccetto, a quanto consta, un'unica e discutibile pronuncia, T Salerno 9 gen. 2010/191, D FAM, 2010, 745, nt. SPALAZZI CAPRONI, *La diagnosi pre-impianto nell'interpretazione della Consulta*, che ha superato il dettato normativo di cui all'art 4 l. 2004/40 e consentito ad una coppia fertile, portatrice di una malattia genetica trasmissibile in via ereditaria, di ricorrere alla p.m.a. e, nell'ambito di essa, alla diagnosi preimpianto con selezione embrionaria); ancora, il citato d.m. 11 apr. 2008 intervenuto in attuazione della pronuncia del giudice amministrativo in materia di diagnosi preimpianto (v. *supra*, *sub* artt. 1, 2, 3, § 4.3, ma v. altresì, più diffusamente, *infra*, *sub* art. 7, § 3) aveva, oltre a ciò, consentito l'accesso alla p.m.a. — così estendendo la condizione di infertilità (con una previsione per il vero di dubbia legittimità visto il tenore dell'art. 4 della legge) — anche, ma tassativamente soltanto, ai portatori di malattie virali sessualmente trasmissibili per infezioni da

HIV, HBV (epatite B) e HCV (epatite C). Sul tema è intervenuta la **Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU 28 ago. 2011, ric. 54270/10, Costa e Pavan c. Italia, FI, 2012, IV, 474; CG, 2012, 1380; NGCC, 2013, I, 66, nt. PARDINI, *La diagnosi preimpianto al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo: influenza delle pronunce sul panorama italiano*, e NGCC, 2013, II, 20, con commento di FERRANDO, *Le diagnosi preimpianto, dunque, sono ammissibili*; in dottrina, cfr. FALLETTI 2013; PASSIU 2013; VALLINI 2013c), adita da una coppia italiana** portatrice sana di una **patologia genetica** che, in quanto *fertile*, si era vista negare l'accesso alla p.m.a. e, dunque, alla diagnosi preimpianto, e che chiedeva di poter procedere all'impianto dei soli embrioni sani, onde scongiurare il concepimento di un feto affetto dalla malattia (in argomento v. anche IVONE-MIRAGLIA 2016, 693 ss.). Decidendo il caso in senso favorevole ai ricorrenti, la Corte ha affermato che non può considerarsi "necessaria" — ai fini della tutela di uno specifico bene giuridico — una determinata proibizione, se il sistema giuridico, preso nel suo complesso, permette altri comportamenti che risultino maggiormente lesivi per il medesimo bene, denunciando così l'incoerenza del sistema legislativo italiano, laddove precludeva il ricorso alla procreazione medicalmente assistita ai genitori non sterili ma portatori di malattie ereditarie al fine di scongiurare il sacrificio degli embrioni malati, ma poi, per altro verso, consentiva loro, dopo il concepimento, il ricorso all'aborto terapeutico in caso di feto malato, pratica considerata dalla Corte maggiormente afflittiva per il nascituro. Tale incoerenza è stata sanzionata rispetto all'art. 14 della Convenzione, ai sensi del quale si ha discriminazione quando situazioni uguali siano trattate in maniera diversa o quando situazioni diverse ricevano uguale regolamentazione; mentre non si ha discriminazione quando situazioni diverse siano trattate in maniera diversa (sotto quest'ultimo profilo la Corte ha ritenuto non discriminatoria nei confronti dei genitori portatori di *malattie ereditarie* la diversa e maggiormente permissiva regolamentazione dell'accesso alla p.m.a. da parte di genitori portatori di *malattie sessualmente trasmissibili*, atteso che, nella seconda fattispecie, il ricorso alla procreazione *in vitro* non implica il sacrificio dell'embrione). Successivamente, **la pronuncia ha ricevuto conferma definitiva da parte della Grande Camera**, che ha rigettato il ricorso presentato dal Governo italiano per il riesame della sentenza. Pur non potendosi negare che anche le coppie fertili, ma portatrici di malattie genetiche, incontrino un ostacolo altrettanto grave a procreare per via naturale, pare a chi scrive che il divieto di accesso alle tecniche desumibile, nei loro riguardi, dall'art. 4 della legge non potesse essere superato — nonostante le recenti aperture della Corte europea dei diritti dell'uomo — per via interpretativa attraverso una disapplicazione diretta del divieto, quale quella, come visto, disinvoltamente operata — peraltro ben prima dell'intervento della Corte di Strasburgo — dal Tribunale di Salerno e, dopo l'emanazione della pronuncia europea e anzi pretesamente in attuazione di essa, dal Tribunale di Roma (T Roma 26 set. 2013, FI, 2013, I, 3112, s.m.), che ha consentito *tout court* l'accesso alla p.m.a. alla medesima coppia istante innanzi alla Corte di Strasburgo. In questo quadro occorre segnalare che più di recente il Tribunale di Roma (T Roma ord. 15 gen. 2014, FI, 2014, I, 574, nt. CASABURI) ha **investito la Consulta della q.l.c.** degli artt. 1, c. 1 e 4, e 4, c. 1, l. 2004/40, nella parte in cui non

consentivano il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di patologie geneticamente trasmissibili, in riferimento agli artt. 2, 3, 32 e 117, c. 1, Cost., quest'ultimo in relazione agli artt. 8 e 14 della CEDU. **La questione è stata accolta** dalla Consulta (**C. cost. 5 giu. 2015/96**, FI, 2015, I, 2250, nt. CASABURI; e v. anche FERRANDO 2015, 582 ss.), che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 1, c. 1 e 2, e 4, c. 1, della legge, nella parte in cui non consentono il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di patologie geneticamente trasmissibili rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, c. 1, lett. b), l. 1978/194, accertate da apposite strutture pubbliche. In particolare, recependo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (per una ricognizione della quale si vedano, in generale, MARGARIA, ZAGREBELSKY 2017, 140 ss.; nonché FERRANDO 2016, 165 ss.), la Consulta ha affermato che, se è consentito ricorrere all'aborto terapeutico qualora siano riscontrate gravi malattie del feto destinate ad inevitabili ripercussioni sul benessere psico-fisico della donna, appare irragionevole vietare la diagnosi genetica pre-impianto (da effettuarsi sull'embrione *in vitro*) idonea a prevenire gli stessi problemi in una fase ancora più anticipata, e dunque con minori rischi per la salute della donna, consentendo a quest'ultima la preventiva acquisizione di informazioni sulle condizioni di salute dell'embrione. Il Giudice delle leggi ha specificamente individuato due requisiti per la liceità dell'accesso delle coppie fertili portatrici di malattie geneticamente trasmissibili alla PMA: 1) la gravità del danno o del pericolo che potrebbe derivare alla madre dal proseguire della gestazione; 2) la necessità di un accertamento da parte di apposita struttura pubblica specializzata (in applicazione del quadro normativo conseguente alla citata sentenza n. 96 del 2015 v. T Milano 18 apr. 2017, *De Jure Giuffrè*, e FD, 2017, 535 ss., nt. CARRATO, *Diagnosi preimpianto: l'applicazione giurisprudenziale della sentenza n. 96/2015 della Consulta*, alla cui stregua intraprendere una gravidanza con un embrione affetto da HMO comporta un serio rischio alla salute psichica della madre per cui la coppia ha diritto di ottenere, nell'ambito dell'intervento di procreazione medicalmente assistita, l'esame clinico e diagnostico sugli embrioni e il trasferimento in utero solo degli embrioni sani o portatori sani della patologia). **Sulla scia della predetta sentenza della Consulta**, è stata successivamente dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 13, c. 3, lett. b), e c. 4, l. 2004/40, nella parte in cui contempla come ipotesi di reato la condotta di selezione degli embrioni anche nei casi in cui questa sia esclusivamente finalizzata ad evitare l'impianto nell'utero della donna di embrioni affetti da malattie genetiche trasmissibili rispondenti ai criteri di gravità stabiliti dalla legge sull'aborto e accertate da apposite strutture pubbliche (**C. cost. 11 nov. 2015/229**, cit.; su tali aspetti v. ancora *infra*, sub art. 13). In altri termini, ciò che è divenuto lecito per effetto della succitata pronuncia additiva (C. cost. 5 giu. 2015/96) non poteva più essere attratto — in ragione del principio di non contraddizione — entro la sfera del penalmente rilevante: di qui la **depenalizzazione della selezione degli embrioni finalizzata ad evitare l'impianto di quelli affetti da gravi malattie genetiche trasmissibili**. La Corte ha invece dichiarato « non fondata » la questione relativa alla soppressione degli embrioni — anch'essa sollevata dal rimettente — che dunque resta vietata

anche se riferita agli embrioni che, a seguito di diagnosi preimpianto, risultino affetti da grave malattia genetica. **1.3.** Secondo l'art. 4, c. 2, le tecniche di procreazione devono essere applicate con **gradualità** e nei riguardi di soggetti che abbiano reso il loro consenso informato.

2. L'abrogato divieto di fecondazione eterologa. 2.1. La legge (art. 4, c. 3) faceva espresso divieto di ricorso alla procreazione di tipo eterologo, cioè effettuata con materiale genetico di soggetto diverso dai membri della coppia. Tale divieto è stato da subito oggetto di acceso dibattito (cfr. SESTA 2011, 354 ss.), non essendo agevole individuare il bene giuridico tutelato, visto anche che la tecnica era comunemente applicata prima dell'entrata in vigore della legge, consentita dal codice di deontologia medica ed approvata dal Comitato nazionale di bioetica. Anche il panorama legislativo europeo ne conferma la tendenziale liceità. **2.2.** Il dibattito ha coinvolto anche la **Corte europea dei diritti dell'Uomo** e la Corte costituzionale italiana. La Corte EDU, sezione prima (Corte EDU 1 apr. 2010/57813, EUR DIR PRIV, 2010, 1219, nt. CERRI; FD, 2010, 981, nt. SALANITRO; Ragiusan, 2011, 329-330, 178), **in un primo tempo**, aveva affermato che il **divieto assoluto di fecondazione eterologa in vitro — contenuto nella legge austriaca — non fosse compatibile con la Convenzione europea** per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, perché ritenuto in contrasto con il diritto alla vita familiare protetto dalla Convenzione all'art. 8 e con il divieto di discriminazione di cui all'art. 14. Nella specie, la legge austriaca proibisce in maniera assoluta la fecondazione eterologa *in vitro*, ossia la formazione di embrioni con materiale genetico di soggetti diversi dai membri della coppia, da trasferirsi successivamente nel corpo della madre, mentre ammette, in circostanze eccezionali, la fecondazione eterologa direttamente nel grembo della donna (c.d. fecondazione eterologa *in vivo*). A seguito della richiesta del Governo austriaco, il caso di cui si è detto è stato deferito alla **Grande Camera della Corte EDU**, che **ha emesso una sentenza** (Corte EDU 3 nov. 2011/57813, FI, 2012, IV, 209, nt. NICOSIA; GD, 2011, n. 46, 15, nt. CASTELLANETA e SALERNO; Ragiusan, 2012, 335-336-337, 190; NGCC, 233, nt. MURGO; QC, 2012, 159, nt. OSTI) **di segno opposto** a quella della prima sezione, statuendo che il legislatore austriaco, nel disciplinare la procreazione medicalmente assistita e ponendo il divieto di fecondazione eterologa *in vitro*, non aveva ecceduto il margine di discrezionalità concessogli dalla Convenzione, né per quanto riguarda il divieto di donazione di ovuli, né per quanto attiene al divieto di donazione di sperma. In breve, la Corte ha ritenuto che il **divieto** previsto dalla legge austriaca, pur configurando un'ingerenza nel diritto degli interessati ad avvalersi delle tecniche di procreazione assistita, persegue uno scopo **legittimo**, cioè la protezione della salute e della morale, nonché dei diritti e delle libertà altrui. La Corte ha altresì affermato che gli Stati godono di un margine di discrezionalità nel disciplinare la procreazione medicalmente assistita e che, poiché l'utilizzo della fecondazione *in vitro* ha sollevato e continua a sollevare questioni di ordine etico, in merito alle quali non vi è ancora omogeneità di giudizio tra gli Stati membri, detta discrezionalità ha un contenuto ampio, che

ricomprende sia la decisione degli Stati di legiferare in materia, sia la possibilità di adottare regole al fine di ricercare un equilibrio tra gli opposti interessi pubblici e privati. La Corte ha ulteriormente precisato che le soluzioni in concreto adottate dai legislatori nazionali sono soggette al suo esame, con specifico riferimento agli argomenti che sorreggono le scelte legislative. Con riguardo alla concreta fattispecie esaminata, la Corte ha ritenuto che sia la donazione di ovuli, sia quella di sperma coinvolgano l'intervento di terzi in un processo medico che è tuttora controverso nella società austriaca ed in relazione al quale non sussiste un consenso generale, di guisa che il relativo divieto è stato giudicato legittimo perché motivato in ragione dell'esigenza di tenere conto della dignità umana, del benessere dei bambini così concepiti e dei potenziali abusi. La complessa e contrastata vicenda decisa — con due sentenze confliggenti — dalla Corte EDU ed il principio da ultimo enunciato dalla Grande Camera si sono riverberati sull'**ordinamento italiano** che, **al pari della legge austriaca, prevedeva un divieto legislativo di fecondazione eterologa. Sull'onda della** prima pronuncia della Corte EDU, che, come si è detto, aveva condannato lo Stato austriaco, era stata **sollevata questione di costituzionalità dell'art. 4, c. 3, l. 2004/40**, con il quale si vieta alle coppie sterili di accedere alla fecondazione eterologa; in particolare, vanno menzionate tre ordinanze di rimessione alla Corte, tutte facenti capo alla citata sentenza della prima sezione della Corte europea dei diritti dell'uomo. Per primo il Tribunale di Firenze, facendo proprie le istanze dei ricorrenti e non ritenendo legittima l'applicazione diretta della sentenza della Corte EDU, aveva sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, c. 3, l. 2004/40, nella parte in cui vieta la fecondazione eterologa, per contrasto con l'art. 117, c. 1, Cost., in relazione al combinato disposto degli artt. 8 e 14 CEDU, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo nella sentenza sopra richiamata, e con l'art. 3 Cost. (T Firenze, ord. 13 set. 2010, GM, 2011, 373, nt. DELL'UTRI, *La fecondazione eterologa nel sistema dei diritti fondamentali*). Successivamente, anche il Tribunale di Catania aveva sottoposto il divieto di fecondazione eterologa al vaglio del giudice costituzionale, estendendo tuttavia il giudizio di non conformità, oltre che alla norma di cui all'art. 14, c. 3, anche agli artt. 9, c. 1, e 2, nella parte in cui richiamano la suddetta norma, e all'art. 12, c. 1, volto a sanzionare le strutture che praticino la fecondazione con gameti estranei alla coppia (T Catania, ord. 21 ott. 2010/1752, FD, 2010, 1146, nt. SALANITRO). Anche il Tribunale di Milano, con più ordinanze, aveva proposto le già viste eccezioni di incostituzionalità (T Milano, ord. 2 feb. 2011, AIC, 2011, 2, 6, nt. MENICUCCI). Le predette ordinanze sono state trattate dalla Corte costituzionale che, tuttavia, a seguito dell'emanazione della sentenza della Grande Camera della Corte EDU di cui si è riferito, le ha dichiarate inammissibili, stante l'intervenuto mutamento del quadro normativo (C. cost. 7 giu. 2012/150: FI, 2012, I, 2249, nt. ROMBOLI; EUR DIR PRIV, 2013, 1, 195, nt. NICOLUSSI e RENDA; GC, 2013, I, 2317, nt. LUBERTI; NGCC, 2012, 870, nota di MURGO). Ancor più di recente, gli stessi giudici di merito che avevano richiesto l'intervento della Consulta di cui si è detto hanno riproposto alla Corte costituzionale le eccezioni precedentemente sollevate, evidenziando come i criteri enunciati dalla Grande Camera, quali il progresso della scienza medica e il mutamento della sensibilità sociale, costituiscano ineludi-

bili parametri interpretativi per il giudice delle leggi nazionale, al fine di sindacare, in una prospettiva dinamica, la corrispondenza della norma impugnata ai valori fondamentali della persona convenzionalmente tutelati, come richiamati nella carta costituzionale italiana (in tal senso, T Milano, ord. 3 apr. 2013: GD, 2013, n. 19, 48, nt. PORRACCILO; FI, 2013, I, 2473, nt. CASABURI; analogamente, T Firenze, ord. 29 mar. 2013, *penalecontemporaneo.it*, 15 maggio 2013, nt. VERRI; T Catania, ord. 13 apr. 2013, FI, 2013, I, 2473, nt. CASABURI; *penalecontemporaneo.it*, 15 mag. 2013, nt. TIGANO). La **Corte costituzionale**, pronunciatisi con **sent. 10 giu. 2014/162, ha dichiarato la incostituzionalità degli artt. 4, c. 3, 9, c. 1 e 3, e 12, c. 1**, limitatamente alle parole « violazione del divieto » di fecondazione eterologa (C. cost. 10 giu. 2014/162, EUR DIR PRIV, 2014, 1105, nt. CASTRONOVO, D FAM, 2014, I, 973, nt. D'AVACK, FI, 2014, I, 2324, nt. CASABURI). La Corte ha motivato affermando che il divieto di fecondazione eterologa, impedendo alla coppia assolutamente sterile e infertile di utilizzare la tecnica di p.m.a. e dunque di diventare genitori (ponendosi peraltro in questo in contrasto con la *ratio legis*), viola tale fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi senza tuttavia che ne sia riconoscibile una ragionevole e congrua giustificazione costituzionale. Anche in considerazione delle potenziali ripercussioni negative che tale divieto può avere sulla salute della coppia, la Corte non ravvede l'esistenza di beni o interessi costituzionalmente garantiti che a ciò si contrappongono: innanzitutto, si osserva, la tecnica di fecondazione eterologa non comporta rischi per la salute dei donanti e dei donatari. Nondimeno, essa non comporta rischi « correlati ad una genitorialità non naturale » (come eccepiva l'Avvocatura di Stato), che invece l'ordinamento ammette anche nella disciplina dell'adozione. La Corte prosegue poi mettendo in rilievo come la caducazione del divieto non comporti vuoti normativi, dato che la legge disciplina lo *status* del nato ed il rapporto tra il donante e il nato (art. 9 l. 2004/40). A seguito dell'abrogazione del divieto di fecondazione eterologa, dunque, è consentito che la procreazione avvenga mediante la donazione di ovociti o di gameti da parte di soggetti esterni alla coppia (salvo il divieto persistente di maternità surrogata, su cui v. *infra*, § 5, e ancora *sub* art. 9, § 3; sulle conseguenze della caducazione del divieto v. anche MOROZZO DELLA ROCCA 2015, 142 ss.).

3. Soggetti. 3.1. Possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di **maggioresni di sesso diverso, coniugate o conviventi**, in **età** potenzialmente **fertile**; i membri della coppia devono essere **entrambi viventi**. **3.2.** È rilevante che il legislatore del 2004 avesse **equiparato alla coppia coniugata quella convivente eterosessuale**, per di più giudicando sufficiente, ai fini dell'accertamento della convivenza, una mera dichiarazione sottoscritta dai richiedenti (art. 12, c. 3) (in argomento FACCIOLO 2007, 1058, che rileva come alla mancata previsione di un tempo minimo di convivenza debbano sopperire i caratteri di stabilità, durata apprezzabile e continuità generalmente richiesti da dottrina e giurisprudenza nel determinare il concetto stesso di convivenza). La scelta del legislatore appare oggi viepiù giustificata alla luce della intervenuta Riforma della filiazione, che ha introdotto lo stato unico di figlio (art. 315 c.c.), ed

altresì della l. 20 mag. 2016/76 (“Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze”), che, si noti, nulla ha innovato né disposto con specifico riferimento alla materia qui di interesse (né, più in generale, con riguardo ai rapporti di filiazione: in argomento cfr. ARCERI 2016, 965). Potranno dunque fare ricorso alla p.m.a. — d’ora innanzi — le coppie di fatto che rispondano ai requisiti richiesti dall’art. 1, c. 36 e 37, della legge, e cioè coppie di persone maggiorenni legate da uno stabile legame affettivo e di reciproca assistenza morale e materiale, in assenza di vincoli di parentela, affinità, adozione, matrimoniali o derivanti da unione civile, coppie nei cui confronti debbono indubbiamente trovare applicazione — evidentemente in relazione ai profili non specificamente affrontati dalla novella — tutte quelle regole di fonte legislativa e giurisprudenziale elaborate con riferimento alla convivenza e stratificatesi fino ad ora (su tali aspetti, ancorché non con specifico riguardo alla p.m.a, cfr. BALESTRA 2016, 924, e QUADRI 2016, 899). Assai dubbio pare a chi scrive che siano ammesse alla p.m.a. le coppie di conviventi che non possano farsi rientrare nella fattispecie tratteggiata dal legislatore all’art. 1, c. 36, l. 2016/76. **3.3. È proibita** la fecondazione assistita del *single*, in considerazione del diritto del figlio alla doppia figura genitoriale che, secondo un’opinione ampiamente condivisa, trova sia fondamento costituzionale (artt. 2, 29, 30 e 31 Cost.), che solide basi psicopedagogiche (CANESTRARI 2004a, 419; ZATTI 1997, 88; in senso parzialmente critico, CORTI 2007, 502, che contesta che il diritto del minore alla doppia figura genitoriale si configuri come diritto fondamentale, con ciò sospettando di incostituzionalità la norma che impedisce alla donna *single* di ricorrere alla p.m.a., posto che non sussistono limiti alla volontà del singolo di riprodursi naturalmente, espressione quest’ultima di un diritto primario della persona, di rango costituzionale, non suscettibile di limitazioni). Quanto alla **coppia omosessuale**, dopo l’entrata in vigore della l. 2016/76, potrebbe a tutta prima ritenersi che tra le coppie “coniugate o conviventi” cui si riferisce l’art. 5 l. 2004/40 debbano essere ricomprese anche quelle “unite civilmente o conviventi” di cui all’art. 1, c. 1 e 36, l. 2016/76. Ciò in forza di quanto disposto dall’art. 1, c. 20, della stessa, alla cui stregua « le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole ‘coniuge’, ‘coniugi’ o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi [...], si applicano anche ad ognuna delle parti dell’unione civile tra persone dello stesso sesso ». Tuttavia, nonostante l’ampia formulazione, e nonostante nel c. 20 non sia prevista una specifica eccezione con riferimento alla l. n. 40, come invece è per quella in tema di adozione, una consimile conclusione non pare fondata. Occorre infatti tener conto del fatto che la legge 2004/40 specificamente richiede che le coppie ammesse alla fecondazione non siano dello stesso sesso (artt. 5 e 12, c. 2), in coerenza con la *ratio* generale della legge, che è quella di apprestare rimedio alla sterilità (art. 1), intesa come patologia riferibile esclusivamente alla coppia eterosessuale (*contra* GATTUSO 2017, 294, a parere del quale « il legislatore, introducendo con il c. 20 una clausola generale che impone l’applicazione all’unione civile di tutte le disposizioni riferibili al matrimonio e ai coniugi contenute fuori dal codice civile, abbia escluso la sola legge sulle adozioni e non abbia escluso, invece, la legge 2004/40 in materia di procreazione medicalmente assistita [...], le cui norme già si applicano

anche ai conviventi ». Con specifico riferimento all'art. 5 della l. 2004/40, l'a. osserva (a pag. 300) come « in quanto disposizione che si riferisce al matrimonio e che contiene la parola “coniugate” parrebbe obiettivamente richiamato dal c. 20 della legge [2016/76]. Ne consegue che l'art. 5 che individua coloro che sono “coniugati” fra i soggetti legittimati ad accedere alla PMA, sembrerebbe *prima facie* applicabile anche alle parti di una unione civile fra persone dello stesso sesso. Non sembrerebbe difatti ostativa l'ulteriore specificazione per cui si deve trattare di coppie coniugate “di sesso diverso”, atteso che tutte le norme matrimoniali richiamate dal c. 20 si riferiscono sempre a coniugi “di sesso diverso” e che il c. 20 svolge in effetti proprio la funzione di estendere alle unioni civili tutte le disposizioni applicabili a coppie coniugate “di sesso diverso”. [...] Non sembrerebbe assumere rilievo dirimente neppure la finalità della l. 2004/40 enunciata nell'art. 1, per cui il ricorso alla stessa è consentito ‘al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana’. Una coppia dello stesso sesso presenta difatti una condizione di “sterilità” o “infertilità umana”, che nella specie non concerne un singolo membro della coppia e non consegue ad eventuali patologie, ma attiene alla stessa fisiologia della coppia. La tecnica di PMA, in questo come in ogni altro caso, non “cura” l'infertilità di coppia, ma consente di raggiungere il risultato nonostante la permanenza della condizione di infertilità »).

3.3.1. Tuttavia può accadere che la donna *single* o eventualmente *partner* di una coppia omosessuale ricorra alla **procreazione di tipo eterologo** — potrebbe anche trattarsi di **maternità surrogata**, sulla quale v. *infra*, § 5, e *sub art.* 9, § 3 — **all'estero**, nei Paesi in cui l'accesso alle tecniche sia consentito anche a persona non unita in matrimonio ed anche unita a persona dello stesso sesso. Nel qual caso, ove la donna abbia successivamente **partorito in Italia** — e non si ponga, dunque, il problema (su cui v. subito *infra*, § 3.3.2.) della trascrivibilità del certificato di nascita formatosi all'estero (art. 28, c. 2, lett. *b*), d.P.R. 2000/396) e della sua eventuale contrarietà all'ordine pubblico (art. 18, d.P.R. 2000/396) —, il nato verrà dichiarato come figlio riconosciuto di donna non coniugata (la quale, peraltro, ove l'ufficiale di stato civile venga a conoscenza che la nascita è conseguenza di fecondazione medicalmente assistita, non potrebbe nemmeno dichiarare la volontà di non essere nominata). Quanto alla posizione della eventuale *partner* della partoriente, alcuna relazione con il nato potrebbe instaurarsi ai sensi della legge italiana, ma — come visto *sub c.* 20 l. 2016/76, DOGLIOTTI, *Unione civile e adozione*, Parte I, *supra* — tante sono ormai le pronunce di merito, ora confermate anche dalla giurisprudenza di legittimità (CC 22 giu. 2016/12962, DG, 23 giugno 2016, nt. FIGONE; GD, 2016, n. 29, 15, nt. FINOCCHIARO), a favore dell'adozione del figlio del *partner* omosessuale *ex art.* 44, c. 1, lett. *d*), l. 1983/184; così come le sentenze di merito che riconoscono effetti in Italia alle pronunce straniere di adozione (di regola legittimante) in favore della coniuge omosessuale della madre biologica (partoriente) avente fatto ricorso a pratiche di fecondazione eterologa (cfr., fra tante, A Milano 1 dic. 2015/2543, *De Jure Giuffrè*; A Napoli 5 apr. 2016, *De Jure Giuffrè*; ma su tale aspetto si vedano più diffusamente BERGAMINI, ZANOBETTI, *Competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia familiare*, Parte VI, *infra*; nonché *sub c.* 20 l. 2016/76, DOGLIOTTI, *cit.*, § 10.3, *supra*).

3.3.2. Altro caso è —

come poco sopra accennato — quello che riguarda **la riconoscibilità in Italia di atti di nascita stranieri** da cui risulti che il **nato da p.m.a. sia figlio di persone dello stesso sesso** legate da una relazione di coppia. Al riguardo — oltre a quanto più ampiamente si dirà trattando della maternità surrogata (v. *infra*, sub art. 9, § 3) — si segnala una recente — e **dirompente** — **pronuncia di legittimità (CC 30 set. 2016/19599, DG, 3 ottobre 2016, nt. FIGONE, in sostanziale conferma di A Torino, 29 ott. 2014, GD, 2015, n. 5, 15, nt. BUFFONE)**, che ha ammesso la trascrivibilità in Italia di un atto di nascita straniero da cui risulta che un bambino è **figlio di due donne** coniugate (poi nel frattempo divorziate, ma entrambe coaffidatarie), l'una che ha condotto a termine la gravidanza e l'altra che ha donato l'ovulo (con gamete maschile donato da un terzo ignoto), ritenendo che l'atto di nascita non contrasti con l'ordine pubblico, dovendosi avere riguardo al principio, di rilevanza costituzionale primaria, del superiore interesse del minore, che si sostanzia nel suo diritto alla conservazione dello *status filiationis*, validamente acquisito all'estero. Nella specie, i profili di possibile contrarietà all'ordine pubblico erano sostanzialmente due, e cioè: 1) il ricorso alla p.m.a. da parte di *soggetti* non ammessi dalla legge italiana — posto che in Italia l'accesso alla p.m.a. è riservato unicamente alle coppie (coniugate o conviventi) eterosessuali (art. 5), non anche alle coppie omosessuali (né a persona *single*) —, ed altresì 2) il ricorso a *tecniche procreative* eventualmente vietate dalla legge italiana. Sotto il primo profilo, la Corte ha ritenuto che la fattispecie non contrasti con l'ordine pubblico per il solo fatto che il legislatore nazionale non preveda o vieti l'accesso alla p.m.a. a coppia omosessuale, e ciò sia in nome del superiore interesse del minore, che si sostanzia nel suo diritto alla continuità dello *status filiationis*, validamente acquisito all'estero, sia trattandosi di materia in cui ampio è il potere regolatorio da parte del legislatore ordinario, come riconosciuto dalla stessa Corte costituzionale nella sent. 2014/162 cit., in quanto materia pur eticamente sensibile e di rilevanza costituzionale ma sulla quale le scelte legislative non sono costituzionalmente obbligate. Sotto il secondo profilo, la Corte ha precisato che il caso in esame non integra un'ipotesi di maternità surrogata, vietata dalla legge, posto che la gestante ha partorito il bambino « [anche] per sé, sulla base di un progetto di vita della coppia costituita con la sua *partner* femminile: quest'ultima non si è limitata a dare il consenso alla inseminazione da parte di un donatore di gamete maschile (evidentemente esterno alla coppia), ma ha donato l'ovulo che è servito per la fecondazione ed ha consentito la nascita di T. [...], frutto dell'unione di due persone coniugate in Spagna ». La procedura integra, invero, un'ipotesi del tutto peculiare, giacché assimilabile — osserva la S.C. — tanto: — alla *fecondazione omologa*, « in virtù del contributo genetico dato da un *partner* all'altro nell'ambito della stessa coppia », da cui pur, però, si distingue « perché il gamete maschile è stato fornito necessariamente da un donatore terzo »; — alla *fecondazione eterologa* (che è pratica ora consentita alle coppie eterosessuali), « in virtù dell'apporto genetico di un terzo (ignoto), donatore del gamete per la realizzazione del progetto genitoriale proprio di una coppia che, essendo dello stesso sesso, si trovi in una situazione assimilabile a quella di una coppia di persone di sesso diverso cui sia diagnosticata una sterilità o infertilità assoluta e irreversibile », dalla quale però si distingue per essere il feto

legato biologicamente ad *entrambi* i componenti la coppia (ciò che rende non pertinente il richiamo all'art. 9, c. 3, che esclude che il donatore di gameti acquisisca relazioni giuridiche parentali con il nato e possa far valere nei suoi confronti diritti o essere titolare di obblighi), contrariamente a quanto accade nella (comune) fecondazione eterologa, ove è addirittura possibile che il feto non sia geneticamente legato nemmeno ad uno dei due genitori legali, allorché nella donna della coppia venga impiantato un embrione interamente formato, e cioè anche per quanto riguarda i gameti femminili, con materiale genetico donato da terzi estranei alla coppia); — alla *maternità surrogata*, perché a rivendicare lo *status* di madre è una donna diversa da colei che ha partorito, da cui, tuttavia, diverge — come visto — in quanto ne manca un aspetto basilare: la cessione del nato a un terzo committente. In (pretesa) applicazione dei principi enunciati nella predetta sentenza è stato, altresì, di recente riconosciuto in Italia l'atto di nascita straniero attributivo dello ***status filiationis nei confronti di entrambi i componenti una coppia omosessuale maschile*** avente fatto ricorso all'estero alla maternità surrogata: nella specie, è stata riconosciuta l'esistenza del legame genitoriale tra due bambini ed il *partner* del loro padre biologico (**A Trento 23 feb. 2017**, *articolo29.it*, FD, 2017, 669, nt. BARUFFI, 647 ss. Su questi aspetti v. ancora, *sub art. 9, § 3, infra*). Pochi mesi prima, una pronuncia di merito (**A Milano, 28 dic. 2016/3390, FI, 2017, I, 722**) aveva ritenuto non contraria all'ordine pubblico la trascrizione in Italia degli atti di nascita di due gemelli nati attraverso il ricorso, da parte di una coppia di uomini, alla maternità surrogata lecita nel Paese in cui si sono formati gli atti (California). Nella specie, i due bambini, gemelli dizigoti, erano nati a mezzo della fecondazione di due distinti ovuli di una terza donatrice, ciascuno con il seme di uno dei due ricorrenti, con impianto degli embrioni così ottenuti nell'utero della donna partoriente. Più di recente, la **Cassazione (CC 15 giu. 2017/14878, GD, 2017, n. 28, 51, e *Il Familiarista NEWS*, nt. FIGONE, *Atto di nascita con due madri: un altro sì della Cassazione*)** ha compiuto **un ulteriore passo nel riconoscimento della genitorialità nei riguardi di una coppia di donne** (cittadine italiane, sposatesi in Inghilterra), **una delle quali** si sera sottoposta all'estero a procreazione con seme di donatore anonimo, di guisa che ella **soltanto risultava legata biologicamente al nato**. In particolare, anche alla luce della giurisprudenza della Corte Edu, ma soprattutto dando continuità alla propria recente giurisprudenza (cfr. la succitata CC 30 set. 2016/19599, che costituisce il naturale precedente della sentenza in esame, pur essendo le fattispecie dedotte parzialmente diverse, posto che nel caso ora in questione la *partner* della donna partoriente non vantava alcun legame genetico con il bambino), la S.C. ha accolto la domanda di rettificazione dell'atto di nascita emesso dall'Ufficio dello stato civile britannico, che era stato trascritto in Italia con l'indicazione della sola madre biologica. In sostanza, per la Corte, il bambino anche nel nostro Paese deve risultare **figlio di due mamme**, a tal fine dovendosi tenere in considerazione la nozione di ordine pubblico internazionale, e non quella di ordine pubblico interno, nonché l'« interesse del minore » ed il suo « diritto al riconoscimento ed alla continuità delle relazioni affettive, anche in assenza di vincoli biologici ed adottivi con gli adulti di riferimento, all'interno del nucleo familiare ». (Similmente già T Napoli 6 dic. 2016, *Ilfamiliarista.it*, 23 dicem-

bre 2016, e FI, 2017, I, 309, nt. CASABURI, alla cui stregua non è contraria all'ordine pubblico la trascrizione dell'atto di nascita da cui un minore nato all'estero, nella specie in Spagna, tramite fecondazione eterologa nell'ambito di una stabile relazione affettiva tra due persone dello stesso sesso, risulti figlio di due donne, ivi regolarmente sposate, di cui una soltanto legata biologicamente ad esso). **3.4.** In ordine al requisito della maggiore età, condizione necessaria per accedere alle tecniche, secondo alcuni si potrebbe profilare un dubbio di costituzionalità per violazione del principio di uguaglianza. Tale previsione sarebbe invero discriminatoria ed ingiustificata, non tenendo conto della mutata sensibilità nei confronti delle esigenze e della posizione del minore, visto, rispetto al passato, come soggetto dotato di una maggiore autonomia e di un accresciuto potere decisionale (DOGLIOTTI-FIGONE 2004, 127; VILLANI 2004, 215, secondo il quale al minore emancipato deve essere consentito l'accesso alle tecniche di procreazione assistita; contra, CORTI 2007, 506, che osserva come gli effetti che il legislatore ricollega all'istituto dell'emancipazione siano a carattere prevalentemente patrimoniale). In senso contrario, si è però persuasivamente osservato che l'esclusione dei minorenni, oltre a rientrare nel legittimo esercizio della discrezionalità del legislatore — che ragionevolmente può esigere il raggiungimento della piena maturità psicofisica degli interessati —, appare giustificato anche dalle complesse procedure di acquisizione del consenso (QUADRI 2005, 44; in argomento, v. anche FACCIOI 2007, 1057, che è nel senso di escludere dall'accesso alla p.m.a. l'interdetto giudiziale e colui che sia incapace di intendere e di volere al momento di esprimere il consenso, ma non anche l'interdetto legale e l'inabilitato, attesa la loro capacità di compiere atti di natura personale).

4. La fecondazione post mortem. 4.1. Come si è visto, l'art. 5 riserva l'accesso alla procreazione a coppie i cui membri siano entrambi viventi, il che **esclude che possa accedere alle tecniche di procreazione una donna vedova** (art. 6, c. 4), sotto pena di sanzioni amministrative a carico del sanitario (v. *infra*, sub art. 12, § 2; nel senso dell'ammissibilità della fecondazione *post mortem*, prima dell'intervento della l. 2004/40, cfr. BIANCA C.M. 2001, 351, che argomenta dai diritti fondamentali alla procreazione, a fondare una famiglia, al rispetto della vita familiare, e dai principi di libertà sessuale e di trasmissione della vita). La legge si esprime in termini generali, con riferimento all'« accesso » o all'« applicazione » di tecniche, senza precisare in quale momento del complesso procedimento fecondativo sia richiesta la presenza in vita di entrambi i membri della coppia. Deve in proposito rammentarsi che potrebbe presentarsi la situazione, già decisa dal Tribunale di Palermo (T Palermo 29 nov. 1998, FD, 1999, 52, nt. DOGLIOTTI; cfr. anche NIVARRA 1999), in cui una donna, rimasta vedova, chiedeva che il centro medico che aveva dato corso alla terapia antisterilità quando il marito era ancora in vita disponesse il trasferimento in utero dell'embrione già formato con materiale genetico suo e del marito. In quell'occasione il centro medico opponeva un rifiuto stante il divieto di fecondazione *post mortem* contenuto nel Codice di deontologia medica (art. 42 del Codice di deontologia medica del 1998, poi art. 44 del

Codice di deontologia medica del 2006, mentre la previsione non risulta riprodotta nella versione aggiornata del 2014). Pertanto il giudice palermitano — nell'autorizzare il trasferimento — mise bene in luce che il divieto non poteva nella specie ritenersi applicabile, poiché l'embrione si era formato quando ancora il marito era in vita e, quindi, era necessario tutelare il suo diritto alla nascita. Una fattispecie analoga potrebbe presentarsi anche oggi. **4.2.** La situazione era disciplinata nella proposta della Commissione ministeriale del 1996 (c.d. Commissione Busnelli), ove si prevedeva che, in caso di premorienza del marito, la vedova avesse diritto a ricevere l'embrione per il trasferimento entro un anno dalla morte, e che il nato conseguisse lo *status* di figlio matrimoniale. **4.3.** La legge in commento sul punto tace ma, nonostante tra i requisiti per l'accesso alle tecniche vi sia quello relativo alla esistenza in vita di entrambi i membri della coppia, la soluzione ragionevolmente da accogliersi è tuttora quella seguita dal Tribunale di Palermo. **Non v'è dubbio, infatti, che la legge vieti di avviare pratiche di procreazione nei riguardi di donna vedova mediante l'utilizzo di materiale genetico del marito prelevato dal cadavere e crioconservato, ma nulla dispone per il caso in cui il marito muoia nel corso del procedimento fecondativo, e, in particolare, dopo che l'embrione si sia formato.** È vero che anche detta situazione parrebbe incorrere nel divieto dell'art. 12 (v. *sub* art. 12, *infra*), ove si proibisce di "applicare" (e non "avviare") tecniche a coppie i cui membri non siano entrambi viventi, ma è anche vero che l'art. 14 vieta la soppressione di embrioni, mentre l'art. 6, c. 3, stabilisce l'inefficacia della revoca della volontà di dar corso alle tecniche che intervenga dopo la fecondazione dell'ovulo (sul punto, v. *sub* art. 6, § 2.1, *infra*). **4.4.** Da quanto sopra **risulta ragionevolmente sostenibile che il momento in cui deve realizzarsi il requisito della presenza in vita di entrambi i membri della coppia è quello della fecondazione dell'ovulo**, mentre un successivo decesso del marito è irrilevante, così come lo sarebbe, se egli fosse vivente, la revoca della sua volontà procreativa. Prevalde, infatti, in entrambe le situazioni (morte o revoca), l'interesse dell'embrione, i cui diritti sono solennemente « assicurati » dall'art. 1 della legge (VILLANI 2004, 182; PALAZZO 2013, 32; NADDEO 2004, 83; SESTA 2004, 1409; FACCIOLO 2007, 1070; in tal senso, da ultimo, anche TAR Lazio, Roma, 21 gen. 2008/398, cit.: « la presenza in vita del *partner* o meglio dei componenti la coppia è richiesta soltanto prima dell'inizio della procedura », ma in senso contrario T Bologna 31 mag. 2012, FI, 2012, I, 3349, che ha negato l'accesso alle tecniche di p.m.a. alla moglie utilizzando il seme crioconservato del marito poi deceduto) (v. *infra*, *sub* art. 12, § 2). **4.5.** Il tema della fecondazione *post mortem* — indipendentemente dai limiti in cui la si ritenga eventualmente ammissibile — porta con sé la questione dello ***status* giuridico del nato**, sul quale la legge tace. Ci si chiede quale sia la posizione giuridica del nato da fecondazione *post mortem* attuata con seme del defunto marito in spregio al divieto (per esempio, all'estero), oppure lecitamente nell'ipotesi di morte del marito successiva alla formazione dell'embrione. Gli interpreti si sono pronunziati, non senza perplessità, per l'applicazione analogica della disposizione dell'art. 9, alla cui stregua il marito, che in violazione del divieto originariamente posto dalla legge abbia consentito ad una fecondazione eterologa, non può esercitare l'azione di disconoscimento della paternità

(RESCIGNO 2002, 981; NADDEO 2004, 183). A ben vedere, il problema presenta peculiarità che non rendono convincente il ricorso all'analogia. Infatti, stante il tenore dell'art. 232 c.c., se la formazione dell'embrione sia avvenuta quando il marito era vivente, il nato avrà lo *status* di figlio matrimoniale, anche qualora la nascita sia intervenuta dopo i trecento giorni dalla morte del marito (art. 234 c.c.), mentre, qualora sia avvenuta (*contra legem*) dopo la morte del marito e la nascita dopo trecento giorni dalla morte stessa, il figlio conseguirà lo *status* di figlio non matrimoniale della madre e potrà agire per la dichiarazione giudiziale di paternità, ai sensi dell'art. 276 c.c. Ciò in quanto il concepimento è avvenuto quando il matrimonio, a seguito del decesso del marito, era sciolto, il che non consente al figlio di conseguire lo stato di filiazione in forza dell'art. 231 c.c., che presuppone appunto il vincolo matrimoniale tra i genitori all'epoca del concepimento o della nascita. La paternità non potrà però essere dichiarata nell'ipotesi in cui i convenuti dimostrino che l'inseminazione sia avvenuta per iniziativa della moglie, senza che il marito in vita avesse espresso un consenso ad utilizzare a scopo fecondativo il suo seme dopo la sua morte (VILLANI 2004, 189; AULETTA 1986, 27). Nell'ipotesi di figlio di coppia non coniugata, avvenuta dopo il decesso dell'uomo, si tratterà di distinguere se l'embrione si sia formato quando l'uomo era in vita o successivamente alla sua morte e, in tal caso, se egli avesse o meno consentito all'inseminazione *post mortem*. Il consenso espresso in vita consentirà al figlio di esperire l'azione di dichiarazione giudiziale della paternità, mentre, in mancanza di espresso consenso alle operazioni di fecondazione *post mortem*, non si avrà nessun rapporto di filiazione e neppure il figlio potrà agire *ex art.* 279 c.c., dato che anche questa azione presuppone comunque un elemento volitivo da parte dell'uomo (non della procreazione ma dell'atto potenzialmente procreativo), che nella specie è carente (VILLANI 2004, 189).

5. La maternità surrogata. 5.1. Le moderne tecniche mediche non hanno coinvolto il solo profilo della paternità: anche la maternità, infatti, ha dato luogo a questioni rilevanti, sia sul piano etico che giuridico. Il fenomeno più noto è quello cosiddetto della "**maternità surrogata**", che vede una **donna assumersi l'obbligo di portare a termine una gravidanza per conto di una coppia sterile**, alla quale si impegna poi a consegnare il bambino. La donna che si presta a condurre a termine la gravidanza può essere fecondata con il seme del marito, oppure ricevere il trasferimento di un embrione già concepito *in vitro*. Nel primo caso, si parla di maternità surrogata o di madre in affitto; nel secondo, di maternità portante o affitto di ventre (CASSANO 2001, 56; FLAMIGNI 1998, 443; su detta pratica cfr., di recente, MARTONE 2016, 717 ss.). Più precisamente, tre sono le forme di maternità surrogata note alla pratica medica: 1) donazione di ovociti a vantaggio di una donna che conduce a termine la gravidanza al fine di avere un figlio proprio (tecnica da ritenersi consentita in quanto rientrante nell'ipotesi di p.m.a. eterologa); 2) maternità surrogata, nella quale il marito, con il consenso della moglie, feconda artificialmente con proprio seme l'ovocita di una donna che si impegna a condurre a termine la gravidanza e a consegnare, dopo il parto, il bambino alla

coppia committente; 3) locazione di utero, nella quale l'embrione viene formato *in vitro* con materiale genetico dei coniugi committenti e successivamente trasferito nell'utero della madre portante che si impegna a consegnare il bambino alla coppia. Come si è visto l'esperienza giurisprudenziale ha portato alla ribalta l'ipotesi di formazione di un embrione formato dai gameti di un terzo donatore e di una donna convivente con altra donna che, a seguito di impianto dell'embrione stesso, ha dato alla luce il figlio: fattispecie che la Cassazione italiana non ha ritenuto ricompresa in quella della maternità surrogata, stante il fatto che la partoriente non intende spogliarsi della veste di madre (CC 30 set. 2016/19599, cit.).

5.2. Prima dell'entrata in vigore della legge si era sviluppato un certo dibattito dottrinale e giurisprudenziale circa la legittimità della c.d. « maternità surrogata » che, per lo più, veniva considerata illecita ed era vietata dal codice di deontologia medica, anche se non mancavano voci contrarie (in argomento, cfr. CASSANO 2001; BALDINI 1999; BILOTTA 1999; FERRANDO 1999; MAZZONI 1998; BITETTI 1994; CORTI 2000; SESTA 2000a, 483; SESTA 2000b, 203 ss.; SHALEV 1992; CALOGERO 1989; CLARIZIA 1988; FERRANDO 1989; AA.VV. 1987; TRABUCCHI 1986, 495; LANZILLO 1984, 635; SANTOSUOSSO A. 2004, 29). La questione si affacciò prepotentemente all'attenzione dell'opinione pubblica e dei giuristi in ambiente statunitense, in quella vicenda che la stampa indicò come il caso **BABY M.**: due coniugi, attraverso la mediazione di un centro di cura della sterilità, si accordarono con una donna resasi disponibile a farsi fecondare con il seme del marito ed a consegnare il bambino alla nascita, rinunciando ai propri diritti di madre. Intervenuto il pentimento della donna, i coniugi si rivolsero al giudice, chiedendo di condannarla a consegnare la bambina che, in forza del contratto, doveva considerarsi loro figlia (sul caso Baby M. e, più in generale, sul dibattito dei problemi legati alla fecondazione artificiale nell'ottica del diritto statunitense, SHALEV 1992, *passim*; GIAIMO 1996, 536).

In Italia, la scarsa giurisprudenza formatasi prima dell'entrata in vigore della legge in commento (cfr. T Monza 27 ott. 1989, D FAM, 1990, 174 e D FAM, 1991, 191, nt. LANDOLFI) rinveniva la **nullità dei contratti** in questione nella mancanza nell'oggetto dei prescritti requisiti della possibilità e della liceità, alla stregua degli artt. 1418, c. 2, e 1346 c.c.: non possono infatti formare oggetto del contratto gli *status* personali, né la potestà dei genitori ed i diritti personali del minore ad essere educato e mantenuto da chi lo ha generato (nel senso della nullità dell'accordo di maternità surrogata, cfr. BIANCA C.M. 2014, 407). Si riteneva, altresì, ricorressero gli estremi della nullità del contratto anche sulla base del disposto dell'art. 1343 c.c., laddove il negozio presentasse il carattere dell'onerosità; con conseguente esclusione del diritto dei coniugi committenti a ripetere le eventuali somme già versate a titolo di compenso alla madre surrogata, giusta l'art. 2035 c.c. Si era distinta, nel panorama giurisprudenziale italiano, una ordinanza del Tribunale di Roma (T Roma, ord. 17 feb. 2000, CG, 2000, 483, nt. SESTA, 2000a; v. anche i commenti di CASSANO 2000a e DOGLIOTTI 2000) che, non senza suscitare le più svariate e vivaci reazioni, ritenne legittimo l'accordo di maternità surrogata — nella specie comportante l'impegno della madre portante al trasferimento di un embrione formato da materiale genetico della coppia committente — qualora non fosse previsto un corrispettivo e, considerati i motivi espressi dalle parti, non fosse diretto ad elu-

dere le norme sull'adozione e sull'indisponibilità degli *status*. Conseguentemente, valutato come legittimo il contratto concluso tra coppia committente e medico (nella specie, prima dell'entrata in vigore del codice di deontologia medica) avente ad oggetto la fecondazione *in vitro* con maternità surrogata, il giudice autorizzò il trasferimento dell'embrione nell'utero della madre portante. **5.3.** La **1. 2004/40 pone espressamente il divieto**, sanzionato penalmente in maniera assai severa anche nei riguardi della coppia committente e della madre portante, oltre che del medico (v. *infra*, *sub art. 12, c. 6 e 8*) (in argomento cfr. CANESTRARI 2004a, 420; VILLANI 2012, 701, secondo il quale sarebbe stato preferibile un approccio simile a quello originariamente adottato per la procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, in cui il legislatore, dopo aver posto il divieto della pratica, aveva comunque disciplinato le conseguenze della sua violazione nonché, più di recente, D'AVACK 2017, 139 ss.; VARANO 2017, 825 ss.; BIN 2016, *passim*; RIZZUTI 2015, 89 ss.; LORENZETTI 2011, 617 ss.). Inoltre, il disposto dell'art. 9, c. 3, conferma che la donna che ha partorito è l'unica cui è attribuita la maternità, essendo giuridicamente irrilevante il fatto che l'embrione che le sia stato trasferito in utero fosse formato da materiale genetico altrui (la madre committente); il che risolve in radice le delicate questioni di *status* del nato a seguito di surrogazione che erano state affrontate in dottrina prima dell'approvazione della legge (FERRANDO 1999, 445; DOGLIOTTI 2000; CASSANO 2000a, 156). Sulle conseguenze dell'applicazione della maternità surrogata rispetto all'attribuzione della genitorialità v. *infra*, *sub art. 9, § 3*.

- 6** **Consenso informato.** — 1. *Per le finalità indicate dal comma 3, prima del ricorso ed in ogni fase di applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita il medico informa in maniera dettagliata i soggetti di cui all'articolo 5 sui metodi, sui problemi bioetici e sui possibili effetti collaterali sanitari e psicologici conseguenti all'applicazione delle tecniche stesse, sulle probabilità di successo e sui rischi dalle stesse derivanti, nonché sulle relative conseguenze giuridiche per la donna, per l'uomo e per il nascituro. Alla coppia deve essere prospettata la possibilità di ricorrere a procedure di adozione o di affidamento ai sensi della legge 4 maggio 1983, n. 184, e successive modificazioni, come alternativa alla procreazione medicalmente assistita. Le informazioni di cui al presente comma e quelle concernenti il grado di invasività delle tecniche nei confronti della donna e dell'uomo devono essere fornite per ciascuna delle tecniche applicate e in modo tale da garantire il formarsi di una volontà consapevole e consapevolmente espressa.*
2. *Alla coppia devono essere prospettati con chiarezza i costi economici dell'intera procedura qualora si tratti di strutture private autorizzate.*
3. *La volontà di entrambi i soggetti di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è espressa per iscritto congiuntamente al medico responsabile della struttura, secondo modalità definite con decreto dei Ministri della giustizia e della salute, adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge. Tra la manifestazione della volontà e l'applicazione della tecnica deve intercorrere un termine non inferiore a sette*

giorni. La volontà può essere revocata da ciascuno dei soggetti indicati dal presente comma fino al momento della fecondazione dell'ovulo ⁽¹⁾.

4. Fatti salvi i requisiti previsti dalla presente legge, il medico responsabile della struttura può decidere di non procedere alla procreazione medicalmente assistita, esclusivamente per motivi di ordine medico-sanitario. In tale caso deve fornire alla coppia motivazione scritta di tale decisione.

5. Ai richiedenti, al momento di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, devono essere esplicitate con chiarezza e mediante sottoscrizione le conseguenze giuridiche di cui all'articolo 8 e all'articolo 9 della presente legge.

SOMMARIO

1. Il consenso informato. — 2. La revoca del consenso.

1. Il consenso informato. **1.1.** Alla luce della primaria rilevanza assunta dalla preventiva informazione che il personale medico è tenuto a fornire al paziente affinché possa autodeterminarsi in modo libero e consapevole al trattamento sanitario, il legislatore, anche con riferimento alla procreazione assistita, ha regolato in maniera alquanto circostanziata la materia del consenso informato. La tematica del consenso — caricata di una valenza ulteriore, in quanto finalizzata non solo al trattamento medico, ma anche ad una **consapevole assunzione di responsabilità genitoriale** (ROSSI CARLEO 2004, 706) — riveste quindi un ruolo centrale nella l. 2004/40, che all'art. 6 prevede l'obbligo del medico di fornire alla coppia **informazioni di vario genere estremamente dettagliate** al fine, dichiarato con enfasi eccessiva, di « garantire il formarsi di una volontà consapevole e consapevolmente espressa » (osserva PALAZZO 2013, 28, che « una questione di non facile soluzione, qualora si accolga una nozione ampia di sterilità o infertilità di cui all'art. 4 l. 2004/40, si presenta nel caso di incapacità a procreare derivante dallo stato vegetativo permanente di uno dei componenti della coppia, con particolare riferimento a quello di sesso maschile, essendo da tempo tecnicamente possibile il prelievo del seme addirittura anche da cadavere. I problemi più delicati sorgono proprio riguardo alla prestazione del consenso di cui all'art. 6 »). **1.2.** Il dettato della norma in esame era originariamente integrato dal coevo d.m. 2004/336 (Regolamento recante norme in materia di procreazione medicalmente assistita, in G.U. 21 feb. 2005 n. 42), volto a definire le modalità con le quali gli aspiranti genitori dovevano rendere il proprio consenso alla tecnica riproduttiva (in argomento cfr. NADDEO 2004, 107; CASINI C.-CASINI M.-DI PIETRO 2004, 115; v. anche VILLANI 2012, 666 ss.). Detto decreto è stato di recente abrogato e sostituito dal **d.m. 28 dic. 2016/265** (G.U. n. 40 del 17 febbraio 2017), recante il “**Regolamento in materia di manifestazione della volontà di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, in attuazione dell'articolo 6, comma 3, della legge 19 febbraio 2004, n. 40**”. Il decreto **indica gli elementi minimi su cui deve formarsi il “consenso informato”** per le coppie che richiedano l'accesso a pratiche di procreazione medicalmente assistita. In particolare, gli aspiranti genitori debbono essere informati — *inter alia* —: sulla possibilità di ricorrere a strumenti alternativi alla procreazione assistita quali quelli offerti dalla l. 1983/184 in materia

di affidamento ed adozione; sui requisiti oggettivi e soggettivi per l'accesso alla p.m.a. e sulle conseguenze giuridiche per l'uomo, la donna e il nascituro ai sensi degli artt. 8, 9 e 12, c. 3, della l. 2004/40, nonché sulle sanzioni; sulle diverse tecniche impiegabili, incluse le tecniche di p.m.a. di tipo eterologo e la possibilità per uno dei componenti la coppia di donare gameti, sulla volontarietà e gratuità della donazione di gameti, nonché sulla non rivelabilità dell'identità del o dei riceventi al donatore o alla sua famiglia e viceversa; sulle probabilità di successo delle diverse tecniche, sui rischi per la madre e per il nascituro; sulla possibilità di revoca del consenso da parte dei richiedenti fino al momento della fecondazione dell'ovulo; sulla possibilità, da parte del medico responsabile della struttura, di non procedere alla procreazione medicalmente assistita esclusivamente per motivi di ordine medico-sanitario, motivando in forma scritta; sulla possibilità di crioconservazione dei gameti maschili e femminili per successivi trattamenti di fecondazione assistita, nonché sulla possibilità di crioconservazione degli embrioni in conformità a quanto disposto dall'art. 14 della legge e dalla sentenza della Consulta 2009/151. In ordine invece alle modalità di informazione e di raccolta del consenso, il regolamento impone al personale medico, preliminarmente alla sottoscrizione del consenso informato ed al conseguente avvio del trattamento, di fornire alla coppia, in maniera chiara ed esaustiva, nel corso di uno o più colloqui, gli elementi informativi sopra elencati, e richiede alle strutture private autorizzate di illustrare con chiarezza anche i costi totali derivanti dalle diverse procedure. Stabilisce inoltre che la volontà di accedere al trattamento deve essere manifestata con apposita dichiarazione, sottoscritta e datata, in duplice esemplare, dai richiedenti congiuntamente al medico responsabile della struttura autorizzata ai sensi dell'art. 10 l. 2004/40 e dell'Accordo Stato-Regioni del 15 marzo 2012. Una delle copie dovrà poi essere consegnata ai richiedenti ed una trattenuta agli atti della struttura, che provvederà alla sua custodia nel tempo. **1.3.** L'art. 6, c. 3, l. 2004/40 dispone infine che tra la manifestazione della volontà della coppia e l'applicazione delle tecniche debba intercorrere un termine non inferiore a sette giorni.

2. La revoca del consenso. 2.1. La legge stabilisce che il consenso al trattamento possa essere revocato insindacabilmente da ciascun membro della coppia **sino al momento della fecondazione dell'ovulo** (art. 6, c. 3; v., nello stesso senso, anche le "Linee guida" 11 apr. 2008, nonché il successivo aggiornamento contenuto nel d.m. 1° lug. 2015, su cui v. *sub* art. 7), e pertanto una volta prodottosi l'embrione a seguito di fecondazione dell'ovulo la revoca non è ammessa. La Consulta ha, più volte, dichiarato inammissibile, per difetto di rilevanza nei giudizi principali, la questione di legittimità costituzionale della norma in commento (cfr. C. cost. 8 mag. 2009/151, cit.; più di recente v. C. cost. 2016/84, cit., adita da T Firenze 7 dic. 2012, cit., che aveva sollevato q.l.c. dell'art. 6, c. 3, u.c., per contrasto con gli artt. 2, 3, 13, 31, 32 e 33, c. 1, Cost., nella parte in cui la norma contiene un divieto assoluto di revoca del consenso alla p.m.a. dopo l'avvenuta fecondazione dell'ovulo, divieto che, secondo la prospettazione del rimettente, rappresenterebbe una palese violazione del principio regolativo del rapporto medico/pa-

ziente, poiché il paziente verrebbe espropriato della possibilità di revocare l'assenso al medico di eseguire atti sicuramente invasivi della propria integrità psico-fisica; la Consulta ha, tuttavia, ritenuto la questione inammissibile in ragione della rilevanza meramente ipotetica e non attuale della stessa nel giudizio *a quo*). Dunque la legge sembra imporre, alla coppia e al medico, l'obbligo di procedere in ogni caso al trasferimento dell'embrione, eccettuata la sussistenza di un motivo di ordine medico-sanitario (art. 6, c. 4), quale « una grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione » (arg. ex art. 14, c. 3).

2.2. Ci si è chiesti, pertanto, se la disposizione in esame esiga addirittura un **trasferimento forzoso dell'embrione** nell'utero di una donna che, nonostante l'iniziale consenso legittimamente manifestato, non vi consenta, alla stregua di un trattamento sanitario obbligatorio (art. 32, c. 2, Cost.) (VILLANI 2004, 82; NADDEO 2004, 114). Tale conclusione è da escludersi, sia perché violerebbe i principi di libertà (art. 13 Cost.) ed il disposto costituzionale secondo il quale « la legge non può in nessun modo violare i limiti imposti del rispetto della persona umana », sia perché, più in generale, la l. 2004/40 non dispone un trattamento sanitario obbligatorio « determinato », come invece richiesto dall'art. 32 Cost. (CASINI C.-CASINI M.-DI PIETRO 2004, 127; MORETTI 2007, 292). In tal senso si è espressa invero anche la giurisprudenza, la quale — oltre ad affermare che l'obbligo di trasferimento degli embrioni nell'utero non costituisce un trattamento sanitario obbligatorio, atteso che la scelta della donna di accedere alle tecniche è del tutto libera e consapevole — ha statuito come l'incoercibilità del predetto obbligo non valga di per sé a rendere irragionevole ed incostituzionale la norma che lo sancisce (T Catania 3 mag. 2004, cit., con commenti di FERRANDO e DOGLIOTTI).

2.3. Le osservazioni appena svolte consentono allora di affermare che la **donna possa revocare il proprio consenso procreativo sino all'effettivo trasferimento dell'embrione in utero** (CANESTRARI 2004a, 417; FACCIOLI 2007, 1061) e, successivamente, possa decidere di interrompere la gravidanza ai sensi della l. 1978/194, come d'altronde espressamente disposto dall'art. 14, c. 1 e 4, della legge in commento. Per contro, **l'uomo potrà efficacemente revocare il proprio consenso solo sino al momento della fecondazione**, dopo di che la revoca sarà senza effetto, ed il medico non potrà tenerne alcun conto. Qualora si prospettasse una situazione simile a quella affrontata in passato dalla giurisprudenza di una separazione tra coniugi nelle more delle pratiche fecondative, il giudice non potrebbe accogliere la pretesa dell'uomo che, revocato il consenso al trasferimento in utero dell'embrione, intendesse far valere il diritto a non diventare padre contro la sua volontà (così, invece, T Bologna 9 mag. 2000: CG, 2001, 1216, nt. ARGENTESI; FD, 2000, 487, nt. CASSANO). Vi è dunque una sorta di disparità di trattamento tra la situazione dell'uomo e quella della donna, che tuttavia non appare incongrua od in violazione dell'art. 3 Cost., stante la diversa funzione dei *partners* nel processo riproduttivo ed il diritto della donna ad opporsi ad un trattamento sanitario indesiderato (NADDEO 2004, 117).

2.4. Non è chiara la **sorte dell'embrione formatosi**, una volta che la donna ne rifiuti il trasferimento (VILLANI 2004, 92) (v. *sub* art. 16, *infra*).

- 7** **Linee guida.** — 1. *Il Ministro della salute, avvalendosi dell'Istituto superiore di sanità, e previo parere del Consiglio superiore di sanità, definisce, con proprio decreto, da emanare entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, linee guida contenenti l'indicazione delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita.*
2. *Le linee guida di cui al comma 1 sono vincolanti per tutte le strutture autorizzate.*
3. *Le linee guida sono aggiornate periodicamente, almeno ogni tre anni, in rapporto all'evoluzione tecnico-scientifica, con le medesime procedure di cui al comma 1.*

SOMMARIO

1. Il d.m. 21 luglio 2004 - Linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita". — 2. La declaratoria di illegittimità del TAR Lazio 2008 in materia di diagnosi preimpianto. — 3. I successivi aggiornamenti delle Linee guida.

1. Il d.m. 21 luglio 2004 - "Linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita". **1.1.** La disciplina normativa posta con l. 2004/40 è stata completata dall'**emanazione, sulla base di quanto previsto dall'art. 7, dei decreti ministeriali: 21 lug. 2004/15165 ("Linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita"**, in G.U., sr. gen., 16 ago. 2004 n. 191); 4 ago. 2004/15254 ("Norme in materia di procreazione assistita", in G.U., sr. gen., 26 ago. 2004 n. 200); nonché dal d.m. 16 dic. 2004/336, con cui si sono individuati i punti essenziali utili per la formulazione del consenso in caso di richiesta di accesso alla p.m.a. (in G.U., sr. gen., 21 feb. 2005 n. 42; v. *supra*, art. 6). **1.2.** Come espressamente previsto dalla Premessa alle Linee guida, scopo delle stesse è quello di **fornire chiare indicazioni agli operatori delle strutture** autorizzate all'applicazione delle tecniche di p.m.a. affinché sia assicurato il pieno rispetto di quanto dettato dalla legge (per un primo e critico commento alle Linee guida, cfr. VERONESI 2004b, 1356). A tal fine le Linee guida prendono in considerazione aspetti legati: « al ricorso alle tecniche di p.m.a. (art. 4 della legge); alla gradualità nel ricorso alle tecniche (art. 4); al consenso informato da parte di coloro che si sottopongono alle tecniche (art. 6); all'accertamento dei requisiti previsti per le coppie alle quali si applicano le tecniche di p.m.a. (art. 12); alle disposizioni concernenti la sperimentazione sugli embrioni umani (art. 13) e, infine, i limiti all'applicazione delle tecniche di p.m.a. sugli embrioni (art. 14) » (in tal senso, VILLANI 2012, 614, n. 7). In particolare, **il d.m. 2004/15165 non solo aveva introdotto il divieto di diagnosi preimpianto** a finalità eugenetiche, che a stretto rigore poteva già ritenersi ricompresso nel divieto di sperimentazione sugli embrioni di cui all'art. 13, l. 2004/40, ma ulteriormente delimitato l'ambito della diagnosi sull'embrione da impiantare all'indagine di tipo osservazionale, con ciò precludendo **anche** la diagnosi preimpianto **senza finalità eugenetiche**, creando *ex novo* una fattispecie di divieto non previsto dalla legge (sulla diagnosi preimpianto v. già *supra, sub* artt. 1, 2, 3, § 4.3).

2. La declaratoria di illegittimità del TAR Lazio 2008 in materia di diagnosi preimpianto. Sulla legittimità delle prime Linee guida si è pronunciato — come già visto *sub* artt. 1, 2, 3, § 4.3 — **il TAR Lazio, Roma, 21 gen. 2008/398 cit.**,

che ha annullato quella parte di esse in cui si prevedeva che l'indagine sugli embrioni creati *in vitro* potesse essere solo di tipo osservazionale, **legittimando** così la tecnica della **diagnosi preimpianto**.

3. I successivi aggiornamenti delle Linee guida. 3.1. In attuazione della succitata sentenza del giudice amministrativo, il Ministro della salute, con **decreto 11 apr. 2008/31639** (in G.U. 30 apr. 2008 n.101); per un commento al d.m. 11 apr. 2008 cfr. SALERNO 2008, 28 ss.), ha proceduto all'**aggiornamento delle Linee guida** contenute nel d.m. 21 lug. 2004 (non si tratta di Linee guida propriamente "nuove", ma di una versione aggiornata delle precedenti). Le innovazioni sostanziali concernono la soppressione di talune disposizioni collegate all'indagine preimpianto sull'embrione, nonché l'estensione della condizione di infertilità, e dunque dell'accesso alle tecniche, anche agli uomini portatori di malattie virali sessualmente trasmissibili per infezioni da HIV, HBV (epatite B) e HCV (epatite C). **3.1.1.** Più precisamente, per quanto attiene alla diagnosi preimpianto, in connessione all'evoluzione della giurisprudenza ordinaria (v. *supra*, *sub* artt. 1, 2, 3, § 4.3) e a seguito della pronuncia di annullamento adottata dal TAR Lazio 2008, è stato soppresso il limite costituito dalla sola indagine di tipo osservazionale: con il che, fermo il divieto di diagnosi preimpianto a finalità eugenetica, **si ammette la diagnosi preimpianto** se effettuata **allo scopo di conoscere lo stato di salute dell'embrione**. In altri termini, non si limita più la ricerca clinica e sperimentale sull'embrione, ove persegua finalità terapeutiche e diagnostiche, all'indagine di tipo osservazionale, la quale, secondo la scienza medica, consentiva di valutare la compattezza e l'aggregazione delle cellule, ma non di individuare eventuali anomalie genetiche. **3.1.2.** In merito all'ulteriore novità relativa alla **possibilità di ricorrere alla p.m.a.** anche nei casi in cui vi siano **uomini portatori** delle succitate **malattie virali sessualmente trasmissibili (HIV, epatite B, epatite C)** (su questo aspetto v. altresì *sub* artt. 4-5, § 1.2, *supra*), l'estensione si fonda sulla seguente considerazione: le predette malattie, in ragione del rischio elevato di infezione per la madre o per il feto, costituiscono, di fatto, una causa ostativa della procreazione, in quanto « imponendo l'adozione di precauzioni che si traducono, necessariamente, in una condizione di infecondità », rappresentano casi di « infertilità maschile severa da causa accertata e certificata da atto medico », come tali idonee a consentire l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita. **3.2.** Si veda ora la **versione aggiornata** delle Linee guida contenuta nel **d.m. 1° lug. 2015/86935** (in G.U. 14 lug. 2015 n. 161), che, con riguardo alla diagnosi preimpianto, nulla ha innovato rispetto al precedente testo del 2008; mentre, con riferimento all'accesso alla p.m.a. da parte di portatori di malattie virali sessualmente trasmissibili per infezioni da **HIV o virus delle epatiti B e C**, ha esteso detta possibilità, in generale, alle coppie in cui *uno* dei due *partner* — **e cioè** non più soltanto l'uomo, come nella versione precedente, ma **anche la donna** — sia portatore delle predette malattie. Tra i contenuti dell'aggiornamento, altresì, il **via libera alla fecondazione eterologa**, conformemente alla caducazione del divieto ad opera della Consulta (C. cost. 10 giu. 2014/162, cit.), nonché — in questo stesso

ambito — l'ulteriore possibilità di “*egg sharing*” e “*sperm sharing*”, ossia tecniche che consentono ad uno dei componenti la coppia ricevente di poter essere a sua volta anche donatore di gameti per altre coppie che accedono alla p.m.a. di tipo eterologo.

Capo III

DISPOSIZIONI CONCERNENTI LA TUTELA DEL NASCITURO

8 Stato giuridico del nato. — 1. *I nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno lo stato di figli nati nel matrimonio o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime ai sensi dell'articolo 6* ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Articolo modificato dall'art. 102, c. 1, d.lgs. 28 dic. 2013/154, a decorrere dal 7 feb. 2014, come indicato dall'art. 108, c. 1, del citato decreto. Nel testo in vigore fino al 6 feb. 2014 la parola « nati nel matrimonio » era « legittimi ».

SOMMARIO

1. Lo stato del nato: *a*) coppie unite in matrimonio. — **2.** (*Segue*): *b*) coppie conviventi. — **3.** (*Segue*): *c*) coppie dello stesso sesso.

1. Lo stato del nato: a) coppie unite in matrimonio. Deve premettersi che la disciplina in esame è precedente a quella che ha introdotto lo stato unico di figlio (l. 2012/219), e quindi differenziava la posizione del nato da coppia coniugata da quello nato da coppia convivente di fatto. Tuttavia, la disposizione ha mantenuto la sua necessità tenuto conto che, nonostante l'unicità di stato giuridico, la legge ne mantiene differenziata l'attribuzione a seconda che i genitori siano coniugati (cfr. artt. 231-249 c.c.) o meno (cfr. artt. 250-279 c.c.). Ai sensi dell'articolo in commento, **lo stato giuridico del nato a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita è di figlio nato nel matrimonio** se la coppia genitoriale è coniugata (FINOCCHIARO 2004, 36; sullo *status* del nato da p.m.a. cfr. anche DI PIETRO 2016, 700 ss.). La maternità infatti è attribuita secondo la regola generale per la quale è madre del nato la partoriente (art. 269, c. 3, c.c.) ed è padre, in forza della presunzione di cui all'art. 231 c.c., il marito di lei, essendo indifferente, sia *ex latere matris* che *ex latere patris*, che la procreazione sia o meno frutto di una fecondazione eterologa. Lo stato di figlio matrimoniale è conseguenza del carattere omologo della fecondazione, ma la legge lo attribuisce anche nelle ipotesi di fecondazione eterologa. Infatti, l'art. 9 impedisce al marito il cui consenso alla fecondazione eterologa della moglie sia « riconoscibile da atti concludenti » di esperire l'azione di disconoscimento della paternità in base all'art. 243 *bis* c.c. (v. *infra*, sub art. 9). Tale previsione sembrò invero incoerente nella vigenza del divieto di fecondazione eterologa, risultando contraddittorio che la legge, nel vietarla, ne regolasse gli effetti; essa appare oggi, invece, a seguito

dell'intervento della Corte costituzionale che ha abrogato il divieto di fecondazione eterologa (C. cost. 2014/162, cit.), particolarmente opportuna, in quanto funzionale ad una piena tutela del figlio. **Allo stesso modo, nel caso in cui sia stato impiantato in utero un embrione formatosi con gameti di donna diversa da quella che ha poi partorito**, deve escludersi che possa essere impugnata la maternità di quest'ultima. Infatti, dal combinato disposto degli artt. 8 e 9 l. 2004/40, 269 c. 3, 240 e 239, c. 1, c.c., è assodato che il nato consegua lo stato di figlio dei genitori che abbiano dato il consenso, escludendosi qualsiasi rilevanza alla posizione del "donatore di gameti". Facendo **applicazione dei suddetti principi**, il **Tribunale di Roma**, affrontando con una serie di provvedimenti cautelari che hanno preceduto la conforme sentenza di merito un caso di **accidentale scambio di embrioni**, avvenuto nell'ambito di una p.m.a. omologa — che aveva condotto all'impianto nell'utero della donna poi partoriente di embrioni appartenenti ad altra coppia —, ha deciso che lo stato del nato deve essere attribuito secondo la norma dell'articolo in commento, essendo **irrilevante l'errore umano** che ha cagionato lo scambio degli embrioni e la stessa verità genetica del concepimento: **lo status conseguito dal nato è, dunque, quello di figlio della partoriente e del di lei marito**. All'ordinanza, emessa in sede cautelare (T Roma 8 ago. 2014 (ord.): FD, 2014, 929, nt. BUGETTI, 2014, 933 ss., NGCC, 2014, 1110, nt. SCALERA, 2014, 1115 ss., D FAM, 2015, 186 ss., nt. BIANCA M., 2015, 186 ss., Diritto delle successioni e della famiglia, 2015, 197, nt. RENDA, 2015a, 206 ss. La pronuncia ha altresì occasionato le riflessioni di MORACE PINELLI, 2016, 242 ss.; CAREDDA, *Scambio di embrioni e titolo di paternità e maternità*, *giustiziacivile.com*, 23 set. 2014; CIRAIOLO, *Brevi note in tema di procreazione medicalmente assistita e regole determinative della genitorialità*, *giustiziacivile.it*, 2014, 12, 485; PODOGHE, *Lo scambio di embrioni fra Salomone, Mosè, Pilato e Giuseppe*, *giustiziacivile.com*, 1 dic. 2014), confermata dalle successive pronunce cautelari (T Roma 22 apr. 2015 (ord.), GI, 2015, 1849 ss., nt. MENDOLA, *Sostituzione di embrioni e disconoscimento di paternità*, e T Roma 2 ott. 2015 (ord.), *De Jure Giuffrè*), ha fatto seguito **la sentenza con cui si è chiuso il giudizio di primo grado, poi passata in giudicato (T Roma 10 mag. 2016, GI, 2016, 2109, nt. PASCUCCI, 2016, 2111 ss., e FD, 2016, 677 ss., nt. BUGETTI 2016a, 680 ss.; e v. ancora BUGETTI 2016b, 1415 ss.)**. **Al proposito** si veda la recente, già menzionata, pronuncia di legittimità (**CC 30 set. 2016/19599**, cit.), la quale, in un caso affatto peculiare riguardante la riconoscibilità in Italia di un atto di nascita straniero dal quale risulti che un bambino è figlio di due donne legate da un rapporto di coppia (l'una che l'ha partorito e l'altra che ha donato l'ovulo, il tutto con l'utilizzo di un gamete maschile proveniente da terzo ignoto), ha affermato — invero in modo non persuasivo — che « la regola secondo cui è madre colei che ha partorito, non costituisce un principio fondamentale di rango costituzionale » (su questa fattispecie v. già *supra*, *sub artt. 4-5*, § 3.2, ed altresì *infra*, *sub art. 9*, § 3).

2. (Segue): b) coppie conviventi. 2.1. La disposizione dell'art. 8 attribuisce ai **nati** a seguito dell'applicazione delle tecniche medicalmente assistite **nei riguardi di coppia convivente ma non coniugata** lo stato di **figli riconosciuti**; nel

caso di utilizzazione di materiale genetico di terzo donatore il convivente il cui consenso sia ricavabile da atti concludenti non può esercitare l'impugnazione per difetto di veridicità di cui all'art. 263 c.c. Circa l'attribuzione dello *status* al figlio ci si è chiesti **se** la stessa avvenga **in maniera automatica**, per legge, **ovvero se occorra pur sempre il volontario riconoscimento** secondo i principi generali. Chi interpreta la norma quale disposizione che ha introdotto nel sistema della filiazione non matrimoniale la nuova categoria dei figli non matrimoniali « per legge » (VILLANI 2004, 104) osserva come la fattispecie della procreazione medicalmente assistita, caratterizzata da procedure e consensi attestanti la volontà procreativa degli interessati, giustifichi il superamento del principio generale, fondato sulla volontarietà del riconoscimento (QUADRI 2005, 49). Da alcuni (DOGLIOTTI-FIGONE 2004, 181) si precisa inoltre che la dichiarazione scritta dei richiedenti vada riguardata, se non come vero e proprio atto di riconoscimento, quanto meno come espressione di una volontà irrevocabile di riconoscimento, tenuto anche conto che tale atto può essere compiuto prima della nascita (art. 254 c.c.). L'interpretazione letterale della disposizione contenuta nell'art. 8 porterebbe senz'altro a concludere per l'attribuzione automatica dello *status* di figlio riconosciuto (in tal senso, cfr. FACCIOLI 2007, 1062; così anche CORTI 2007, 532); anche la *ratio legis*, quale emerge da una interpretazione sistematica dalla disposizione, coordinata con quella dell'art. 9, c. 2, sembra deporre in tal senso. Per contro, il coordinamento col c. 1, che pone il divieto di impugnazione per difetto di veridicità, pare presupporre la necessità di un intervenuto riconoscimento, poiché diversamente il legislatore avrebbe dovuto limitarsi a stabilire che lo stato di figlio non matrimoniale attribuito per legge non è contestabile. **2.2.** Se dunque i dati testuali non consentono di giungere ad una soluzione univoca della questione relativa alla modalità di attribuzione dello *status* del figlio nato fuori del matrimonio, resta il fatto che, sul piano concreto, **non pare che essa possa prescindere dal riconoscimento effettuato in una delle forme previste all'art. 254 c.c.** Infatti, l'ufficiale di stato civile non potrebbe procedere diversamente all'annotazione della paternità nell'atto di nascita che, ai sensi dell'art. 43 d.P.R. 3 nov. 2000/396, è consentito solo con riguardo ad atti pubblici o testamenti. Non può neppure costituire atto annotabile quello con cui la coppia esprime la volontà di accedere alle tecniche di cui all'art. 6, c. 3, l. 2004/40, sia perché all'epoca il figlio non era concepito (art. 254 c.c.), sia per la forma dell'atto stesso. **2.3.** In conclusione, appare preferibile ritenere che la disposizione dell'art. 8, sia con riguardo alla filiazione matrimoniale che a quella non matrimoniale, nulla abbia innovato in ordine all'acquisizione dello *status*, e che, quindi, occorra pur sempre il riconoscimento di ciascuno dei genitori, **in difetto del quale dovrà esperirsi l'azione di dichiarazione giudiziale della genitorialità ex art. 269 c.c.** (FINOCCHIARO 2004, 36). Non si vede, infatti, come diversamente potrebbe avvenire l'attribuzione della genitorialità, stante il divieto che l'atto di riconoscimento di un genitore contenga indicazioni relative all'altro (art. 258 c.c.), e considerate le modalità di formazione dell'atto di nascita regolate dagli artt. 29 e 30 d.P.R. 3 nov. 2000/396, che non consentono all'ufficiale di stato civile di indicare le generalità dei genitori che non procedano al riconoscimento o non consentano per atto pubblico ad essere nominati. Non essendo prevista alcuna

deroga a tali disposizioni, non sarà possibile che l'ufficiale di stato civile proceda alla indicazione delle generalità dei genitori dietro la sola esibizione di documentazione che attesti il loro consenso a pratiche di procreazione artificiale. Tale conclusione risulta altresì indirettamente confermata dalla previsione legislativa secondo cui (art. 9, c. 2) la madre (coniugata) del nato a seguito dell'applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita non può dichiarare la volontà di non essere nominata, ai sensi dell'art. 30, c. 1, d.P.R. 2000/396; disposizione, quest'ultima, che conferma che quando il legislatore del 2004 ha voluto derogare a norme vigenti lo ha fatto espressamente, il che induce appunto a ritenere, come si è visto, che nulla sia stato modificato circa il riconoscimento del figlio. **2.4.** Un tribunale ha condivisibilmente affermato — ma trattavasi di *obiter dictum* — che dovrebbe essere attribuita la paternità al convivente della madre partorienti, che abbia prestato il consenso alla p.m.a., **anche nel caso di accidentale scambio di embrioni** nell'ambito di una fecondazione omologa (cfr. i già citati provvedimenti del Tribunale di Roma *supra*, *sub* art. 8, § 1).

3. (Segue): c) coppie dello stesso sesso. 3.1. Sulla base di quanto già osservato a commento dell'art. 5, § 3.3, non pare possa ritenersi che la regola generale che detta i criteri di attribuzione dello *status* di filiazione in capo al nato da PMA (art. 8), e le norme che ne costituiscono specifica attuazione (art. 9), trovino applicazione anche allorché la tecnica medesima sia stata — illegittimamente (art. 5 l. cit.) ed illecitamente (art. 12, c. 2, l. cit.) — utilizzata in carenza dei requisiti soggettivi, nella specie ove i componenti la coppia avente fatto ricorso alla PMA siano **due donne**. Invero, la norma dell'art. 8 non può fuoriuscire dal perimetro applicativo dell'intera legge come fissato dall'art. 1 e dall'art. 5 della medesima, non potendo neppure profilarsi in base alla legge la valida prestazione di un consenso alle tecniche da parte di persone dello stesso sesso (*contra* GATTUSO 2017, 269, il quale rileva che « l'articolo 8 della legge n. 40/2004 individua lo stato di figlio della coppia che abbia prestato il consenso alla tecnica di procreazione medicalmente assistita, senza distinguere in ordine alla diversità od identità di genere dei membri della coppia. Dopo l'emanazione della legge n. 76/2016 non pare più possibile affermare che il termine 'coppia' sia giuridicamente riferibile alle sole coppie di sesso diverso »). **3.2.** Quanto alla **coppia di uomini**, ad avviso di chi scrive, non può neppure prospettarsi una attribuzione di stato di figlio di due uomini che abbiano fatto ricorso a tecniche di maternità surrogata, che resta tuttora vietata (cfr. *sub* art. 5, § 5, e ancora *sub* art. 9, § 3), anche dopo la sentenza della Corte costituzionale che ha caducato il divieto di fecondazione eterologa (C. cost. 10 giu. 2014/162 cit.), cosicché con riguardo al nato non può trovare applicazione la disposizione in commento, onde deve escludersi che il "padre non biologico" possa riconoscere il nato (*contra* GATTUSO 2017, 295).

- 9** **Divieto del disconoscimento della paternità e dell'anonimato della madre.** — 1. *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 della paternità nei casi previsti dall'articolo 235, primo comma, numeri 1) e 2), del codice civile, né l'impugnazione di cui all'articolo 263 dello stesso codice* ⁽¹⁾.
 2. *La madre del nato a seguito dell'applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita non può dichiarare la volontà di non essere nominata, ai sensi dell'articolo 30, comma 1, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396.*
 3. *In caso di applicazione di tecniche di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3, il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi* ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ C. cost. 10 giu. 2014/162 (G.U. 18 giu. 2014/26) ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del presente comma, limitatamente alle parole « in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3 ».

SOMMARIO

1. Divieto di disconoscimento della paternità. — 2. Anonimato della madre. — 3. La maternità surrogata.

1. Divieto di disconoscimento della paternità. 1.1. L'articolo in commento **impedisce al marito il cui consenso alla fecondazione eterologa della moglie sia « riconoscibile da atti concludenti » di esperire l'azione di disconoscimento della paternità** (cfr. CC 11 lug. 2012/11644, FI, 2012, I, 3348, che ha affermato che in luogo di un divieto generalizzato di disconoscimento del figlio nato da inseminazione artificiale eterologa, con l'art. 9, c. 3, l. 2004/40 si è introdotta una specifica eccezione in tema di legittimazione ad agire ai sensi dell'art. 235 c.c. [ora art. 243 bis c.c.], escludendola nelle sole ipotesi in cui, anche "*per facta concludentia*", sia desumibile il consenso del coniuge che tale azione intenda esperire al ricorso alla fecondazione assistita di tipo eterologo. Viceversa, in tutte le ipotesi non contemplate dalla norma derogatrice in esame, ovverosia quelle nelle quali difetti l'elemento ostativo alla legittimazione costituito dal consenso preventivo alla fecondazione eterologa, l'azione di disconoscimento deve ritenersi ammissibile: in altri termini, a seguito dell'introduzione della l. 2004/40, il quadro normativo « si è arricchito di una nuova ipotesi, per certi versi tipica, di disconoscimento, che si aggiunge a quelle previste dall'[ora abrogato] art. 235 c.c. »; conf., di recente, CC 28 mar. 2017/7965, FI, 2017, 5, I, 1532, nt. CASABURI). Tale divieto, per certi versi incoerente nell'impianto originario della legge, che pur vietando la fecondazione eterologa ne disciplinava gli effetti, è invece necessario a seguito della caducazione del divieto di fecondazione eterologa ad opera della sentenza C. cost. 10 giu. 2014/162 cit., in considerazione dell'esigenza di tutelare il figlio. Deve peraltro segnalarsi come anche prima della caducazione del divieto di fecondazione eterologa, taluna giurisprudenza si fosse mostrata favorevole alla trascrizione dei certificati di nascita dei bambini nati all'estero mediante l'utilizzo di tale

tecnica (v. T Milano 13 gen. 2014 e T Napoli 14 lug. 2011, entrambe in *De Jure Giuffrè*). **1.2.** A seguito della riforma della filiazione (l. 2012/219 e d.lgs. 2013/154) è stato abrogato l'art. 235 c.c., relativo all'azione di disconoscimento, ora regolata dal nuovo art. 243 *bis* c.c. Il d.lgs. 2013/154, che è intervenuto sulla legge in commento unicamente per adeguare la terminologia dell'art. 8 (espungendo il riferimento ai figli « legittimi »), non ha modificato il testo dell'art. 9, che, dunque, contiene tuttora il rinvio ai « casi previsti dall'articolo 235, c. 1, numeri 1) e 2), del codice civile ». Alla luce dell'intervenuta abrogazione dell'art. 235 c.c., detto rinvio andrà ora riferito all'art. 243 *bis*, il quale non ricomprende più l'elencazione casistica della previgente disposizione, consentendo a chi eserciti l'azione di provare, con ogni mezzo, che non sussiste rapporto di filiazione tra il figlio e il presunto padre (v. *supra*, *sub* art. 8). Tuttavia, occorre una precisazione. Infatti, l'interprete è chiamato a considerare che il mancato richiamo del n. 3) dell'art. 235, c. 1, c.c. assolveva — e per il vero assolve — alla funzione di consentire al marito di promuovere l'azione di disconoscimento, allegando l'adulterio della moglie e dimostrando che il figlio non fosse nato a seguito delle intraprese tecniche mediche (VILLANI 2004, 142; FACCIOLI 2007, 1067): finalità che porta a concludere che **tuttora il marito possa, allegando l'adulterio della moglie, disconoscere il nato assumendo che il concepimento non origini da p.m.a. ma da relazione extraconiugale**. In proposito si è esattamente rilevato come la disposizione in esame sia da interpretarsi restrittivamente, cioè nel senso dell'**insufficienza della prova dell'adulterio, essendo necessario dimostrare altresì che la nascita consegue al rapporto adulterino e non alle tecniche di procreazione medicalmente assistita in corso** (SALANITRO 2004, 501); di guisa che le indagini dovrebbero dimostrare la presenza nel figlio di caratteristiche genetiche o del gruppo sanguigno incompatibili con quelle del donatore (ciò sul presupposto che il centro presso cui si è svolta la circostanza procreativa conservi traccia del patrimonio genetico del donatore, che potrà essere raffrontato con quello del nato, senza violazione alcuna del diritto all'anonimato che la legge attribuisce al terzo). **1.3.** Presupposto del divieto in parola è che **il figlio**, ancorché non biologicamente del marito, **consegue comunque lo stato di figlio nato nel matrimonio in forza di quanto disposto dagli artt. 231 e 232 c.c. La legge**, nel prevedere che il marito non possa esercitare l'azione di disconoscimento della paternità, **non precisa se** essa sia inibita esclusivamente a lui, ovvero se gli altri soggetti legittimati, cioè **il figlio e la madre, possano invece agire**. Se è pacifico che **la madre non possa impugnare la paternità**, come si ricava agevolmente da quanto stabilito al c. 2 dell'art. 9, **più problematico** è stabilire se il divieto si estenda al **figlio** (art. 244, c. 5, c.c.). Un autore (QUADRI 2005, 154) lo nega, valorizzando sia la lettera della disposizione in commento, che si riferisce esclusivamente al coniuge, sia la possibile sussistenza di un interesse del figlio ad accertare la verità biologica della filiazione: in tal senso deporrebbero indicazioni che si rinvengono in alcune decisioni della Corte costituzionale (C. cost. 1997/112, D FAM, 1997, 842, nt. COSENTINO; C. cost. 1999/170, FD, 1999, 313, nt. FIGONE). La soluzione prospettata (a favore della quale sembra pronunciarsi, sia pur dubitativamente ed in mero *obiter dictum*, CC 11 lug. 2012/11644 cit., alla cui stregua « una volta escluso il principio dell'incompatibilità fra

fecondazione artificiale e disconoscimento, non sembra possano sussistere limiti per l'esercizio di tale azione da parte del figlio, certamente estraneo al consenso eventualmente prestato dal genitore e portatore di un interesse alla verità biologica che [...] deve considerarsi meritevole di tutela») non appare tuttavia convincente, in quanto introduce un'eccezione al **divieto dell'azione di disconoscimento**, che il legislatore ha chiaramente voluto escludere in radice nelle ipotesi di procreazione medicalmente assistita. Affermare che il figlio possa esperire l'azione sembra, infatti, incoerente, tenuto anche conto che costui non potrebbe successivamente conseguire — come accade di norma — un accertamento della vera paternità, stante quanto disposto dall'art. 9 u.c., alla cui stregua il donatore dei gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto, né essere titolare di obblighi. Si tratterebbe, dunque, di una verità dimezzata, che non consentirebbe per nulla il soddisfacimento del diritto alla identità biologica del figlio, pur rilevante, in linea di principio, seppure con tante eccezioni, ma non nel caso concreto. Infine, giova rilevare che — a ben vedere — neppure l'elemento letterale depone per l'accoglimento della tesi che vorrebbe il figlio legittimato all'azione di disconoscimento della paternità, posto che l'art. 9, c. 2, andava interpretato in combinato disposto con l'ultimo comma dell'art. 235 c.c., all'epoca vigente e ora, come detto, abrogato, il quale, con previsione d'indole generale, statuiva che l'azione di disconoscimento poteva essere esercitata anche dalla madre o dal figlio che avesse raggiunto la maggiore età in tutti i casi in cui poteva essere esercitata dal padre, così escludendo la sussistenza di fattispecie in cui la legittimazione della madre o del figlio potesse essere più estesa di quella del padre, e che il nuovo art. 243 *bis* c.c., introdotto dal d.lgs. 2013/154, non contraddice, come pure la previsione di imprescrittibilità dell'azione riguardo al figlio oggi enunciata dall'art. 44, c. 5, c.c. Infatti detta imprescrittibilità accede ad una azione che mira sempre a fare affiorare un contrasto tra verità biologica e verità legale dipendente da adulterio e non ha a che fare con la fattispecie in cui detto contrasto dipende dal ricorso a tecniche di p.m.a. in cui esso è *in re ipsa*, presupposto e consentito dalla stessa legge che ammette la p.m.a. eterologa e ne disciplina inderogabilmente gli effetti in ordine allo stato del nato.

2. Anonimato della madre. 2.1. La disposizione dell'**art. 9, c. 2**, alla cui stregua, e in deroga all'art. 30, c. 1, d.P.R. 2000/396, **la madre del nato da p.m.a. non può dichiarare la volontà di non essere nominata**, appare di difficile applicazione, poiché l'ufficiale di stato civile non ha possibilità di sapere se la nascita che gli viene denunciata come da donna che non consente di essere nominata sia conseguenza di fecondazione medicalmente assistita. La **donna** che, nonostante la disposizione di legge, non consenta di essere nominata **non è comunque esposta all'incriminazione per il reato di alterazione di stato previsto** dall'art. 567, c. 2, c.p., trattandosi di reato commissivo (DELOGU 1995, 336). **2.2. Altro profilo** relativo agli *status* di notevole rilevanza, più volte ricordato, è quello espresso dall'art. 9, c. 3, secondo il quale in caso di applicazione di **tecniche di tipo eterologo il donatore**

dei gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto, né essere titolare di obblighi. La legge risolve così, in maniera netta, i dubbi prospettati in passato dalla dottrina circa la posizione del donatore, escludendo in ogni caso che egli possa essere ritenuto « responsabile » della nascita (PATTI 1988, 239; LENTI 1993, 204; MILAN 1997, 237; AULETTA 1986, 49; VILLANI 2004, 145).

3. La maternità surrogata. 3.1. La l. 2004/40 pone espressamente il **divieto** di maternità surrogata, **sanzionato penalmente** in maniera assai severa anche nei riguardi della coppia committente e della madre portante, oltre che del medico (art. 2, c. 6, l. 2004/40). Inoltre, il disposto dell'art. 9, c. 3, conferma che **la donna che ha partorito è l'unica cui è attribuita la maternità** (sullo *status* del nato da maternità surrogata cfr. anche STEFANELLI 2016, 7 ss.; nonché DI MASI 2015, 615 ss.; e CAMPIGLIO 2009, 589 ss.), essendo giuridicamente irrilevante il fatto che l'embrione che le sia stato trasferito in utero sia stato formato con materiale genetico altrui (della madre committente o di terza donatrice di ovuli); il che risolve in radice le delicate questioni di *status* del nato a seguito di surrogazione che erano state affrontate in dottrina (FERRANDO 1999, 445) prima dell'approvazione della legge (v. *supra*, sub artt. 4-5, § 5). Alla luce di quanto sopra — con riguardo all'ordinamento italiano — può dirsi che gli accordi di surrogazione e la loro attuazione, sul piano dello stato del nato, sono totalmente improduttivi di effetti, vigendo incondizionatamente il principio secondo il quale la maternità è attribuita a colei che ha partorito il figlio (arg. *ex art.* 269, c. 3, c.c.), considerato che non sono rinvenibili indici normativi che consentano di dare rilevanza al fatto che la donna che ha partorito non sia geneticamente madre del nato. Ne consegue che l'eventuale formazione di un atto di nascita che indichi quale madre una donna diversa da quella che ha partorito — ad esempio perché la madre biologica abbia effettuato il riconoscimento del nato — si risolve nel compimento del delitto di alterazione di stato e, sul piano civilistico, può dar luogo all'azione di contestazione della maternità secondo il combinato disposto degli artt. 240, 239 c. 1 e 248 c.c. **3.2.** Occorre tuttavia esaminare **la questione della rilevanza per l'ordinamento interno di un accordo di maternità surrogata validamente perfezionatosi all'estero** sotto la vigenza di una specifica normativa che lo disciplini (condotta peraltro non punibile se tenuta all'estero da parte di cittadini italiani in forza dell'art. 7 c.p.; in argomento cfr. TONOLO 2014, 81 ss.). A tal riguardo nulla è previsto dalla legge sulla procreazione medicalmente assistita; infatti il legislatore, diversamente da quanto aveva fatto con riferimento all'inseminazione eterologa, attuata eventualmente all'estero, non ha regolato i complessi profili giuridici concernenti lo *status* del nato allorché da parte di cittadini italiani sia stato stipulato un contratto di surroga sotto la vigenza di un ordinamento straniero in cui esso è ammesso e nell'ambito del quale il figlio abbia conseguito lo *status* di figlio della coppia committente. La questione dello stato del nato, in mancanza di specifiche norme *ad hoc*, viene affidata alle disposizioni generali di diritto internazionale privato, ed in particolare all'art. 33 l. 1995/218, il quale, ai c. 1 e 2, afferma che: « I. Lo stato di

figlio è determinato dalla legge nazionale del figlio o, se più favorevole, dalla legge dello Stato di cui uno dei genitori è cittadino, al momento della nascita. II. La legge individuata ai sensi del c. I regola i presupposti e gli effetti dell'accertamento e della contestazione dello stato di figlio; qualora la legge così individuata non permetta l'accertamento o la contestazione dello stato di figlio si applica la legge italiana ». Ciò comporta che qualora il figlio "commissionato" da genitori italiani acquisti alla nascita la cittadinanza dello Stato in cui è nato, in virtù dello *ius soli* ivi vigente, l'accertamento dello stato di figlio è regolato dal relativo ordinamento. Conseguentemente, qualora detto ordinamento attribuisca al nato lo stato di figlio dei genitori committenti **si formerà un corrispondente atto di nascita che potrebbe poi essere trascritto in Italia** (art. 28, c. 2, lett. b), d.P.R. 2000/396), **nei limiti posti dall'art. 65 l. 1995/218 al riconoscimento degli atti formati all'estero e tra questi quello della non contrarietà all'ordine pubblico**. Con riferimento alla predetta fattispecie, in giurisprudenza il richiamato principio è stato applicato in maniera non univoca: **A Bari 13 feb. 2009 (GM, 2010, 349, nt. DELL'UTRI, Maternità surrogata, dignità della persona e filiazione) aveva escluso la contrarietà all'ordine pubblico internazionale degli accordi surrogatori conclusi all'estero**, in virtù dell'ammissione da parte di alcuni Stati dell'Unione europea delle tecniche di surrogazione e del prevalere del principio generale dell'interesse superiore del minore, così affermando la riconoscibilità nel nostro ordinamento dei provvedimenti di attribuzione della maternità legale alla madre italiana committente, emessi nel caso di specie dall'autorità giudiziaria del Regno Unito (c.d. *parental orders*) a seguito del ricorso alle tecniche di surrogazione di maternità praticate in Inghilterra. Ancorché all'epoca della nascita dei due minori la legge 2004/40 non fosse in vigore, né, dunque, la maternità surrogata espressamente vietata, la decisione ha lasciato fortemente perplessa la dottrina maggioritaria, che configura il parto quale unico criterio di attribuzione della maternità. Tuttavia, **la soluzione accolta dalla Corte barese sembra, più di recente, aver ricevuto l'avallo** — in un caso analogo di surrogazione eterologa *ex latere matris*, ma omologa *ex latere patris* — **della Corte europea dei diritti dell'uomo**, la quale, con due sentenze gemelle, ha condannato la Francia per non aver riconosciuto il rapporto di filiazione derivante da un contratto di maternità surrogata stipulato all'estero secondo la legislazione permissiva del Paese in cui ha avuto luogo la nascita e di cui il nato ha acquisito la cittadinanza, allorché — come nel caso di specie — uno dei genitori committenti fosse anche il genitore biologico del minore; difetto di riconoscimento che — rileva la Corte europea — viola il diritto al rispetto della vita privata del figli ai sensi dell'art. 8 della CEDU, comprendente il diritto all'identità personale sotto il profilo del legame di filiazione (**Corte EDU, 26 giu. 2014, Labassee c. Francia, e 26 giu. 2014, Mennesson c. Francia, biodiritto.org**). **In senso — per il vero solo apparentemente — contrario** si è invece, più di recente, orientata la **Corte di cassazione (CC 11 nov. 2014/24001, FI, 2014, I, 3408, nt. CASABURI, Sangue e suolo: la Cassazione e il divieto di maternità surrogata; CG, 2015b, 471, nt. RENDA, NGCC, 2015, I, 235 ss., nt. BENANTI, La maternità è della donna che ha partorito: contrarietà all'ordine pubblico della surrogazione di maternità e conseguente adottabilità del minore)**, che ha affermato come **le pratiche di surrogazione di maternità siano da considerare**

contrarie all'ordine pubblico — come suggerito dal divieto penale — in quanto poste a presidio della dignità umana della gestante e dell'istituto dell'adozione; la Corte afferma, altresì, che il divieto di maternità surrogata non si pone in contrasto con il superiore interesse del minore, indipendentemente dalla verità biologica della filiazione, dato che il legislatore ha considerato come tale interesse venga meglio realizzato proprio attraverso l'attribuzione della maternità a colei che partorisce (nel caso di specie il figlio non aveva il patrimonio genetico dei committenti). Né la Suprema Corte ha ritenuto di poter giungere a conclusioni diverse muovendo dalle aperture (sopra citate) provenienti dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale — rileva la Cassazione — lascia ampia discrezionalità agli Stati membri sul tema della maternità surrogata e ritiene violato detto margine di apprezzamento solo allorché uno Stato neghi il riconoscimento giuridico del rapporto di filiazione tra il nato e il padre committente che sia anche padre biologico. Conseguentemente la S.C. ha confermato le decisioni di merito che avevano dichiarato la nullità dell'attribuzione al nato dello stato di figlio della coppia committente e ne ha dichiarato lo stato di adottabilità (nello stesso senso anche T Forlì 25 set. 2011, D FAM, 2013, 532; in una fattispecie, invece, in cui il committente era padre genetico del nato, mentre la donna non aveva rapporti biologici con lo stesso, ha pronunciato T Pisa 22 lug. 2016, *De Jure Giuffrè e Giustiziacivile.com*, 9 mag. 2017, nt. RIZZUTI, *Maternità surrogata e ordine pubblico*, statuendo che la trascrizione nei registri dello stato civile dell'atto di nascita del minore partorito da una gestante surrogata all'estero, recante l'indicazione dei committenti, padre genetico e madre sociale, come genitori, non è contraria all'ordine pubblico, in quanto risponde al criterio internazionalmente riconosciuto del *best interest of the child*). **Ancor più di recente, però, la Corte europea dei diritti dell'uomo**, con riferimento ad una fattispecie analoga in cui non v'era alcun legame biologico tra il nato e la coppia, nella specie una coppia italiana che aveva fatto ricorso alla surrogazione di maternità in Russia, con una prima decisione — poi disattesa dalla Grande Camera — ha stabilito che l'intervento delle autorità italiane, che avevano sottratto il bambino ai ricorrenti affidandolo a terzi, costituisce **una illegittima interferenza nella vita privata e familiare che non ha tenuto conto del miglior interesse del figlio**, la cui preminenza pone un vincolo al disconoscimento di un rapporto di fatto, nella specie costituitosi tra una co-madre ed un figlio (Corte EDU, 27 gen. 2015, ric. 25358/12, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, *sidi-isil.org*, nt. FERACI, *Maternità surrogata conclusa all'estero e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: riflessioni a margine della sentenza Paradiso e Campanelli c. Italia*; si veda anche LENTI, *Paradiso e Campanelli c. Italia: interesse del minore, idoneità a educare e violazioni di legge*, QC, 2015, 472 ss.). **La sentenza è stata**, come si è anticipato, **riformata dalla Grande Camera (Corte EDU, 24 gen. 2017, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, *cammino.org*)**, che ha affermato che *in assenza* — come nella specie decisa — *di un legame biologico* tra il nato ed i componenti della coppia, la breve durata della loro relazione con il bambino e la mancanza di certezze circa i legami tra di loro dal punto di vista legale, **“non esiste** tra i ricorrenti e il bambino” **un legame di tipo familiare ex art. 8 CEDU, dunque** concludendo che **l'Italia non ha violato alcun diritto del minore** negando alla coppia la possibilità di ricono-

scere come proprio figlio il bambino nato in Russia da madre surrogata. **A seguito di questa sentenza**, pare dunque potersi affermare che, allo stato, la posizione delle nostre corti (ed in specie di quella della **Suprema Corte di cassazione**) e quella della **Corte europea dei diritti dell'uomo siano tornate, per buona parte, a convergere** sul tema della maternità surrogata, quantomeno in relazione ai casi — come quelli nella specie occorsi — di assenza di un legame biologico tra il nato e i componenti la coppia (eterosessuale). **Né elementi in senso contrario** potrebbero trarsi dalla recenti — e pur dirompenti — pronunce di legittimità (**CC 30 set. 2016/19599**, cit. ; **CC 15 giu. 2017/14878**, cit.) che, come visto (v. *supra*, sub artt. 4-5, § 3.2), hanno ammesso la trascrivibilità in Italia di un atto di nascita straniero da cui il bambino risultava figlio di due donne coniugate (), ritenendo che l'atto di nascita non contrasti con l'ordine pubblico, dovendosi avere riguardo al principio, di rilevanza costituzionale primaria, del superiore interesse del minore, che si sostanzia nel suo diritto alla conservazione dello *status filiationis*, validamente acquisito all'estero. Invero, nelle specie decise, e a differenza dei casi sopra analizzati — che peraltro riguardavano coppie eterosessuali —, non solo il bambino vantava un legame biologico con almeno uno dei componenti la coppia, ma soprattutto le fattispecie non integravano una maternità surrogata, posto che la gestante ha partorito il bambino — osserva CC 30 set. 2016/19599, cit. — “(anche) per sé, sulla base di un progetto di vita della coppia costituita con la sua *partner* femminile”, **mancando** dunque l'elemento principale della maternità surrogata, e cioè **la cessione del nato a un terzo committente**. In altri termini, non è possibile evincere da dette sentenze — peraltro criticabili sotto il profilo della contrarietà alla previsione costituzionale contenuta negli artt. 29 e 30 Cost. — se sia, altresì, ammissibile riconoscere in Italia l'atto di nascita straniero attributivo dello *status* di figlio di entrambi i componenti una coppia omosessuale *maschile* — il cui matrimonio, ove sposatasi all'estero, può essere ora trascritto in Italia come unione civile (art. 1, c. 28, lett. b), l. 2016/76) — avente fatto ricorso alla maternità surrogata. C'è chi, in dottrina, ha ritenuto che « la coerenza logica impone di trattare **il caso del figlio di due uomini** legati in matrimonio in un paese straniero, ivi nato con l'inevitabile ricorso alla maternità surrogata, allo stesso modo del figlio di una coppia di donne sposate all'estero, che invece non vi ha fatto ricorso » (così LENTI 2016, 1715); l'Autore osserva altresì che « Comunque sia, anche se non si riconoscesse l'atto di nascita straniero di figlio di entrambi, non si potrebbe evitar di attribuire lo *status* di figlio del componente della coppia che è genitore genetico; a ciò potrebbe poi seguire l'adozione di cui all'art. 44, lett. d, l. 1983/184 da parte dell'altro ». E in questo senso si è di recente — arditamente — orientata la già citata ordinanza cui la **Corte d'Appello di Trento (A Trento 23 feb. 2017, cit.)** ha disposto l'efficacia in Italia di un atto di nascita straniero che ha riconosciuto l'esistenza del legame genitoriale tra due bambini — nati attraverso maternità surrogata nell'ambito di un progetto di genitorialità di una coppia omosessuale — ed il *partner* del loro padre biologico. Si tratta di una pronuncia di assoluta rilevanza, in quanto, in pretesa applicazione dei principi enunciati dalla Corte di cassazione nella sentenza n. 19599/2016 in tema di trascrizione dell'atto di nascita straniero recante l'indicazione di due madri, **arriva ad affermare la doppia paternità**. L'ordinanza

supporta la predetta soluzione principalmente invocando: *a*) l'assenza di problematiche legate all'ordine pubblico, dovendosi assumere un concetto lato di ordine pubblico, in funzione di valutare non già se il provvedimento straniero applichi una disciplina della materia corrispondente a quella italiana, ma piuttosto se esso appaia conforme alle esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo (in questo caso, del minore) come garantiti dalla Costituzione italiana e dalle principali Carte internazionali in materia; *b*) il superiore interesse del minore, nella specie alla continuità dello *status filiationis* nei confronti di entrambi i genitori, il cui mancato riconoscimento non solo determinerebbe ai due bambini un grave pregiudizio, ma li priverebbe altresì di un fondamentale elemento della loro identità familiare, così come acquisita e riconosciuta nello Stato estero in cui l'atto di nascita si è formato; *c*) l'irrelevanza della mancanza di un legame biologico/genetico tra i minori ed uno dei componenti la coppia ai fini della costituzione dello *status filiationis*, atteso che è da escludere « che nel nostro ordinamento vi sia un modello di genitorialità esclusivamente fondato sul legame biologico fra il genitore e il nato; all'opposto deve essere considerata l'importanza assunta a livello normativo dal concetto di responsabilità genitoriale che si manifesta nella consapevole decisione di allevare ed accudire il nato; la favorevole considerazione da parte dell'ordinamento al progetto di formazione di una famiglia caratterizzata dalla presenza di figli anche indipendentemente dal dato genetico, con la regolamentazione dell'istituto dell'adozione; la possibile assenza di relazione biologica con uno dei genitori (nella specie il padre) per i figli nati da tecniche di fecondazione eterologa consentite ». A parere di chi scrive la sentenza è gravemente errata, specie perché comporta il riconoscimento della validità degli accordi di maternità surrogata, che non solo sono proibiti da norme imperative interne (art. 12, c. 6, l. 2004/40), ma si pongono in sicuro contrasto con innumerevoli principi di rango costituzionale. Detti accordi, infatti, confliggono con la tutela della dignità umana — della donna gestante, del figlio stesso che viene concepito attraverso complicate tecniche che utilizzano gameti di più persone ed il corpo della partoriente (artt. 2, 3, 41 Cost.) —, ed anche con i diritti riconosciuti alla famiglia (artt. 29 e 30 Cost.). Si tratta di principi fondamentali dell'ordinamento, di recente ribaditi dalla Cassazione nella sent. 2014/24001, che ha esattamente precisato come la surrogazione di maternità si pone oggettivamente in conflitto con “la dignità umana — costituzionalmente tutelata — della gestante e l'istituto della adozione”, istituto governato da regole particolari poste a tutela di tutti gli interessati, in primo luogo dei minori, e non dal mero accordo delle parti. Detta nettissima affermazione — non smentita dalla pur non condivisibile sentenza n. 19599/2016, ma ignorata dalla decisione tridentina — giustifica appieno la declaratoria di contrarietà all'ordine pubblico degli atti esteri che li abbiano violati, anche accogliendo gli estesi presupposti interpretativi più volte recentemente enunciati al proposito dalla S.C.

RIFORMA DELLA FILIAZIONE

D.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154. — Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219 (art. 104).

a cura di **MICHELE SESTA**

BIBLIOGRAFIA

SESTA, *Azione di petizione del "nuovo parente" e sorte delle pregresse divisioni*, FD, 2016, 537 ss.; CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, II, IV ed., Milano, 2015; SARACENO, *La retroattività delle norme transitorie di diritto successorio (art. 104 d.lgs. 154/2013)*, in BIANCA C.M. (a cura di), *La riforma della filiazione*, Padova, 2015; PROTO PISANI, *La conclusione di una parabola: lo smantellamento dell'efficacia della sentenza (o della cosa giudicata) contro i terzi, ma l'efficacia delle prove e del precedente giurisprudenziale formatosi nel processo svoltosi inter alios*, FI, 2015, 397 ss.; QUADRI R., *Applicazione retroattiva della nuova disciplina in materia di filiazione e problematiche di diritto successorio*, Relazione al Convegno di studi «Stato unico di filiazione e diritto ereditario», Università degli Studi Suor Orsola Benincasa, Napoli, 13 novembre 2015; BARBA, *Principi successori del figlio nato fuori del matrimonio e problemi di diritto transitorio*, FD, 2014, 497 ss.; BELLIN VIA, *Disposizioni transitorie*, in BIANCA M. (a cura di), *Filiazione. Commento al decreto attuativo*, Milano, 2014; BIANCA C.M., *Alcune note preliminari sulla legittimità costituzionale del decreto legislativo*, in BIANCA M. (a cura di), *Filiazione. Commento al decreto attuativo*, 2014; BONILINI, *L'abrogazione della norma concernente il diritto di commutazione*, FD, 2014, 861 ss.; BUFFONE, *Le novità del decreto filiazione*, Milano, 2014; SESTA, *L'accertamento dello stato di figlio dopo il decreto legislativo n. 154/2013*, FD, 2014a, 5, 454 ss.; SESTA, *Divisione*, in ROPPO (diretto da), *Trattato dei contratti*, II, Milano, 2014b; SESTA, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, RDC, 2014c, 1 ss.; SPELTA, *La parificazione dello status giuridico dei figli: una valutazione dei diritti successori alla luce delle esperienze europee. Le disposizioni transitorie*, NGCC, 2014, 445 ss.; BERTOTTO, *I negozi equiparati alla divisione*, Milano, 2013; VOLPE, *Nuova sentenza sugli obblighi positivi degli Stati a valle del riscontro di una violazione della CEDU*, Int'l Lis, 2013; BULDINI, *sub artt. 713-736 c.c.*, in SESTA (a cura di), *Codice delle successioni e donazioni*, I, Milano, 2011; MORA, *La divisione contrattuale*, in BONILINI (diretto da), *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, IV, *Comunione e divisione ereditaria*, Milano, 2009; MIRAGLIA, *La divisione ereditaria*, Padova, 2006; FORCHIELLI-ANGELONI, *Della divisione, Art. 713-768*, COM. S.B, 2000; PALAZZO, *Le successioni*, 2, *Successione testamentaria, comunione, divisione*, in IUDICA-ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, II ed., Milano, 2000; MENGONI, *Successioni per causa di morte. Successione legittima*, Tr. C.M., VI ed, Milano, 1999; MORA, *Il contratto di divisione*, MILANO, 1995; ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1992; PROTO PISANI, *Processo civile di cognizione e terzi nel diritto italiano*, RD PROC, 1992, 555 ss.; MINERVINI, *Divisione contrattuale ed atti equiparati*, Napoli, 1990; PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990; BELVEDERE, *Contratto plurilaterale*, D CIV, IV, Torino 1989, 271 ss.; SESTA, *Comunione di diritti. Scioglimento. Lesione*, Napoli, 1988; PROTO PISANI, *Note in tema di limiti soggettivi della sentenza civile*, FI, 1985, 2385 ss.; FRAGALI, *La comunione in generale - La comunione edilizia - Le altre comunioni speciali*, Tr. C.M., III, 1983; MIRAGLIA, *Divisione contrattuale e garanzia per evizione*, Napoli, 1981; BURDESE, *La divisione ereditaria*, Tr. VAS., 1980; PELAGGI, *Divisione ereditaria e azione di rescissione*, GAL, 1975, 8 ss.; FLORINO, *Nota a Cass., 23 gennaio 1971, n. 150*, FI, 1971, 1298 ss.; GAZZARA, *Divisione della cosa comune (dir. priv.)*, EdD, XIII, Milano, 1964; PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1963; CICU, *Successioni per causa di morte. Parte generale*, Tr. C.M., XLII, II ed., 1961; MIRABELLI, *Divisione (dir. civ.)*, in NNDI, VI, Torino, 1960; CASULLI, *Divisione ereditaria (dir. civ.)*, NNDI, VI, Torino, 1960; CANDIA, *Limiti di rilevanza dell'errore nella divisione ereditaria*, T NAP, 1960, III, 60 ss.; TRABUCCHI, *Nota ad App. Torino, 20 luglio 1951*, GI, 1952, 753 ss.; MENGONI, *La divisione testamentaria*, Milano, 1950; MIRABELLI, *Intorno al negozio divisorio*, AG, 1949, 16 ss.; D'ONOFRIO, *Della divisione, Libro delle successioni per causa di morte e delle donazioni*, COM. D'A.F., 1941.

104

Disposizioni transitorie — *Fermi gli effetti del giudicato formatosi prima dell'entrata in vigore della legge 10 dicembre 2012, n. 219, sono legittimati a proporre azioni di petizione di eredità, ai sensi dell'articolo 533 del codice civile, coloro che, in applicazione dell'articolo 74 dello stesso codice, come modificato dalla medesima legge, hanno titolo a chiedere il riconoscimento della qualità di erede.*

Fermi gli effetti del giudicato formatosi prima dell'entrata in vigore della legge 10 dicembre 2012, n. 219, possono essere fatti valere i diritti successori che discendono dall'articolo 74 del codice civile, come modificato dalla medesima legge.

Le disposizioni di cui al comma 1 e al comma 2 si applicano anche nei confronti dei discendenti del figlio, riconosciuto o la cui paternità o maternità sia stata giudizialmente accertata, morto prima dell'entrata in vigore della legge 10 dicembre 2012, n. 219.

I diritti successori che discendono dall'articolo 74 del codice civile, come modificato dalla legge 10 dicembre 2012, n. 219, sulle eredità aperte anteriormente al termine della sua entrata in vigore si prescrivono a far data da suddetto termine.

Nei casi in cui i riconoscimenti o le dichiarazioni giudiziali di genitorialità intervengano dopo il termine di entrata in vigore della presente legge, i diritti successori che non sarebbero spettati a persona deceduta prima di tale termine possono essere fatti valere dai suoi discendenti in rappresentazione e dai suoi eredi. Essi si prescrivono a far data dall'annotazione del riconoscimento nell'atto di nascita o dal passaggio in giudicato della sentenza dichiarativa della paternità o maternità.

Fermi gli effetti del giudicato formatosi prima dell'entrata in vigore della legge 10 dicembre 2012, n. 219, nei giudizi promossi ai sensi dell'articolo 533 del codice civile, pendenti alla data di entrata in vigore del presente decreto legislativo, si applicano l'articolo 74 del codice civile, come modificato dalla legge 10 dicembre 2012, n. 219, e le disposizioni del libro secondo del codice civile, come modificate dal presente decreto legislativo.

Fermi gli effetti del giudicato formatosi prima dell'entrata in vigore della legge 10 dicembre 2012, n. 219, le disposizioni del codice civile, come modificate dal presente decreto legislativo, si applicano alle azioni di disconoscimento di paternità, di reclamo e di contestazione dello stato di figlio, relative ai figli nati prima dell'entrata in vigore del medesimo decreto legislativo.

Fermi gli effetti del giudicato formatosi prima dell'entrata in vigore della legge 10 dicembre 2012, n. 219, le disposizioni del codice civile relative al riconoscimento dei figli, come modificate dalla medesima legge, si applicano anche ai figli nati o concepiti anteriormente all'entrata in vigore della stessa.

Fermi gli effetti del giudicato formatosi prima dell'entrata in vigore della legge 10 dicembre 2012, n. 219, i termini per proporre l'azione di disconoscimento di paternità, previsti dal quarto comma dell'articolo 244 del codice civile, decorrono dal giorno dell'entrata in vigore del presente decreto legislativo.

Fermi gli effetti del giudicato formatosi prima dell'entrata in vigore della legge 10 dicembre 2012, n. 219, nel caso di riconoscimento di figlio annotato sull'atto di nascita prima dell'entrata in vigore del presente decreto legislativo, i termini per proporre l'azione di impugnazione, previsti dall'articolo 263 e dai commi secondo, terzo e quarto dell'articolo 267 del codice civile, decorrono dal giorno dell'entrata in vigore del medesimo decreto legislativo.

Restano validi e non possono essere modificati gli atti dello stato civile già formati secondo le disposizioni vigenti alla data di entrata in vigore della legge 10 dicembre 2012, n. 219, salve le modifiche risultanti da provvedimenti giudiziari.

SOMMARIO

1. La disciplina transitoria. — 2. (*Segue*) In tema di successioni. — 3. (*Segue*) Le conseguenze della retroattività e la sorte degli atti di scioglimento della comunione. — 4. In tema di azioni di stato. — 5. Gli atti dello stato civile già formati.

1. La disciplina transitoria. 1.1 L'art. 104 d.lgs. 28 dic. 2013/154 detta la disciplina intertemporale con riguardo alle modificazioni indotte sia dalla l. 10 dic. 2012/219, la quale ha realizzato l'unificazione dello stato di filiazione e ha disposto direttamente alcune rilevanti modificazioni al tessuto del codice civile, sia dal decreto che, sulla base dei principi dettati dalla delega, ha proceduto ad adeguare le norme del codice e la legislazione collegata, per renderle compatibili a detta unificazione (BUFFONE 2014, 118). La disciplina transitoria, di indubbia rilevanza pratica (BELLIN VIA 2014, 314), attuata dalla norma in commento, regola, segnatamente, l'efficacia intertemporale delle innovazioni apportate al diritto successorio (c. 1-6) e all'accertamento dello stato di filiazione (c. 7-10). Nello specifico, le disposizioni traggono origine dall'art. 2, c. 1, lett. l, l. 2012/219, che aveva delegato il Governo all'adeguamento « della disciplina delle successioni e delle donazioni al principio di unicità dello stato di figlio, prevedendo, anche in relazione ai giudizi pendenti, una disciplina che assicuri la produzione degli effetti successori riguardo ai parenti anche per gli aventi causa del figlio premorto o deceduto nelle more del riconoscimento e conseguentemente l'estensione delle azioni di petizione di cui agli articoli 533 e seguenti del codice civile »; e dall'art. 2, c. 2, della medesima legge, ai sensi del quale il legislatore delegato era stato chiamato ad « effettuare, apportando le occorrenti modificazioni e integrazioni normative, il necessario coordinamento con le norme da essi [il o i decreti attuativi, *n.d.r.*] recate delle disposizioni per l'attuazione del codice civile e disposizioni transitorie, di cui al regio decreto 30 marzo 1942, n. 318, e delle altre norme vigenti in materia, in modo da assicurare il rispetto dei principi e criteri direttivi di cui al citato comma 1 del presente articolo ». Le singole disposizioni dell'art. 104 d.lgs. 2013/154 fanno riferimento, da un lato, all'entrata in vigore della l. 2012/219 (1 gennaio 2013); dall'altro, alla data di entrata in vigore del d.lgs. 2013/154 (7 febbraio 2014), facendo salvi gli effetti del giudicato formatosi prima dell'entrata in vigore della l. 2012/219, ovverosia prima del 1 gennaio 2013, anche se, a nostro avviso, non sempre tale data è stata richiamata a proposito (cfr. *infra*, § 2.6).

2. (Segue) In tema di successioni. 2.1. L'unificazione dello stato di filiazione, enunciata dalla l. 2012/219 e attuata compiutamente con il d.lgs. 2013/154, ha comportato notevoli conseguenze nell'ambito del diritto successorio. In primo luogo, risulta **modificata la disciplina della successione necessaria**, considerato che tra i legittimari di cui all'art. 536 c.c. vanno ora inclusi anche gli ascendenti naturali, essendosi così abrogato *in parte qua* il disposto dell'art. 538 c.c., che non li ricomprendeva nella riserva ivi contemplata. Inoltre, a seguito dell'affermazione del principio dell'unicità dello stato di figlio e dell'abrogazione della legittimazione (art. 1, c. 10, l. 2012/219), risulta abrogata la facoltà di commuta-

zione, già prevista dall'art. 537, c. 3, c.c., che era sopravvissuta a un intervento della Corte costituzionale (C. cost. 18 dic. 2009/335, FI, 2010, I, 2983); con riferimento alle relative problematiche, cfr. BONILINI 2014). Ben più **rilevanti cambiamenti ha subito la successione legittima**, perché il combinato disposto dell'art. 74 c.c. e delle specifiche norme del libro secondo che la disciplinano ha ampliato il novero dei chiamati *ex lege*. Seguendo l'ordine delle disposizioni contenute agli artt. 565 ss. c.c., risultano modificati (nella sostanza) gli artt. 565, 569, 570 e 571 c.c., non potendosi più configurare ascendenti « legittimi » e dovendosi ora ricomprendere nel loro ambito la chiamata alla successione dei fratelli e delle sorelle naturali, in precedenza, come noto, esclusa (C. cost. 12 mag. 1977/76, G COST, 1977, 672), nonché l'art. 572 c.c., da intendersi esteso anche a quei parenti collaterali che non erano tali in rapporto ai figli nati fuori del matrimonio (C. cost. 23 nov. 2000/532, CG, 2001, 1034, nt. GUERINONI). Conseguentemente, ne esce ampliato altresì l'ambito della rappresentazione, atteso che quanto previsto dall'art. 468 c.c., con particolare riguardo alla linea collaterale, e cioè che la rappresentazione abbia luogo a favore dei discendenti dei fratelli e delle sorelle del defunto, vale d'ora in poi a favore dei discendenti, anche non matrimoniali, dei fratelli e delle sorelle « naturali » del *de cuius* (così già C. cost. 14 apr. 1969/79, FI, 1969, 1034). In particolare, per effetto del combinato disposto degli artt. 315 c.c. (che enuncia l'unicità dello stato di filiazione), 74 c.c. (che stabilisce che la parentela è il vincolo che unisce i discendenti dal medesimo stipite, a prescindere dalla nascita nel o fuori del matrimonio) e 258 c.c. (che estende gli effetti del riconoscimento del figlio non matrimoniale ai parenti del genitore che effettui tale riconoscimento) del codice civile, è stata ampliata la categoria dei successibili *ex lege* e il sistema dettato dagli artt. 565 ss. c.c. subisce, in via riflessa, modificazioni ben più rilevanti di quelle — squisitamente formali — espressamente previste dal d.lgs. 2013/154 (SESTA 2014c, 13; BARBA, 2014, 505). Infatti, dal 1 gennaio 2013 e per effetto delle richiamate disposizioni, i diritti successori di chi — nel previgente sistema — vantava la qualifica di successibile in forza della nascita all'interno del matrimonio sono stati estesi a una categoria di soggetti qualificabili come « nuovi parenti » (quelli che, in precedenza, erano chiamati « parenti naturali »): ciò, a nostro avviso, vale anche con riferimento all'art. 538 c.c., senza che per l'unificazione della categoria degli ascendenti fosse necessaria la soppressione della parola « legittimi » che seguiva la parola « ascendenti » formalmente disposta solo dall'art. 72 d.lgs. 2013/154, con decorrenza dal 7 febbraio 2014 (*contra*, nel senso che l'estensione dei legittimari sia stata attuata solo dal decreto del 2013, BARBA 2014, 509). Il che ha posto il problema dei **diritti vantabili dai nuovi parenti rispetto alle successioni apertesi prima dell'entrata in vigore della disciplina riformata**, poiché la disciplina dell'art. 104 e, segnatamente, dei suoi primi quattro commi, prevede che i tali « **nuovi parenti** », avendo titolo a chiedere il riconoscimento della qualità di erede, ai sensi del nuovo art. 74 c.c., sono **legittimati a proporre azioni di petizione di eredità**, facendo valere i relativi diritti successori, sulle eredità aperte anteriormente al 1 gennaio 2013, nel termine di prescrizione decennale, decorrente da detta data. Come si è rilevato, « ancorché la legge non lo enunci espressamente, da quanto precede emerge chiaramente che i “nuovi pa-

renti” — si osservi, non solo il figlio, ma “tutti coloro che [...] hanno titolo a chiedere il riconoscimento della qualità di erede” (art. 104), cioè anche i suoi eredi (cfr., ad esempio, art. 582 c.c.) — sono chiamati *ex lege* alle successioni apertesi prima dell’entrata in vigore della novella che — modificando il precedente regime — tale chiamata ha consentito, mediante la loro inclusione nel novero dei parenti. Con la precisazione — in sé, ovviamente, corretta — che i predetti diritti sulle eredità aperte anteriormente al termine dell’entrata in vigore della novella trovano il limite del giudicato e che essi si prescrivono a far data dal suddetto termine: ciò comporta che, con detta decorrenza, si prescriba il diritto di accettare — espressamente o tacitamente — le predette eredità, essendo l’accettazione prodromica all’esercizio dell’eventuale azione di petizione dell’eredità, in sé imprescrittibile » (così SESTA 2014c, 22).

2.2. Con riguardo al c. 1 della disposizione in commento, può dirsi che l’azione di petizione di eredità, finalizzata, previo l’accertamento della qualità di erede dell’attore, al recupero dei beni ereditari da chi li possieda a titolo di erede o senza alcun titolo, spetta, a seguito della modificazione dell’art. 74 c.c. da parte della l. 2012/219, che ha ampliato la platea dei successibili, a tutti i soggetti che, discendendo dallo stesso stipite, possano vantare il legame di parentela con il *de cuius*: si pensi, *in primis*, alla categoria dei « fratelli naturali », che prima erano ammessi a succedere al proprio fratello, solo in assenza di successibili per coniugio o per parentela legittima entro il sesto grado e purché il loro stato di filiazione fosse stato accertato nei confronti del genitore (C. cost. 12 apr. 1990/184: GI, 1991, 257; GC, 1991, 11337; v. anche C. cost. 7 nov. 1994/377, GC, 1995, 84; C. cost. 23 nov. 2000/532, cit.); ovvero alla concorrenza del « figlio naturale » rispetto ad altri parenti del genitore, per effetto del combinato disposto degli artt. 74 e 258 c.c., come modificati dalla l. 2012/219. La dottrina (BELLINIA 2014, 315) ha proposto un’efficace esemplificazione, utile a comprendere la portata della norma in esame: nel caso di successione *ab intestato* di Tizio, fra il coniuge e il « fratello naturale » del *de cuius* (unici superstiti), secondo il sistema previgente rispetto alla l. 2012/219, pur a seguito dell’intervento della Corte costituzionale già richiamato, l’intera eredità si sarebbe devoluta in favore del primo; oggi, non solo il « fratello naturale » concorre — nelle successioni apertesi dopo il 1 gennaio 2013 — con il coniuge, ai sensi dell’art. 582 c.c., in ragione della modifica dell’art. 74 c.c., ma, per effetto dell’art. 104 d.lgs. 2013/154, sarà altresì ammesso ad agire in petizione dell’eredità devoluta in favore del coniuge nella successione apertasi prima del 1 gennaio 2013, previo l’accertamento della sua qualità di erede e fermi gli effetti del giudicato già formatosi. Dunque, per effetto del **c. 1 dell’art. 104, i soggetti che abbiano titolo, ai sensi del novellato art. 74 c.c., a veder riconosciuta la propria qualità di parente ed erede del *de cuius* possono agire in petizione anche rispetto ad eredità apertesi prima del 1 gennaio 2013** (entrata in vigore della l. 2012/219), salvi gli effetti del giudicato formatosi prima di tale data. Il limite posto dal giudicato, in uno con la previsione circa la decorrenza del termine di prescrizione dei diritti successori acquisiti ai sensi della l. 2012/219, di cui si dirà (v. *sub* art. 38, § 2 *supra*), costituisce un inequivoco riconoscimento della **portata retroattiva delle norme di cui alla novella citata**: « non avrebbe senso, infatti, fare salvi gli effetti del giudicato se comunque non si potesse agire con la petizione di

eredità a fronte di successioni già aperte » al 1 gennaio 2013 (BELLIN VIA 2014, 315).

2.3. Ma i diritti riconosciuti ai « nuovi parenti » vanno oltre la possibilità di agire in petizione rispetto a successioni già apertesi al 1 gennaio 2013: infatti, con riguardo a dette successioni, essi sono ammessi, altresì, **ai sensi del c. 2, a far valere tutti i diritti successori derivanti dalla modifica dell'art. 74 c.c. ad opera della l. 2012/219**: si pensi, a titolo meramente esemplificativo, alla rappresentazione, all'azione di riduzione promossa dagli ascendenti in assenza di discendenti, alla collazione e alla divisione.

2.4. Ai sensi del c. 3 dell'art. 104, nel caso di **premorienza** alla data di entrata in vigore della l. 2012/219 (1 gennaio 2013) **del figlio riconosciuto o giudizialmente dichiarato, i diritti successori** che gli sarebbero spettati, ai sensi del novellato art. 74 c.c. e per effetto dei c. 1 e 2 dell'art. 104, **potranno essere esercitati dai suoi discendenti**. Tale disposizione trova applicazione unicamente nel caso in cui l'accertamento del rapporto di filiazione, rispetto al figlio premorto, sia intervenuto prima del 1 gennaio 2013; se sia intervenuto dopo, i suoi discendenti potranno far valere detti diritti per rappresentazione (cfr. *infra*, art. 104, c. 5; BELLIN VIA 2014, 316).

Il c. 5 regola infatti il caso in cui il **figlio premorto sia riconosciuto o dichiarato dopo l'entrata in vigore della l. 2012/219**. Occorre precisare, preliminarmente, che il comma in parola contiene un refuso, riferendosi alla « presente legge », richiamo da interpretarsi come diretto piuttosto alla l. 2012/219 (BELLIN VIA 2014, 317). Ai sensi dell'art. 104, c. 5, nel caso di figlio premorto riconosciuto o dichiarato dopo il 1 gennaio 2013, i diritti che non sarebbero spettati a detto soggetto — nell'ambito del previgente sistema — potranno essere fatti valere, nei sensi di cui alla novella del 2012/2013, dai suoi « discendenti » ed « eredi ». Circa i primi, il legislatore ha esplicitato la modalità di esercizio di detti diritti: « in rappresentazione ». Più problematica è l'interpretazione della disposizione con riguardo agli altri eredi: « la soluzione più realistica sembra essere che l'estensione agli eredi vada collegata all'istituto della trasmissione della delazione (art. 479 c.c.), ovvero sia all'ipotesi in cui il figlio premorto, riconosciuto dopo l'entrata in vigore della legge, sia deceduto dopo l'apertura della successione ma prima dell'accettazione (in questo caso neanche immaginabile, nascendo la delazione *ex lege* solo a seguito della riforma. In tal caso, attraverso il meccanismo della trasmissione, gli eredi del figlio potranno esercitare il diritto di accettare l'eredità (e gli altri diritti successori) dell'originario *de cuius*, una volta avvenuto il riconoscimento (o accertamento) dello *status* di figlio del loro dante causa » (BELLIN VIA 2014, 317). Si osservi anche la regola dettata per il decorso della prescrizione che, conformemente con le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza di legittimità, ha inizio dall'annotazione del riconoscimento nell'atto di nascita o dal passaggio in giudicato della sentenza dichiarativa della paternità o maternità (cfr. CC 19 ott. 1993/10333, FD, 1994, 160, nt. PADOVINI, la quale aveva affermato che « per il combinato disposto degli artt. 2935 e 480 c.c. nel testo risultante dall'intervento interpretativo della Corte costituzionale, il termine decennale di prescrizione per l'accettazione dell'eredità decorre, per i figli naturali non riconosciuti e dichiarati tali giudizialmente dopo la morte del genitore, solo dal passaggio in giudicato della decisione di accertamento del loro *status*, trovandosi essi fino a tale accertamento nell'impossibilità giuridica, e non di mero

fatto, di accettare l'eredità »). Sempre quanto alla **prescrizione del diritto di accettare l'eredità**, occorre sottolineare che, con previsione d'indole generale del tutto coerente con quella di cui trattasi, l'art. 480, c. 2, c.c. come modificato dal d.lgs. 2013/154, sulla scia dei richiamati orientamenti giurisprudenziali, stabilisce ora che essa decorra dal passaggio in giudicato della sentenza che accerta la filiazione. **2.5.** Per tutti gli altri casi, invece, coerentemente con la portata retroattiva della novella, il **c. 4 dell'art. 104** dispone che i **diritti successori** riconosciuti per effetto della l. 2012/219, **esercitabili** — in forza del medesimo articolo — **anche in relazione alle successioni apertesesi prima del 1 gennaio 2013, si prescrivono a partire da detta ultima data e non dalla data di apertura della successione.** **2.6.** Il **c. 6** affronta il tema dello *ius superveniens* con riguardo ai giudizi di petizione di eredità pendenti al 7 febbraio 2014, data di entrata in vigore del d.lgs. 2013/154. In tali ipotesi, troveranno applicazione l'art. 74 c.c. e le disposizioni del libro secondo del codice, come modificati, rispettivamente, dalla l. 2012/219 e dal decreto attuativo già richiamato, salvi ovviamente gli effetti del giudicato già cristallizzatosi. Il comma in parola nulla dice circa i giudizi pendenti alla data di entrata in vigore della l. 2012/219 (1 gennaio 2013), ma definitisi prima del 7 febbraio 2014, nei quali, per regola generale, ha trovato applicazione il nuovo art. 74 c.c., ma non — ovviamente — le ulteriori modifiche di cui al decreto attuativo, né tantomeno l'art. 104. Al riguardo (SESTA 2014c, 25): « il richiamo al giudicato appare formulato con modalità temporali inesatte, in quanto riferito alla data di entrata in vigore della l. 2012/219, piuttosto che a quella del d.lgs. 2013/154, che, invero, come si è detto, ha introdotto, in modo innovativo rispetto alla legge delega, la retroattività delle disposizioni aventi effetti successori. Poiché è il decreto delegato che ha attribuito agli interessati i diritti sulle successioni già aperte, sarebbe stato coerente fissare come termine entro il quale deve essere intervenuto il giudicato, quello dell'entrata in vigore del decreto delegato, che tale facoltà ha riconosciuto, anziché quello della legge delega. Infatti, se il giudicato si sia formato *medio tempore*, cioè tra il 1 gennaio 2013 e il 7 febbraio 2014, periodo in cui l'effetto retroattivo dell'art. 74 c.c. non poteva farsi valere, esso verrebbe travolto dalla disposizione dell'art. 104 del decreto, il che non pare compatibile con la volontà espressa dal legislatore di rispettarlo, in considerazione di un limite pressoché insuperabile dell'efficacia della legge » (v. anche BARBA 2014, 511). **2.7.** Da quanto precede, può osservarsi come l'intervento del legislatore abbia realizzato più di una **vistosa deroga al principio generale dell'irretroattività della legge** (art. 11 disp. prel.), come risulta evidente alla luce delle facoltà conferite dai primi quattro commi dell'articolo in parola in favore dei parenti « creati » dalla l. 2012/219, con la modifica degli artt. 74, 315 e 258 c.c., ammessi a esercitare i « nuovi diritti successori » anche in relazione alle successioni apertesesi prima dell'entrata in vigore della l. 2012/219 (1 gennaio 2013). Il tema è stato approfondito da chi scrive (SESTA 2014c, 22; ma v. anche BARBA 2014, 511; BELLIN VIA 2014, 320 s.; SPELTA 2014, 445), attraverso la ricostruzione delle opposte scelte effettuate in sede di emanazione del codice civile del 1942 e, successivamente, della riforma del diritto di famiglia. Si è quindi evidenziato come « le richiamate disposizioni dell'art. 104, che rivedono il “dogma” dell'irretroattività delle norme successorie, richiedono di effettuare una

disamina volta a verificarne la legittimità. Il dubbio riguarda sia l'irretroattività in sé, quanto la congruità della sua introduzione rispetto alla legge delega. Sotto il primo profilo, è certo che le norme di carattere civile possano, in astratto, avere efficacia retroattiva, ancorché si sia scritto autorevolmente che il principio di retroattività della legge nel campo delle norme successorie sia "intoccabile" (MENGONI 1999, 87). A tal proposito si era rilevato (SESTA, 2014c, 1668 ss.) che le nuove norme introdotte dalla l. 2012/219 (artt. 74 e 258 c.c.) non potessero qualificarsi come di natura interpretativa — ciò che avrebbe potuto comportarne l'efficacia retroattiva —, atteso che il legislatore, piuttosto che chiarire una situazione di oggettiva incertezza sul piano normativo o ristabilire un'interpretazione più aderente all'originaria volontà del legislatore stesso, aveva inteso introdurre una nuova disciplina, proprio al fine di superare quella precedente, che — si sottolineava — la Corte costituzionale aveva più volte dichiarato conforme alla Costituzione e, quindi, non suscettibile di abrogazione da parte del giudice delle leggi. Dovendosi attribuire carattere innovativo alle disposizioni, si poneva la questione della loro retroattività, considerato che la Corte costituzionale, anche in talune decisioni recenti (C. cost. 28 nov. 2012/264; C. cost. 10 apr. 2013/103) aveva ribadito (C. cost. 5 apr. 2012/78; C. cost. 26 gen. 2012/15) che il legislatore può sì emanare norme retroattive, purché la retroattività trovi adeguata giustificazione nell'esigenza di tutelare principi, diritti e beni di rilievo costituzionale, che costituiscono altrettanti motivi imperativi di interesse generale, ai sensi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Il principio di irretroattività può dunque subire eccezioni solamente laddove venga individuata ed esplicitata una esigenza "sistemica" funzionale all'attuazione di valori costituzionalmente garantiti (C. cost. 28 nov. 2012/264), attinenti — così come da tempo individuati dalla Corte — alla salvaguardia di valori di civiltà giuridica, quali "il rispetto del principio generale di ragionevolezza, che si riflette nel divieto di introdurre ingiustificate disparità di trattamento, la tutela dell'affidamento legittimamente sorto nei soggetti quale principio connaturato allo Stato di diritto; la coerenza e la certezza nell'ordinamento giuridico (così, testualmente, C. cost. 5 apr. 2012/78). 2.8. In questo complesso quadro, all'atto di verificare se la disposizione dell'art. 104 d.lgs. 2013/154 rispondesse ai parametri richiamati, sembrava doversi dare risposta negativa, sulla base del rilievo che la norma che regola con effetto retroattivo la successione delle persone nate fuori da unioni non coniugali — nell'intento di rimuovere definitivamente dall'ordinamento italiano ogni distinzione tra i figli fondata sul vincolo che lega i genitori — poneva un problema di compatibilità con il principio immanente e fondamentale della certezza delle situazioni giuridiche e dell'affidamento dei soggetti che abbiano già acquistato diritti sulla base delle predette successioni (C. cost. 30 gen. 2009/24), sì che una tal compressione avrebbe richiesto l'individuazione, all'interno del sistema, di un valore costituzionale capace di giustificarla. Una individuazione che, in concreto, non pareva rinvenibile, proprio in considerazione della pregressa giurisprudenza costituzionale (C. cost. 14 dic. 2009/335; C. cost. 15 nov. 2000/532; C. cost. 12 apr. 1990/184; C. cost. 24 mar. 1988/363; C. cost. 4 lug. 1979/55; C. cost. 12 mag. 1977/76), che aveva costantemente riaffermato la compatibilità delle precedenti

regole successorie riguardanti i figli non matrimoniali con le norme costituzionali: la norma contenuta nell'art. 30 cost., che, così come formulata e interpretata dalla Consulta, aveva legittimato per lungo tempo la vigenza di un sistema caratterizzato da una parificazione solo tendenziale fra figli naturali e legittimi, non sembrava dunque poter giustificare l'introduzione di norme che comprimessero i diritti acquisiti da coloro ai quali era stata legittimamente riconosciuta la qualità di erede e dei loro aventi causa, determinando una inaccettabile obliterazione del principio fondamentale della certezza delle situazioni giuridiche (*contra* BIANCA C.M. 2014, XI; BELLINIA 2014, 314; SARACENO 2015, 1177); tenuto conto, altresì, che di ciò avrebbero beneficiato non solo i figli con riguardo alle pregresse successioni di “nuovi” parenti collaterali, ma anche costoro rispetto a quelle di un figlio (ora loro parente) premorto, soggetti rispetto ai quali sembrava arduo configurare un consimile diritto fondamentale. Del resto la stessa giurisprudenza della Cedu, ai cui principi ha inteso ispirarsi la riforma (BIANCA C.M. 2014, XI), aveva prospettato l'esigenza di superare il principio della certezza del diritto solo con riguardo alla (mancata) applicazione retroattiva delle disposizioni successorie della legge francese in favore dei figli adulterini, trattandosi del riconoscimento del diritto fondamentale di questi ultimi a succedere ai propri genitori (Corte EDU, Grande camera, 7 feb. 2013, *Fabris c. Francia*, ricorso 16574/08, nonché Corte EDU, 1 feb. 2000, *Mazurek c. Francia*, ricorso 34406/97. SPelta, 2014, 445; VOLPE 2013, 11), profilo ben diverso da quello regolato dal legislatore italiano, che è relativo alla successione legittima tra i collaterali, eccettuata quella — assai rara — dell'ascendente naturale (SESTA 2014c, 1671). Altrettanti dubbi furono prospettati per quanto attiene il rispetto dei limiti fissati dalla previsione della legge delega (art. 2, c. 1, lett. l, l. 2012/219), la cui formulazione, per quanto assai poco chiara, si rivolgeva esclusivamente agli “aventi causa” del figlio premorto o deceduto, sì che non pareva consentire al legislatore delegato di introdurre — del tutto eccezionalmente — la retroattività delle nuove disposizioni in materia di parentela (SESTA 2013, 233). In definitiva, la scelta del legislatore delegato, oltre che contraria all'intoccabile principio di irretroattività delle norme successorie, non appariva conforme alla delega ricevuta, e dunque si esponeva, sotto tale duplice ordine di profili, a censure di legittimità costituzionale. Dubbi tutti che il Tribunale di Genova ha condiviso, rimettendo alla Consulta la q.l.c. dell'art. 104, c. 2 e 3, d.lgs. 2013/154, con riferimento agli artt. 2, 3 e 77 Cost. (quest'ultimo in relazione all'art. 2, c. 1, lett. l, l. 2012/219) (T Genova, 15 mag. 2014/225). Si noti come l'ordinanza — emessa nell'ambito di un giudizio di petizione ereditaria promosso nel 2011 dal figlio di un cugino della *de cuius*, deceduta nel 2004 — abbia rimesso alla Corte esclusivamente i c. 2 e 3 del predetto art. 104 e non anche il c. 4 e, specialmente, il c. 6, relativo ai giudizi pendenti alla data di entrata in vigore del decreto, che il Tribunale era specificamente chiamato ad applicare. **2.9.** La Corte cost., con la sent. 2015/146, ha rigettato la questione, giudicandola non fondata, sempre con riferimento espresso ai soli c. 2 e 3 del decreto, pur esplicitando nella motivazione che il tema sollevato era quello de « l'applicabilità retroattiva, ai giudizi pendenti, nel novellato art. 74 cod. civ. — introdotta dall'art. 104, commi 2 e 3, del d.lgs. n. 154/2013 »: profilo quest'ultimo disciplinato invece dal c. 6, che, sulla scia dell'or-

dinanza di rimessione, neppure la Corte richiama. Pare a chi scrive che l'insufficiente indicazione da parte del remittente della normativa censurata avrebbe forse consentito alla Corte di limitarsi ad una pronunzia di inammissibilità; in ogni caso, avendo invece la sentenza statuito nel merito, deve ritenersi che, indipendentemente dai profili formali sopra evidenziati, essa abbia inteso affermare la legittimità dell'intera disposizione enunciata dai vari commi dell'art. 104, che, del resto, per disvelare appieno i precetti che enunciano, devono interpretarsi sistematicamente, l'uno per mezzo degli altri (SESTA 2016, 537; SESTA 2014c, 1665).

Nel merito, la Corte rammenta esattamente come non sia precluso al legislatore di emanare norme retroattive, purché la retroattività trovi adeguata giustificazione nell'esigenza di tutelare princìpi, diritti e beni di rilievo costituzionale, che costituiscono altrettanti motivi imperativi di interesse generale ai sensi della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Il che, secondo la Corte, è dato ravvisare nella concreta fattispecie, poiché la normativa denunciata dal remittente è volta alla tutela di un valore di rilievo costituzionale — quello della completa parificazione dei figli — specificamente riconducibili all'art. 30, c. 1, Cost. e all'art. 8 CEDU. È evidente come la breve motivazione non tenga conto dei rilievi che erano stati sollevati proprio con riferimento ai precedenti orientamenti della stessa Corte costituzionale, che aveva ripetutamente negato che la Costituzione esigesse una parificazione integrale tra figli, anzi, per meglio dire, la unificazione del loro stato, specie con riguardo alla parentela. E neppure essa si fa carico di argomentare circa il fatto che la disposizione riguarda essenzialmente diritti successori tra parenti collaterali, profilo che, come sopra si è detto, appare arduo ricondurre a quella categoria "di rilievo costituzionale" invocata dalla Corte (SESTA 2016, 537).

3. (Segue) Le conseguenze della retroattività e la sorte degli atti di scioglimento della comunione. 3.1. A seguito della predetta sentenza della Corte costituzionale, non resta all'interprete che interrogarsi sulle conseguenze pratiche della decisione, il che vale a dire su come operino in concreto le regole enunciate dall'art. 104. Il parente chiamato in forza delle nuove disposizioni a successioni apertesi prima della loro entrata in vigore dovrà, in primo luogo, accettare l'eredità, nel termine di dieci anni, eventualmente procedendo alla trascrizione *ex art.* 2648 c.c., così trovandosi nuovo erede o coerede, a seconda se di grado poziore o pari a quello dei successori originari. Accettata l'eredità — il che, invero, può anche avvenire tacitamente, mediante l'esercizio stesso dell'azione di petizione —, in mancanza di spontaneo riconoscimento della sua qualità da parte degli originari eredi, egli potrà quindi procedere all'esercizio dell'azione di petizione dell'eredità, come espressamente consentitogli dall'art. 104, c. 1, del decreto attuativo. Il richiamo a tale azione comporta l'applicazione delle relative regole e segnatamente: *a)* della salvezza degli acquisti per usucapione in capo agli altri eredi e/o ai terzi che abbiano posseduto per il tempo legalmente previsto (art. 533, c. 2, c.c.) (*contra* SARACENO 2015, 1201); *b)* della salvezza dei diritti acquistati, per effetto di convenzioni a titolo oneroso con l'erede apparente, dai terzi i quali

provino di aver contrattato in buona fede (art. 534, c. 2, c.c.) (*contra* SARACENO 2015, 1201). Al riguardo si osservi come il terzo sarà notevolmente sollevato all'atto di provare la sua buona fede — qui a suo carico in via di eccezione rispetto alla generale presunzione di buona fede di cui all'art. 1147 c.c. (CC 4 feb. 2010/2653) —, posto che il nuovo erede, al momento del compimento dell'atto, non rivestiva tale qualità, sì che la buona fede sarà sostanzialmente *in re ipsa*. Naturalmente la possibilità di un contenzioso tra il nuovo erede e gli aventi causa dell'erede apparente potrà comunque residuare con riferimento ai beni che il terzo abbia ricevuto a titolo gratuito; *c*) dell'applicazione in favore dell'erede apparente delle disposizioni in materia di possesso al possessore dei beni ereditari, per quanto riguarda la restituzione di frutti, spese, miglioramenti ed addizioni (art. 525, c. 1, c.c.); *d*) dell'applicazione dell'art. 535, c. 2, c.c., alla cui stregua l'originario erede, nella specie necessariamente possessore in buona fede, che abbia alienato pure in buona fede una cosa dell'eredità, è solo obbligato a restituire all'attore vittorioso il prezzo o il corrispettivo ricevuto. Una volta esperita l'azione con successo, il nuovo erede si troverà o unico erede — se il suo grado di parentela sia poziore rispetto a quello degli originari parenti (es. perché fratello “naturale” del *de cuius*, la cui eredità si era devoluta ad uno zio) —, oppure a far parte della comunione ereditaria “nuova” con coerede di pari grado con il coniuge; ovvero “già in essere” tra gli originari coeredi di pari grado (es. fratelli “legittimi” del *de cuius*). Nel primo caso l'attore vittorioso risulterà non solo aver conseguito il riconoscimento del titolo di erede, ma avrà recuperato i beni dell'intero asse ereditario, già posseduti dal convenuto; nel secondo caso, invece, egli otterrà il riconoscimento del titolo di coerede, e quindi di compartecipe della comunione ereditaria, e conseguirà altresì il compossesso dei beni ereditari. Naturalmente potrà anche darsi l'ipotesi che gli originari coeredi abbiano nel frattempo sciolto la comunione ereditaria, assegnandosi la proprietà di singoli beni oggetto della petizione di eredità esercitata dal nuovo coerede. **3.2. *Quid iuris***, dunque, se gli originari coeredi abbiano già sciolto la comunione ereditaria, giudizialmente o stragiudizialmente, prima del riconoscimento del diritto del nuovo erede? Qualora l'attore sia parente di grado poziore rispetto ai convenuti, l'esercizio vittorioso dell'azione di petizione conseguirà come risultato il riconoscimento del suo titolo di unico erede ed il recupero dell'intero patrimonio ereditario presso chi lo posseggia; il che non toglie che, a ben vedere, anche in detta evenienza possa sussistere un interesse ad una pronuncia diretta a colpire la divisione precedentemente effettuata tra gli originari coeredi, eventualmente ad istanza degli stessi convenuti che in esecuzione della divisione avessero effettuato pagamenti di debiti ereditari o di conguagli; vi sarà altresì interesse ad ottenere un titolo per la rimozione della sua trascrizione, se intervenuta. Ma è soprattutto nel caso in cui l'attore, affermandosi coerede, agisca nei confronti degli altri coeredi di pari grado che si fossero in precedenza assegnati la proprietà dei beni mediante scioglimento — giudiziale o consensuale — della comunione ereditaria, che l'accoglimento dell'azione di petizione di eredità non porterà automaticamente alla ricostituzione del patrimonio del *de cuius*, né della disciolta comunione ereditaria: il che richiede che, contestualmente all'azione, venga necessariamente impugnata la precedente divisione (giudiziale o contrat-

tuale), onde conseguire la reviviscenza della comunione ereditaria tra gli originari coeredi e l'ingresso dell'attore riconosciuto novello coerede. A questo punto si pone quindi il problema di individuare il rimedio con il quale il parente che sia riconosciuto erede o coerede all'esito del giudizio petitorio possa colpire la precedente divisione effettuata tra gli originari coeredi senza tener conto della sua quota. **3.3.** Ipotizzando ora che la comunione si fosse sciolta giudizialmente, si tratta di interpretare la formula legale « fermi gli effetti del giudicato formatosi prima dell'entrata in vigore della legge 10 dicembre 2012, n. 219 ». È evidente, infatti, che non risulta immediatamente chiaro di quale giudicato si tratti: se di quello relativo ad una ipotetica, ed invero non astrattamente impossibile, ma non agevolmente prospettabile, precedente controversia di cui sia stato parte anche il nuovo parente unitamente ai chiamati alla successione apertasi prima della entrata in vigore della novella, oppure anche di quello relativo a controversie di natura divisoria intervenute solo tra gli originari coeredi, alle quali il parente nuovo, all'epoca non chiamato all'eredità, (naturalmente) fosse rimasto estraneo. Si potrebbe ipotizzare la seconda interpretazione come l'unica logicamente possibile, sulla base del rilievo che, *prima facie*, non si vede a che titolo i "nuovi" eredi, ossia quelli che acquistino diritti successori solo in virtù della recente riforma, potrebbero aver partecipato ad una lite nei confronti dei vecchi eredi, se non in casi limitatissimi, quale ad esempio quello di cui all'ordinanza che ha sollevato la questione di costituzionalità di cui si è riferito al precedente paragrafo, ovvero quello a suo tempo giunto all'esame della Corte costituzionale relativo agli zii naturali, che fu deciso in senso negativo. Sì che l'art. 104, nella parte in cui fa salvo il giudicato, potrebbe riferirsi a quello formatosi tra i vecchi eredi, cioè tra coloro che, secondo le regole successorie vigenti prima della riforma 2012/2013, erano gli unici chiamati alla successione, non potendosi ammettere che l'ordinamento abbia concepito un sistema tale da non fare salvi gli effetti del giudicato formatosi tra i soggetti che in quel momento erano gli unici legittimati ad agire e ad essere convenuti. Nella delineata prospettiva, la salvezza del giudicato non potrebbe, allora, che riguardare procedimenti di divisione giudiziale tra i vecchi eredi, culminati in sentenze passate in giudicato. Pare a chi scrive che la predetta tesi, ancorché saggiamente volta a mantenere ferme le relative statuizioni divisorie, non sia condivisibile, in quanto in contrasto con il principio della relatività del giudicato e della sua conseguente inopponibilità al nuovo parente che, non essendo all'epoca dell'insorgere della lite chiamato alla successione, non era neppure astrattamente legittimato a partecipare al processo. Una lettura coerente con i principi processualciviltistici in materia di giudicato (CC 25 ott. 2013/24165; CC 17 mar. 2005/5796; CC 13 dic. 2005/27427; T Trapani 12 gen. 2007) impone, invero, di escludere che il giudicato divisorio formatosi *inter alios* possa avere una efficacia preclusiva dei diritti successori dei nuovi chiamati, con effetto retroattivo (si v. SARACENO 2015, 1187). Infatti, anche tra gli autorevoli interpreti che hanno approfondito lo studio dei limiti soggettivi del giudicato, rivedendo le teorie risalenti dell'assoluta limitazione di effetti dello stesso fra le parti, non si dubita dell'eccezionalità delle ipotesi di efficacia verso i terzi della sentenza resa *inter alios*; in particolare, si afferma generalmente che il giudicato possa esplicare effetti nei

confronti di terzi titolari di un rapporto legato a quello oggetto della sentenza resa *inter alios* da un nesso di pregiudizialità-dipendenza o — per quello che qui più rileva — da un nesso di contitolarità che, in ogni caso, non dia luogo ad un fenomeno di litisconsorzio necessario (PROTO PISANI 2015, 397; PROTO PISANI 2015, *passim*; PROTO PISANI 1992, 555 ss.; PROTO PISANI 1985, 2385); o, al più, che la sentenza resa *inter alios* possa produrre effetti nei confronti del litisconsorte necessario pretermesso, purché favorevoli (PROTO PISANI 2015, 397 ss.). Ora, posto che è la legge stessa ad esigere il litisconsorzio necessario nella divisione giudiziale (art. 784 c.p.c.) — la divisione avendo per oggetto lo scioglimento della comunione, con l'affermazione dei diritti di proprietà individuali su singoli beni —, non sembra potersi dubitare che la sentenza emessa senza la partecipazione di tutti i soggetti interessati, ancorché passata in giudicato, sia *inutiliter data* (CC 29 feb. 2016/3925; CC, SU, 23 gen 2015/1238). Coticché appare più coerente ritenere che ai nuovi successibili competano integri i propri diritti e le proprie azioni verso coloro nei cui confronti sia stata pronunciata una sentenza (pur passata in giudicato) nell'ambito di un giudizio al quale i primi non abbiano potuto partecipare. Tutto ciò comporta che lo scioglimento della comunione prodotto da sentenza passata in giudicato intervenuta tra gli originari coeredi potrà essere rimesso in discussione, perché il nuovo erede non aveva partecipato al relativo giudizio, e che costui possa agire in opposizione di terzo *ex art.* 404 c.p.c. (CC 26 ott 1979/5618; CC 17 lug 2003/11185; CC 17 mar. 2005/5796; CC, SU, 23 gen. 2015/1238; CC 29 feb. 2016/3925; *ex multis*, T Trapani 12 gen. 2007; ALLORIO 1992, 288 ss.). In conclusione, nella delineata prospettiva, il giudicato spiegherà l'efficacia preclusiva riconosciutagli dall'art. 104 esclusivamente in ipotesi limitate e, per il vero, eccezionali, nelle quali il nuovo chiamato fosse stato parte del processo tra gli originari successori, o in quanto avesse invocato il riconoscimento della qualità di erede pur non avendo alcun diritto successorio in base alla normativa previgente, o, per esempio, quale possessore dei beni ereditari, legittimato passivo in un giudizio di petizione di eredità (SARACENO 2015, 1187). Il che appare altresì coerente con le previsioni di cui ai c. 7, 8, 9 e 10 dell'art. 104, le quali testimoniano come il giudicato i cui effetti si vogliono salvare si riferisca a procedimenti dei quali il figlio doveva necessariamente essere parte: ciò che avvalorà la conclusione che anche quello di cui ai commi precedenti intenda richiamare sentenze emesse in procedimenti di cui l'interessato fosse stato partecipe. Sempre con riguardo alle esigenze di coerenza tra le fattispecie di scioglimento giudiziale e negoziale, occorre infine sottolineare come la conclusione raggiunta in ordine ai limiti soggettivi del giudicato sia conforme a quella di cui *infra* si dirà relativa al destino (nullità) delle divisioni contrattuali, posto che la diversa conclusione che fa salvi gli effetti del giudicato divisorio darebbe ingresso ad una ingiustificata disparità di trattamento tra il risultato conseguito all'esito di una divisione convenzionale — rigorosamente nulla o al più inefficace — e quello prodottosi all'esito di una divisione giudiziale — che rimarrebbe, appunto, salvo. **3.4.** Passando ora alla disamina dell'intervenuto scioglimento stragiudiziale della pregressa comunione ereditaria, è agevole constatare come il legislatore delegato, al pari del resto di quello codicistico, nulla disponga con riferimento agli effetti della sentenza che abbia accolto l'azione

petitoria dell'erede e, più ancora, del coerede, sui contratti con i quali siano state sciolte in precedenza le comunioni ereditarie, vale a dire le divisioni, gli atti equiparati, o le transazioni divisorie intervenute tra gli originari coeredi (SESTA 2014b, 401 ss.; e già SESTA 1988, *passim*; BULDINI 2011, 1619 ss.). Pare a chi scrive che per risolvere la questione occorra richiamarsi alla generale disciplina della fattispecie della mancata partecipazione di un coerede al negozio divisorio (SESTA 2014b, 464). Nonostante non si rinvenga una puntuale norma di legge che lo preveda — il codice civile limitandosi a disciplinare la particolare fattispecie della preterizione di eredi nella divisione fatta dal testatore (art. 735), ovvero il rimedio dell'annullamento della divisione per violenza o dolo (art. 761) —, secondo l'indirizzo che appare prevalente, tanto in dottrina (CICU 1961, 410; MIRABELLI 1960, 36; CASULLI 1960, 42; GAZZARA 1964, 422; BURDESE, 1980, 130; PALAZZO 2000, 977; MIRAGLIA 2006, 79, e già MIRAGLIA 1981, 22) quanto in giurisprudenza (CC 19 gen. 1971/104; CC 17 gen 1975/194; CC 15 lug. 1987/6225; CC 1 ago 1990/7708; CC 6 ott. 2000/13335; CC 3 nov. 2004/21060) la mancata partecipazione di tutti i comunisti al contratto di divisione implica nullità dell'atto. L'argomento che si suole generalmente addurre a sostegno della nullità (MIRABELLI 1949, 16 ss.) — con conseguente inefficacia dell'atto non soltanto nei confronti dei non partecipanti, ma anche tra i partecipanti — è quello per cui « la divisione comporta una modificazione patrimoniale nei confronti di tutti i comunisti, che non può avvenire se non con il concorso della volontà di tutti, atteso il carattere di universalità soggettiva, proprio della divisione » (MINERVINI 1990, 65). In altri termini — e come ulteriormente si trova affermato (PELAGGI 1975, 8; BELVEDERE 1989, 271; MORA 2009, 227) — la partecipazione di tutti i comunisti al contratto di divisione concorre a qualificare la divisione come tipo contrattuale ed integra dunque un presupposto essenziale della divisione. Salvo poi rinvenirsi una pluralità di opinioni all'atto di individuare più specificamente il vizio che dà causa alla predetta nullità: c'è, invero, chi ravvisa una mancanza di accordo (BELVEDERE 1989, 271; CANDIA 1960, 60 ss.); chi una mancanza o sviamento o vizio di causa (PIETROBON 1963, 388, nt. 90; MIRAGLIA 2006, 79; MORA 1995, 217), ritenendo che in caso di mancata partecipazione all'atto di tutti i comunisti non si attui la funzione divisoria consistente nello scioglimento della comunione mediante contestuale attribuzione a tutti i compartecipi di beni comuni in titolarità esclusiva in proporzione alle rispettive quote (MIRAGLIA 2006, 78); chi, ancora, ove la mancata partecipazione di uno o taluno dei comunisti sia dipesa dall'ignoranza dell'esistenza di altri aventi diritto, ravvisa un errore sui presupposti essenziali del negozio divisorio, cui consegue la nullità — anziché l'annullabilità, come peraltro pressoché isolatamente ritenuto da Mengoni (MENGONI 1950, 177; D'ONOFRIO 1941, 705; FRAGALI 1983, 529) — in quanto errore che rileva non, in sé, quale vizio del consenso, ma come indice rivelatore di mancanza di causa (CICU 1961, 411 e 424; TRABUCCHI 1952, 753; CANDIA 1960, 59; FLORINO 1971, 1298; PIETROBON 1990, 383; FORCHIELLI-ANGELONI 2000, 723 ss.) Si noti tuttavia che, secondo una pronuncia di legittimità, il contratto di divisione stipulato da alcuni soltanto dei comunisti sarebbe valido ed efficace, ancorché dotato di efficacia soltanto obbligatoria tra le parti e destinato a conseguire il suo effetto definitivo — lo scioglimento della comunione — mediante

la successiva adesione dei comproprietari pretermessi (CC 1982/3529). Vero è che un'analisi più attenta della sentenza — che, peraltro, rinviene un precedente in una più risalente pronuncia di legittimità (CC 1970/1141) — denota che la fattispecie sottesa era del tutto singolare, giacché il contratto di divisione, benché stipulato da alcuni soltanto dei comunisti, era diretto ad apporzionare tutti i partecipanti alla comunione, anche gli assenti (BERTOTTO 2013, 39, nt. 77). Cosicché può affermarsi che la soluzione (in particolare, sullo stralcio di quota, CC 9 ott. 2013/22977) adottata in quell'occasione dalla Cassazione non fosse realmente in controtendenza rispetto alla tesi dominante, che sanziona con la nullità il contratto di divisione concluso da alcuni soltanto dei comunisti. Alla luce delle considerazioni che precedono, non resterebbe che concludere che le divisioni stipulate prima dell'entrata in vigore delle nuove disposizioni in materia di filiazione, che abbiano attuato lo scioglimento di comunioni ereditarie pretermettendo soggetti che siano stati successivamente — ma con effetto retroattivo — riconosciuti titolari di diritti sulla base del nuovo art. 74 c.c., siano nulle per mancanza di causa. Si noti, peraltro, che la conseguenza della nullità troverebbe ulteriore conforto in conformità di quanto accade nell'ipotesi di divisione fatta dal testatore (artt. 734, 735 c.c.) ed in quella di legittimario pretermesso, che, secondo l'opinione dominante, può partecipare alla divisione solo quando abbia esperito vittoriosamente l'azione di riduzione, assumendo così la qualità di erede; sì che la divisione è nulla allorquando non siano stati lasciati fuori dalla divisione beni sufficienti a formare la porzione del soggetto pretermesso (CAPOZZI 2015, 1292, e *ivi* nt. 2700). **3.5.** Si è ipotizzata in dottrina una diversa tesi, volta a ricollegare al negozio divisorio stipulato senza i “nuovi eredi” la conseguenza dell'inefficacia, anziché quella più gravosa della nullità, e nella specie una inefficacia relativa (MINERVINI 1990, 83; QUADRI R. 2015), nei soli confronti del nuovo erede — e non anche degli originari dividendi —, al quale sarebbe dato prestare successiva adesione alla divisione già perfezionata tra i vecchi eredi (per es. tramite un atto di ratifica). Ciò consentirebbe di fare salvi, in definitiva, gli effetti già prodotti dalla originaria divisione nelle ipotesi in cui il nuovo erede, esperita la petizione di eredità o riconosciuto tale stragiudizialmente dagli altri coeredi, trovasse un accordo con gli originari dividendi tale da mantenere ferma la divisione; il che non sarebbe possibile se la stessa fosse radicalmente nulla, stante il divieto di convalida e la legittimazione di qualsivoglia interessato ad agire (compreso, quindi, un originario dividendo pentitosi). Vi è, infine, chi ricollega alla divisione stipulata fra i precedenti chiamati la conseguenza della inefficacia assoluta sopravvenuta, decorrente dal momento dell'accettazione (espressa o tacita) dell'eredità da parte del nuovo chiamato, adducendo di « non pote[rsi] ammettere una nullità sopravvenuta per assenza di un dividendo (appunto il “nuovo chiamato”) che non era tale al momento del compimento del negozio » (SARACENO 2015, 1197). Pur nella consapevolezza del notevole vantaggio pratico che recherebbe l'adesione alla tesi dell'inefficacia o dell'annullabilità, deve optarsi, seguendo la dottrina e la giurisprudenza dominanti che non sembrano dare spazio ad alternative che possano aspirare ad essere uniformemente accolte, per la soluzione più radicale della nullità, anche tenuto conto delle eventuali pretese di ripetizione di indebito che dovessero competere

agli originari condividenti. In conclusione, le predette divisioni risulteranno dunque totalmente improduttive di effetti, non solo nei confronti del (sopravvenuto) coerede pretermesso, ma anche nei confronti degli altri, di guisa che lo stato di indivisione, a ben vedere, non sarà mai cessato, rendendosi quindi necessaria una nuova divisione. Si noti, infine, che il risultato applicativo ipotizzato (nullità del negozio divisorio partecipato da alcuni soltanto degli aventi diritto) non è dissimile laddove lo scioglimento della comunione sia conseguito non già ad un contratto tipicamente divisionale, ma agli atti equiparati alla divisione (SESTA 2014b, 503 ss.).

4. In tema di azioni di stato. 4.1. Ai sensi dei c. 7 e 8 dell'articolo in parola, **la nuova disciplina** in tema di azioni di **disconoscimento** di paternità, di reclamo e di contestazione dello stato di figlio **si applica anche** con riferimento **ai figli nati prima del 7 febbraio 2014** (art. 104, c. 7; artt. 120 disp. att. c.c.; art. 299 l. 1975/151); mentre **le nuove disposizioni** dettate in tema di **riconoscimento** trovano applicazione **anche** con riguardo **ai figli nati o concepiti prima del 1 gennaio 2013** (richiama il disposto dell'art. 104, in connessione con i profili di compatibilità costituzionale della nuova disciplina delle azioni di stato SESTA 2014a). A riguardo la Cassazione (CC 13 gen. 2017/781, *Pluris*) ha precisato che ai sensi dell'art. 104, c. 8, d.lgs 2013/154 la nuova formulazione dell'art. 250 c.c. e il conseguente abbassamento a 14 anni dell'età del figlio il cui assenso costituisce elemento costitutivo dell'efficacia del riconoscimento stesso si applica, fermi gli effetti del giudicato, anche ai figli nati o concepiti anteriormente all'entrata in vigore della l. 2012/219, precisando che il compimento del quattordicesimo anno di età determina in capo al minore la titolarità di un autonomo diritto di natura sostanziale nonché del correlativo potere di natura processuale di determinare l'esito della domanda di riconoscimento proposta da uno dei due genitori. Analogamente il potere d'opposizione del genitore che aveva per primo riconosciuto il figlio minore perde radicalmente di efficacia, così rendendo inutile il giudizio dell'art. 250 c.c., c. 4. La sopravvenienza dell'evento, peraltro, è rilevabile d'ufficio in qualunque stato e grado del giudizio ed il mutamento della situazione sostanziale produce la cessazione della contesa giudiziaria. La dottrina (BELLIN VIA 2014, 319) ha notato come il d.lgs. 2013/154, nel dettare la disciplina transitoria, non ha regolato il caso del riconoscimento invalido compiuto sotto il vigore del precedente sistema, che sia invece valido alla luce delle modificazioni indotte dalla novella del 2012/2013, in ciò discostandosi da quanto previsto dal legislatore della riforma del 1975 (cfr. art. 230 l. 1975/151; e v. anche art. 122 disp. att. c.c.), il quale aveva stabilito, con una sorta di sanatoria *ex lege*, che tale riconoscimento non potesse essere annullato. In ragione della mancata previsione di detta ipotesi nella norma in commento, resterebbe dunque invalido, ad esempio, il riconoscimento del genitore infrasedicenne effettuato prima del 31 dicembre 2012. In tali ipotesi — si pensi, ad esempio, al riconoscimento del figlio ultraquattordicenne ma infrasedicenne, riconosciuto senza il suo consenso ma con il consenso dell'altro genitore che avesse già effettuato il riconoscimento (valido prima della novella del 2012/2013, oggi invalido per mancanza del consenso del figlio *ex art. 250, c. 2, c.c.*)

—, in applicazione del principio *tempus regit actum*, il riconoscimento andrà considerato valido anche nell'ambito del sistema riformato. **4.2.** Il **c. 8** dell'art. 104 stabilisce che il **termine quinquennale di cui al c. 4 dell'art. 244 c.c.**, entro il quale il padre e la madre (nel rispetto dei termini *ex* art. 244, c. 1 e 2, c.c.) possono esperire l'azione di disconoscimento della paternità, **decorre dal 7 febbraio 2014** (entrata in vigore del d.lgs. 2013/154) con riguardo ai figli nati prima di tale data (per quelli nati successivamente, il termine decorre dalla nascita; mentre, il **c. 9** prevede che i termini imposti ai soggetti diversi dal figlio per **impugnare il riconoscimento per difetto di veridicità** (artt. 263 e 267, c. 2, 3 e 4, c.c.) **decorrono dal 7 febbraio 2014**, con riguardo al figlio il cui riconoscimento sia stato annotato sull'atto di nascita prima di tale data (BELLIN VIA 2014, 320; SESTA 2014a) (in questo senso si v. CC 14 feb. 2017/3834). A tale riguardo si prospettano dubbi di costituzionalità.

5. Gli atti dello stato civile già formati. 5.1. Il **c. 11 dell'art. 104** dispone che **restano validi e non possono essere modificati gli atti dello stato civile formati nella vigenza del precedente sistema**, salve le modifiche richieste dall'autorità giudiziaria; ciò al fine di evitare un aggravio di oneri per la p.a. e rispettare la clausola di invarianza finanziaria di cui all'art. 107 d.lgs. 2013/154 (BELLIN VIA 2014, 320).

ENRICO AL MUREDEN - MICHELE SESTA

ARTT. 315, 315-*BIS*



giuffrè editore - 2017

Isbn 9788814221125

Estratto al volume:

CODICE DELL'UNIONE CIVILE E DELLE CONVIVENZE

a cura di
Michele Sesta

Con il coordinamento di
Maria Novella Bugetti

280-290 Articoli abrogati dall'art. 1, c. 10, l. 10 dic. 2012/219.

Titolo IX

**DELLA RESPONSABILITÀ GENITORIALE E DEI DIRITTI
E DOVERI DEL FIGLIO** ⁽¹⁾

⁽¹⁾ Rubrica così sostituita dall'art. 7, c. 10, d.lgs. 28 dic. 2013/154. Il testo della rubrica, come sostituito, da ultimo, dall'art. 1, c. 6, l. 10 dic. 2012/219, era il seguente: « Della potestà dei genitori e dei diritti e doveri del figlio ».

Capo I

DEI DIRITTI E DOVERI DEL FIGLIO ⁽¹⁾

⁽¹⁾ Intitolazione inserita dall'art. 7, c. 11, d.lgs. 28 dic. 2013/154.

- a cura di **ENRICO AL MUREDEN** (art. 316)
ENRICO AL MUREDEN, aggiornamento (art. 320)
ENRICO AL MUREDEN e MICHELE SESTA (artt. 315; 315-bis)
GIUSEPPE BUFFONE (art. 336-bis)
MATTEO DE PAMPHILIS (art. 317-bis)
MATTEO DE PAMPHILIS, aggiornamento (artt. 317; 318; 321-336; 337)
MICHELE SESTA (316-bis)

BIBLIOGRAFIA

DE CRISTOFARO, *Le "unioni civili" fra coppie del medesimo sesso. note critiche sulla disciplina contenuta nei commi 1°-34° dell'art. 1 della l. 20 maggio 2016, n. 76, integrata dal d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 5*, NLCC, 2017, 101 ss.; FERRANDO, *Del matrimonio*, in FERRANDO (a cura di), *Matrimonio*, COM. S.B., Artt. 78-158, Bologna-Roma, 2017, 1; QUADRI, *La tutela del minore nelle unioni civili e nelle convivenze*, FD, 2017, 293; AL MUREDEN, *Le famiglie ricomposte tra matrimonio, unione civile e convivenze*, FD 2016a, 966 ss.; AL MUREDEN, *Lo scioglimento dell'unione civile tra rapporto di coppia e ruolo del "genitore sociale"*, NGCC, II, 2016b, 1699 ss.; ARCERI, in SESTA e ARCERI, *La responsabilità genitoriale e l'affidamento dei figli*, Tr. C.M., Milano 2016; BASINI, *I diritti-doveri dei genitori e dei figli*, Tr. B.C., IV, Torino, 2016, 4045 ss.; BUSNELLI, *Il diritto della famiglia di fronte al problema della difficile integrazione delle fonti*, RDC, 2016, 1447 ss.; CIANCI, *La "responsabilità genitoriale"*, Tr. B.C., VI, Torino, 2016, 4103 ss.; CORRADI, *La rappresentanza del figlio minore di età negli atti negoziali e processuali*, Tr. B.C., IV, Torino, 2016, 4155 ss.; DURELLO, *La tutela processuale dei figli nati fuori dal matrimonio*, in GRAZIOSI (a cura di), *Diritto processuale di famiglia*, Torino, 2016, 95 ss.; FAVILLI, *La responsabilità adeguata alla famiglia*, Torino, 2016, 56 ss.; FERRANDO, *Il problema dell'adozione del figlio del partner commento a prima lettura della sentenza della Corte di cassazione n. 12962 del 2016*, NGCC, 2016, 1213 ss.; LENTI, *Convivenze di fatto. Gli effetti: diritti e doveri*, FD, 2016, 931 ss.; MONCALVO, *L'amministrazione dei beni e la rappresentanza del figlio minore di età*, Tr. B.C., VI, Torino, 2016, 4117 ss.; MORETTI, *I trattamenti sanitari*, Tr. B.C., VI, Torino, 2016, 4096 ss.; SESTA, in SESTA e ARCERI, *La responsabilità genitoriale e l'affidamento dei figli*, Tr. C.M., Milano, 2016; VERONESI, *La Corte di cassazione si pronuncia sulla stepchild adoption; sulla stepchild adoption*, FD, 2016, 1025 ss.; CAMPIONE, *Il diritto di mantenere rapporti significativi con i nipoti tra (preminente) interesse del minore e principio di intangibilità delle competenze "forti"*, GC, 2015a, fasc. 3, 641 ss.; CAMPIONE, *Sull'intervento degli ascendenti nei procedimenti della crisi coniugale*, FD, 2015b, fasc. 12, 1125 ss.; CIANCI, *La nozione della responsabilità genitoriale*, in BIANCA C.M. (a cura di), *La riforma della filiazione*, Padova, 2015, 355 ss.; DANОВI, *Il processo di separazione e divorzio*, in CICU-MESSINEO-MENGGONI (diretto da) e SCHLESINGER (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale, La crisi della famiglia*, VI, Milano, 2015; SAVI, *Nonni e nipoti minorenni: dalla supplenza intrafamiliare al diritto a mantenere rapporti significativi*, D FAM, 2015a, fasc. 2, pt. 1, 574 ss.; SAVI, *L'esercizio dell'azione degli ascendenti nel nuovo art. 317-bis c.c.*, RTDPC, 2015b, fasc. 2, 547 ss.; SESTA, *Filiazione (diritto civile)*, EDD, VIII, Milano, 2015, 445 ss.; SPELTA, *Il lungo percorso per l'affermazione del diritto di visita dei nonni*, NGCC, 2015, fasc. 6, pt. 1, 563 ss.; ACHILLE, *L'obbligo di mantenimento nel rinnovato quadro sistematico dei diritti del figlio*, in BIANCA M. (a cura di), *Filiazione, commento al decreto attuativo*, Milano, 2014; AL MUREDEN, *La responsabilità genitoriale tra condizione unica del figlio e pluralità di modelli familiari*, FD, 2014, 466 ss.; AMATO, *L'obbligo di vaccinazione tra libertà di scelta dei genitori e interesse del figlio*, FD, 2014, 372 ss.; ARCERI, *Il diritto dei nonni a mantenere rapporti con i nipoti minorenni al vaglio della Corte costituzionale*, FD, 2014, 810 ss.; BALLARANI, *L'ascolto nella riforma della filiazione*, in BIANCA M. (a cura di), *Filiazione, commento al decreto attuativo*, Milano, 2014; BERRETTA, *La storia della riforma*, in BIANCA M. (a cura di), *Filiazione, commento al decreto attuativo*, Milano, 2014; BIANCA C.M., *Diritto civile, II, La famiglia*, t. 1, V ed., Milano, 2014; BIANCA M. (a cura di), *Filiazione, commento al decreto attuativo*, Milano, 2014; BUFFONE, *Le novità del decreto filiazione*, Il Civilista, 2014; CARRANO, *Il diritto degli ascendenti a mantenere rapporti significativi con i nipoti*, in BIANCA M. (a cura di), *Filiazione, commento al decreto attuativo*, Milano, 2014; DANОВI, *Diritti dei nonni e competenza del*

giudice minorile: la parola alla Corte Costituzionale, D FAM, 2014, fasc. 3, pt. 1, 1040 ss.; DE CRISTOFARO, *Dalla potestà alla responsabilità genitoriale: profili problematici di un'innovazione discutibile*, NLCC, 2014, 782 ss.; FERRANTI, *Superamento della discriminazione formale a carico dei figli nati fuori del matrimonio*, in BIANCA M. (a cura di), *Filiazione, commento al decreto attuativo*, Milano, 2014; SCHLESINGER, *Il D.lgs. n. 154 del 2013 completa la riforma della filiazione*, FD, 2014; SESTA, *L'accertamento dello stato di figlio dopo il decreto n. 154/2013*, FD, 2014a; SESTA, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, RDC, 2014b; SPAZIANI, *Il diritto all'assistenza morale*, in BIANCA M. (a cura di), *Filiazione, commento al decreto attuativo*, Milano, 2014; VELLETTI, *Revisione sistematica del codice civile susseguente all'unificazione dello stato di figlio*, in BIANCA M. (a cura di), *Filiazione, commento al decreto attuativo*, Milano, 2014, 7 ss.; AULETTA, *Riconoscimento dei figli incestuosi*, NLCC, 2013, 475 ss.; BALLARANI-SIRENA, *Il diritto dei figli di crescere in famiglia e di mantenere rapporti con i parenti nel quadro del superiore interesse del minore*, NLCC, 2013, 534 ss.; BIANCA C.M., *Note introduttive*, NLCC, 2013a, 438 ss.; BIANCA C.M., *La legge italiana conosce solo figli*, RDC, 2013b, I ss.; BIANCA C.M., *Il diritto del minore all'ascolto*, NLCC, 2013c, 546 ss.; BIANCA M., *Tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico*, NLCC, 2013, 508 ss.; CAMPAGNOLI, Di MARIA, *L'ascolto del minore*, Milano, 2013; CHIODI (a cura di), *Sempre più uguali. I diritti successori del coniuge e dei figli naturali a 70 anni dal codice civile*, Milano, 2013; DOSSETTI-MORETTI M.-C., *La riforma della filiazione. Aspetti personali, successori e processuali*, Torino, 2013; FREZZA, *Gli effetti del riconoscimento*, NLCC, 2013, 493; GALGANO, *Diritto commerciale. L'imprenditore e le società*, VIII ed., Bologna, 2013; GRAZIOSI, *Una buona novella di fine legislatura*, FD, 2013, 273 ss.; LUPOI, *Il procedimento della crisi tra genitori non coniugati avanti al tribunale ordinario*, RTDPC, 2013, 1297 ss.; MORETTI M., *Diritti e doveri del figlio e potestà dei genitori*, in DOSSETTI-MORETTI M.-C., *La riforma della filiazione. Aspetti personali, successori e processuali*, Torino, 2013a; MORETTI M., *L'ascolto del minore*, in DOSSETTI-MORETTI M.-C., *La riforma della filiazione. Aspetti personali, successori e processuali*, Torino, 2013b; PALAZZO, *La filiazione*, Tr. C.M., LVI, II ed., Milano, 2013; PICARO, *Stato unico della filiazione. Un problema ancora aperto*, Torino, 2013; RENDA, *Il matrimonio civile. Una teoria neo-istituzionale*, Milano, 2013; SCALISI, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità ad oggi*, RDC, 2013a, 1043 e 1287; SCALISI, « *Famiglia* » e « *famiglie* » in Europa, RDC, 2013b, 7 ss.; SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, V ed., Padova, 2013a; SESTA, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, FD, 2013b, 231 ss.; STEFANELLI, *Status e modelli procreativi nel sistema attuale*, in CIPPITANI-STEFANELLI (a cura di), *La parificazione degli status di filiazione* (Atti del Convegno di Assisi, 25-25 maggio 2013), Roma-Perugia-México, 2013; TOMMASEO, *I procedimenti di potestà e la nuova legge sulla filiazione*, RD PROC, 2013a, 558 ss.; TOMMASEO, *La nuova legge sulla filiazione: i profili processuali*, FD, 2013b, 252 ss.; TROLANO, *Le innovazioni alla disciplina del riconoscimento del figlio naturale*, NLCC, 2013, 451 ss.; VELLETTI, *La nuova nozione di parentela*, NLCC, 2013, 441 ss.; AL MUREDEN, *Gli strumenti di tutela degli obblighi mantenimento*, in SESTA-ARCIERI, *L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia*, Torino, 2012; BIANCA C.M., *Verso un più giusto diritto di famiglia*, IUS, 2012a, 238 ss.; BIANCA C.M., *La legge "conosce solo figli". Liber amicorum per D. Henrich*, Torino, 2012b, 71 ; BUZZELLI, *La famiglia « composita ». Un'indagine sistematica sulla famiglia ricomposta: i neo coniugi o conviventi, i figli nati da precedenti relazioni e i loro rapporti*, Napoli, 2012; CAVALLO (a cura di), *Le mille facce dell'ascolto del minore*, Roma, 2012, 172 ss.; DE CRISTOFARO, *Il contenuto patrimoniale della potestà*, Tr. ZAT., II, II ed., Milano, 2012a; DE CRISTOFARO, *L'usufrutto legale*, Tr. ZAT., II, II ed., Milano, 2012b; PARADISO, *I rapporti personali tra coniugi*, COM. S.,¹¹ ed., Milano, 2012; SERGIO, *La giustizia minorile. Funzioni, competenze, struttura. Prospettive di riforma*, Tr. ZAT., VI, II ed., Milano, 2012; SESTA, *La parità dei figli nell'opera di Rosario Nicolò*, RTDPC, 2012a, 141 ss.; SESTA, *La nuova disciplina dell'affidamento dei figli nei processi di separazione, divorzio, annullamento matrimoniale e nel procedimento riguardante i figli nati fuori del matrimonio*, in SESTA-ARCIERI, *L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia*, Torino, 2012b; SESTA-ARCIERI, *L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia*, Torino, 2012; VELLETTI, *L'ascolto del minore nel Regolamento Bruxelles II bis*, in CAVALLO (a cura di), *Le mille facce dell'ascolto del minore* Roma, 2012; VERCELLONE, *La potestà dei genitori e i rapporti genitori figli*, Tr. ZAT., II, II ed., Milano, 2012a; VERCELLONE, *Gli aspetti personali della potestà dei genitori*, Tr. ZAT., II, II ed., Milano, 2012b; AMRAM, *L'attuazione degli obblighi genitoriali nella crisi familiare: l'art. 709 ter c.p.c. al vaglio della giurisprudenza e della dialettica "sanzione-mediazione"*, FPS, 2011, 533 ss.; MALAGOLI TOGLIATTI-LUBBRANO LAVADERA (a cura di), *Bambini in Tribunale: l'ascolto dei figli contesi*, Milano, 2011; PÈ-RUGGIU, *Il giusto processo e la protezione del minore*, Milano, 2011; SANTOSUOSSO, *Il matrimonio. Libertà e responsabilità nelle relazioni familiari*, GS BIG., Torino, 2011; SESTA, *La filiazione*, Tr. BES., IV, t. 4, Torino, 2011; ZATTI, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, Tr. ZAT., I, t. 1, II ed., Milano, 2011; BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, V ed., Torino, 2010; CICCARELLO, *Parentela e affinità*, Tr. BES., IV, t. 1, Torino, 2010; IRTI, *L'affidamento esclusivo*, in PATTI-ROSSI CARLEO (a cura di), *Provvedimenti riguardo ai*

figli, COM. S.B., Bologna-Roma, 2010; DEL PRATO, *Matrimonio, famiglia e parentela: prospettive di inizio secolo*, in *Diritto privato. Studi in onore di Antonio Palazzo*, II, Torino, 2009; FACCI, *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, II ed, Milano, 2009, 88 ss.; CIPRIANI, *La responsabilità civile nel rapporto tra genitori e figli*, FD, 2008, 518 ss.; FACCI, *Doveri familiari e responsabilità civile*, Tr. FER., II, Bologna, 2008a, 83 e 114; FACCI, *La responsabilità dei genitori per violazione dei doveri genitoriali*, in SESTA (a cura di), *La responsabilità civile nelle relazioni familiari*, Torino, 2008b, 204 ss.; LENA, *La responsabilità per violazione dei provvedimenti sull'affidamento*, in SESTA (a cura di), *La responsabilità civile nelle relazioni familiari*, Torino, 2008; MORO A.C., *Manuale di diritto minorile*, V ed., Bologna-Roma, 2014; DOGLIOTTI, *La potestà dei genitori e l'autonomia del minore*, Tr. C.M., VI, t. 2, Milano, 2007; FERRANDO, *La filiazione. Note introduttive*, Tr. FER., Bologna, 2007; PARADISO, *Potestà, abuso e tutela dei figli*, in AULETTA (a cura di), *Bilanci e prospettive a trent'anni dalla riforma*, Milano, 2007; RUSCELLO, *Potestà dei genitori e rapporti con i figli*, Tr. FER., III, Bologna, 2007; VILLA, *Potestà dei genitori e rapporti con i figli*, Tr. B.C., III, Torino, 2007; BIANCA M., *Il diritto del minore all'« amore » dei nonni*, RDC, 2006, 155 ss.; BONLINI, *Lo status o gli status di filiazione?*, FPS, 2006, 681 ss.; GIACOBBE, *Il modello costituzionale della famiglia nell'ordinamento italiano*, RDC, 2006, I, 481 ss.; PAGLIANTINI, *Principi costituzionali e sistema della filiazione*, in SESTA-CUFFARO (a cura di), *Persona, famiglia e successioni nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006; PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006; RUSCELLO, *La potestà dei genitori. Rapporti personali*, COM. SCH., Artt. 315-319, II ed., Milano, 2006; SESTA, *Persona e famiglia nella Giurisprudenza della Corte costituzionale*, in SESTA-CUFFARO (a cura di), *Persona, famiglia e successioni nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006; CIANCI, *Gli ordini di protezione familiare*, II ed., Milano, 2005; SESTA, *Diritto di famiglia*, II ed., Padova, 2005; CARBONE E., *Il giudice tutelare in tribunale: quale competenza per il reclamo*, GC, 2004, 335 ss.; CARRERA, *Violenza domestica ed ordini di protezione contro gli abusi familiari*, FD, 2004, 388 ss.; PACIA DEPINGUENTE, *Presupposti soggettivi degli ordini di protezione e problemi di coordinamento con gli artt. 330 ss. c.c.*, FA, 2004, 773 ss.; ANGELI, *Sfera di applicazione dell'art. 279 c.c. a seguito della pronuncia di incostituzionalità dell'art. 278, 1° comma, c.c.*, GI, 2003, 868 ss.; DE MARZO, *Gli ordini di protezione contro gli abusi familiari*, FD, 2003, 266 ss.; BESSONE-ALPA-D'ANGELO-FERRANDO-SPALLAROSSA, *La famiglia nel nuovo diritto*, V ed., Bologna, 2002; DE MARZO, *La legge sulla violenza familiare: uno studio interdisciplinare*, FD, 2002, 537 ss.; FIGONE, *Violenza in famiglia ed intervento del giudice*, FD, 2002, 506 ss.; PETITTI, *Le misure contro la violenza nelle relazioni familiari: modalità applicative e problemi procedurali*, FD, 2002, 398 ss.; TOMMASEO, *Giudizi camerali di potestà e giusto processo*, FD, 2002, 237 ss.; FIGONE, *La legge sulla violenza familiare*, FD, 2001, 355 ss.; FIORAVANTI, *Mantenimento dei figli: concorso dei genitori e obbligazioni degli ascendenti*, FD, 2001, 538 ss.; SACCHETTI, *Allontanamento dell'autore della violenza dalla casa familiare: un problema aperto*, FD, 2001, 664 ss.; SESTA, *Genitori e figli naturali: il rapporto*, in SESTA-LENA-VALIGNANI, *Filiazione naturale. Statuto e accertamento*, Milano, 2001; CERATO, *La potestà dei genitori. I modi di esercizio, la decadenza e l'affievolimento*, Milano, 2000; RESCIGNO, *Matrimonio e famiglia, cinquant'anni del diritto italiano*, Torino, 2000; SESTA, *Privato e pubblico nei progetti di legge in materia familiare*, in SESTA (a cura di), *Separazione, divorzio, affidamento dei minori: quale diritto per l'Europa?* (Atti del Convegno di Bologna, 17-18 aprile 1998), Milano, 2000; MENGONI, *Successioni per causa di morte. Successione legittima*, Tr. C.M., VI ed., Milano, 1999; QUADRI, *Famiglia e ordinamento civile*, II ed., Torino, 1999; MORANI, *L'attuazione coattiva dei provvedimenti civili relativi alla persona del minore*, GM, 1998, 361 ss.; PINO, *Diritto di famiglia*, III ed., Padova, 1998; BASINI, *L'usufrutto legale dei genitori*, Tr. B.C., II, Torino, 1997; BUCCIANTE, *La potestà dei genitori, la tutela e l'emancipazione*, Tr. RES., IV, II ed., Torino, 1997; FARINA, *L'esecuzione forzata dell'obbligo di consegna dei minori*, RD PROC, 1997, 270; FERRANDO, *La filiazione naturale e la legittimazione*, Tr. RES., IV, II ed., Torino, 1997, 213 ss.; PROSPERI, *Rilevanza della persona e nozione di status*, RA DC, 1997, 810 ss.; COSSU, *Potestà dei genitori*, D CIV, XIV, Torino, 1996; PATRONE, *Obbligo di mantenimento dei figli: contenuto, garanzie, sanzioni*, FD, 1996, 68 ss.; QUADRATO, *Il minore tra interessi e diritti, una lettura comparata*, BARI, 1995; D'AGOSTINO, DALLA TORRE, *Per una storia del diritto di famiglia: modelli, ideali e disciplina giuridica*, in CAMPANINI (a cura di), *Le stagioni della famiglia*, Milano, 1994; DOGLIOTTI, *Doveri familiari e obbligazione alimentare*, Tr. C.M. Milano, 1994; GORASSINI, *Allontanamento volontario del minore*, Napoli, 1994; FERRANDO, *Filiazione legittima e naturale*, D CIV, Torino, 1992; GIORGIANNI, *Della potestà dei genitori*, COM. DIF, IV, Padova, 1992; PELOSI, *Della potestà dei genitori*, COM. DIF, IV, Padova, 1992; SANDULLI A.M., *sub art. 29 Cost.*, COM. DIF, I, Padova, 1992; TRABUCCHI, *Note introduttive*, COM. DIF, *sub artt. 147-148 c.c.*, II, Padova, 1992a; TRABUCCHI, *Dei diritti e dei doveri che nascono dal matrimonio*, COM. DIF, *sub artt. 147-148 c.c.*, II, Padova, 1992b; FINOCCHIARO A., *L'audizione del minore e la convenzione sui diritti del fanciullo*, V NOT, 1991, 835 ss.; BELVEDERE, *Potestà dei genitori*, EGT, XXIII, Roma, 1990;

PERCHINUNNO, *Parentela e affinità: I) Diritto civile*, EGT, XXI, Roma, 1990; BIAGI-GUERINI, *Famiglia e Costituzione*, Milano, 1989; FERRI L., *Della potestà dei genitori*, COM. S.B., Artt. 315-342, Bologna-Roma, 1988; VERCELLONE, *La filiazione legittima, naturale, adottiva e la procreazione artificiale*, Tr. VAS., III, t. 2, Torino, 1987; CRISCUOLI, *Variazioni e scelte in tema di status*, RDC, 1984, 185 ss.; FINOCCHIARO A.-M., *Diritto di famiglia*, Milano, 1984; TAMBURRINO, *La filiazione*, GS BIG., Torino, 1984; STANZIONE, *Scelte esistenziali e autonomia del minore*, RDC, 1983, 1145 ss.; BUSNELLI, *Capacità ed incapacità di agire del minore*, D FAM, 1982, 54 ss.; GIACOBBE, *Libertà di educazione, diritti del minore, potestà dei genitori nel nuovo diritto di famiglia*, RDC, 1982, 705 ss.; NATUCCI, *L'obbligo di mantenimento del figlio maggiorenne*, in DE CRISTOFARO-BELVEDERE (a cura di), *L'autonomia dei minori tra famiglia e società*, Milano, 1980; RESCIGNO, *Introduzione. Una ricerca sui minori*, in DE CRISTOFARO-BELVEDERE (a cura di), *L'autonomia dei minori tra famiglia e società*, Milano, 1980, VII; STANZIONE, *Diritti fondamentali del minore e potestà dei genitori*, RA DC, 1980, 455 ss.; ZATTI, *Rapporto educativo e intervento del giudice*, in DE CRISTOFARO-BELVEDERE (a cura di), *L'autonomia dei minori tra famiglia e società*, Milano, 1980, 185 ss.; BESSONE, *Ambito di operatività dell'art. 316, comma 3° c.c., intervento del giudice e ratio legis delle norme costituzionali*, D FAM, 1979, 1196 ss.; DOGLIOTTI, *Dalla patria potestà alla potestà dei genitori: un'occasione perduta?*, GM, 1978, 288 ss.; CIAN, *Introduzione. Sui presupposti storici e sui caratteri generali del diritto di famiglia riformato*, COM. RDF, I, t. 1, Padova, 1977; COSSU, *Educazione del minore e potestà dei genitori. Analisi di alcuni modelli giurisprudenziali*, D FAM, 1977, 341 ss.; BESSONE, *Rapporti etico-sociali*, COM. BRA. Artt. 29-34, Bologna-Roma, 1976; BESSONE, *Educazione del minore, diritti della personalità e ratio legis dell'art. 2 Cost.*, FP, 1975, 345 ss.; STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Camerino-Napoli, 1975; RESCIGNO, *Situazione e status nell'esperienza del diritto*, RDC, 1973, 209 ss. (ora in RESCIGNO, *Matrimonio e famiglia, cinquantanni del diritto italiano*, Torino, 2000, 25 ss.); UNGARI, *Il diritto di famiglia in Italia*, Bologna, 1970; CICU, *La filiazione*, Tr. VAS., II ed., Torino, 1969; RESCIGNO, *Per una rilettura del codice civile*, GI, 1968, IV, 205 ss.; STELLA RICHTER-SGROI, *Delle persone e della famiglia*, COM. UTET, Torino, 1967; CAMPAGNA, *Famiglia legittima e famiglia adottiva*, Milano, 1966; CICU, *Il concetto di status (1917)*, ora in *Scritti minori di Antonio Cicu*, I, t. 1, Milano, 1965a; CICU, *Azione di stato (1959)*, ora in *Scritti minori di Antonio Cicu*, I, t. 2, Milano, 1965b; PELOSI, *La patria potestà*, Milano, 1965; ESPOSITO, *Famiglia e figli nella costituzione italiana*, Studi in onore di A. Cicu, II, Milano, 1951.

315 Stato giuridico della filiazione. — Tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico.

SOMMARIO

1. I rapporti genitori figli dopo la l. 20 maggio 2016, n. 76. — 2. La riforma della filiazione. — 3. Tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico.

1. I rapporti genitori figli dopo la l. 20 maggio 2016, n. 76. 1.1. La l. 20 maggio 2016, n. 76, recante *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, a tutta prima, non sembra aver inciso sulla disciplina dei rapporti genitori-figli. Per quanto riguarda le coppie eterosessuali conviventi la presenza di una regolamentazione del rapporto tra *partners* non altera la disciplina né dell'accertamento della genitorialità, regolato dagli artt. 250 ss c.c., né del rapporto genitori-figli, normato dalle disposizioni in esame, che, a seguito della Riforma del 2012-2013, trattano in modo unico i rapporti di filiazione. Con riferimento, invece, alle coppie composte da persone dello stesso sesso si può affermare, in prima approssimazione, che la disciplina dell'unione civile e della sua crisi appare concepita sulla base del presupposto inespresso dell'assenza di figli comuni della coppia e più in generale, del coinvolgimento di figli nella

relazione tra i civilmente uniti. Tale presupposto, tuttavia, non può considerarsi sussistente in termini assoluti, in quanto si manifestano molteplici fattispecie nelle quali, indipendentemente dalla esistenza di un (pur possibile) rapporto biologico tra la coppia e un minore, si riscontra la presenza tra costoro di significativi legami affettivi — e talvolta anche genetici — che l'ordinamento, secondo la lettura che sembra affermarsi in giurisprudenza, mostra di ritenere meritevoli di tutela. In effetti, l'esigenza di attribuire rilievo a relazioni affettive che si instaurino all'interno di un nucleo familiare tra un minore e il *partner* omosessuale del genitore biologico emerge sotto molteplici profili. In questa prospettiva occorre, in primo luogo, prendere in esame l'ipotesi in cui la coppia sia formata da un genitore che abbia fatto ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita come “*single*” — quindi all'estero — o da un genitore che abbia perso il *partner* con cui generò il figlio. In queste fattispecie il problema di riconoscere una posizione giuridicamente rilevante al *partner* non legato da un rapporto biologico con il figlio generato dall'altro ha assunto rilievo, anzitutto, nella recente decisione di legittimità che ha fornito un'interpretazione dell'art. 44 l. 1983/184 funzionale a consentire la c.d. *stepchild adoption* (CC 22 giu. 2016/12962, NGCC, 2016, 1213, nt. FERRANDO; FD, 2016, 1025, nt. VERONESI; v. SESTA-ARCERI 2016, 26; BUZZELLI 2012, 166 ss.). Sotto un diverso profilo la rilevanza assunta dal cosiddetto “genitore sociale” ha trovato un'ulteriore conferma in una decisione di legittimità di poco precedente nella quale è stato ammesso il diritto di quest'ultimo a conseguire il risarcimento del danno non patrimoniale subito a causa della perdita del figlio del *partner* (CC 21 apr. 2016/8037, *De Jure Giuffrè*). Un ulteriore differente aspetto da considerare rinviene da una recente decisione di legittimità (CC 30 set. 2016/19599, DG, 2016, 10) che ha ammesso la trascrivibilità in Italia di un atto di nascita straniero da cui il bambino risultava figlio di due donne coniugate in Spagna (l'una che aveva condotto a termine la gravidanza e l'altra donatrice dell'ovulo), ritenendo che l'atto di nascita non contrasti con l'ordine pubblico, dovendosi avere riguardo al principio, di rilevanza costituzionale primaria, del superiore interesse del minore, che si sostanzia nel suo diritto alla conservazione dello *status filiationis*, validamente acquisito all'estero. Invero, **nella fattispecie decisa, non solo il bambino vantava un legame biologico con entrambi i componenti la coppia** (un legame genetico con la donna donatrice dell'ovulo ed un legame biologico-gestazionale con la donna partoriente), **ma nemmeno la fattispecie poteva dirsi integrare, a tutti gli effetti, una maternità surrogata**, posto che la gestante ha partorito il bambino — osserva la S.C. — « (anche) per sé, sulla base di un progetto di vita della coppia costituita con la sua *partner* femminile », mancando dunque l'elemento principale della maternità surrogata, e cioè la cessione del nato a un terzo committente. Trattandosi di fattispecie peculiare, che non rientra fra quelli di surroga materna la Corte ha evitato di prendere apertamente posizione al riguardo. In altri termini, non è possibile evincere da detta sentenza — peraltro criticabile sotto il profilo della contrarietà alla previsione costituzionale contenuta negli artt. 29 e 30 Cost. — se sia altresì ammissibile riconoscere in Italia l'atto di nascita straniero attributivo dello *status* di figlio di entrambi i componenti di una coppia omosessuale *maschile* — il cui matrimonio, ove sposatosi all'estero, può ora essere trascritto

in Italia come unione civile (art. 1, c. 28, lett. *b*, l. 2016/76) — avente fatto ricorso alla maternità surrogata. C'è chi, in dottrina, ha ritenuto che « la coerenza logica impone di trattare il caso del figlio di due uomini legati in matrimonio in un paese straniero, ivi nato con l'inevitabile ricorso alla maternità surrogata, allo stesso modo del figlio di una coppia di donne sposate all'estero, che invece non vi ha fatto ricorso » (LENTI 2016, 931, osserva altresì che « Comunque sia, anche se non si riconoscesse l'atto di nascita straniero di figlio di entrambi, non si potrebbe evitar di attribuire lo *status* di figlio del componente della coppia che è genitore genetico; a ciò potrebbe poi seguire l'adozione di cui all'art. 44, lett. *d*), l. 1983/184 da parte dell'altro »). E in questo senso si è — arditamente — orientata una recente ordinanza con la quale la **Corte d'Appello di Trento** (App 23 feb. 2017, [articolo29.it](http://articolod9.it)) ha disposto l'efficacia in Italia di un atto di nascita straniero che ha riconosciuto l'esistenza del legame genitoriale tra due bambini — nati attraverso maternità surrogata nell'ambito di un progetto di genitorialità di una coppia omosessuale — ed il *partner* del loro padre biologico. Si tratta di una pronuncia di assoluta rilevanza, in quanto, in pretesa applicazione dei principi enunciati dalla Corte di cassazione nella sentenza 2016/19599 in tema di trascrizione dell'atto di nascita straniero recante l'indicazione di due madri, **arriva ad affermare la doppia paternità**. L'ordinanza supporta la predetta soluzione principalmente invocando: *a*) l'assenza di problematiche legate all'ordine pubblico, dovendosi assumere un concetto lato di ordine pubblico, in funzione di valutare non già se il provvedimento straniero applichi una disciplina della materia corrispondente a quella italiana, ma piuttosto se esso appaia conforme alle esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo (in questo caso, del minore) come garantiti dalla Costituzione italiana e dalle principali Carte internazionali in materia; *b*) il superiore interesse del minore, nella specie, alla continuità dello *status filiationis* nei confronti di entrambi i genitori, il cui mancato riconoscimento non solo determinerebbe ai due bambini un grave pregiudizio, ma li priverebbe altresì di un fondamentale elemento della loro identità familiare, così come acquisita e riconosciuta nello Stato estero in cui l'atto di nascita si è formato; *c*) l'irrilevanza della mancanza di un legame biologico/genetico tra i minori ed uno dei componenti la coppia ai fini della costituzione dello *status filiationis*, atteso che è da escludere « che nel nostro ordinamento vi sia un modello di genitorialità esclusivamente fondato sul legame biologico fra il genitore e il nato; all'opposto deve essere considerata l'importanza assunta a livello normativo dal concetto di responsabilità genitoriale che si manifesta nella consapevole decisione di allevare ed accudire il nato; la favorevole considerazione da parte dell'ordinamento al progetto di formazione di una famiglia caratterizzata dalla presenza di figli anche indipendentemente dal dato genetico, con la regolamentazione dell'istituto dell'adozione; la possibile assenza di relazione biologica con uno dei genitori (nella specie il padre) per i figli nati da tecniche di fecondazione eterologa consentite ». A parere di chi scrive la sentenza è gravemente errata, specie perché comporta il riconoscimento della validità degli accordi di maternità surrogata, che non solo sono proibiti da norme imperative interne (art. 12, c. 6, l. 2004/40) come la stessa ordinanza ovviamente riconosce, ma — contrariamente a quanto ritenuto dalla Corte — si pongono in sicuro

contrasto con innumerevoli principi di rango costituzionale. Detti accordi, infatti, confliggono con la tutela della dignità umana — della donna gestante e del figlio stesso, che viene concepito in laboratorio attraverso complicate tecniche che utilizzano gameti di più persone ed il corpo della partoriente (artt. 2, 3, 41 Cost.); e, infine, contrastano anche con i diritti riconosciuti alla famiglia (artt. 29 e 30 Cost.). Si tratta di principi fondamentali dell'ordinamento che giustificano appieno la declaratoria di contrarietà all'ordine pubblico degli atti esteri che li abbiano violati. Ancora con riferimento alla tematica della rilevanza del vincolo affettivo del minore col partner omosessuale del proprio genitore appare rilevante l'articolata problematica sollevata con riferimento alla garanzia della continuità del rapporto in caso di rottura dell'unione con il genitore biologico. A tale riguardo un'ordinanza emessa dalla Corte d'Appello di Palermo aveva posto la questione di legittimità costituzionale dell'art. 337-ter c.c. sottolineando l'esigenza di addivenire ad una sua lettura orientata secondo il dettato della Costituzione e, soprattutto, secondo i principi stabiliti dall'art. 8 della CEDU (App. Palermo 30 ago. 2015, FD, 2016, 40 ss., nt. ARDIZZONE,), funzionale a garantire la continuità della relazione affettiva tra il minore ed il *partner* omosessuale del genitore anche in caso di rottura del rapporto di coppia. A tale riguardo appare significativo che la Corte costituzionale (C cost. 5 ottobre 2016/225), da una parte abbia dichiarato la questione infondata ribadendo che « l'intervento del giudice a tutela del diritto del figlio minore a “conservare rapporti significativi” con persone diverse dai genitori, quale previsto e disciplinato dall'art. 337-ter c.c. » deve intendersi esclusivamente riferito « a soggetti comunque legati al minore da un vincolo parentale » e quindi ad « un contesto propriamente familiare », ma, dall'altra, abbia messo in luce l'esistenza di « un “vuoto di tutela” quanto all'interesse del minore a mantenere rapporti, non meno significativi, eventualmente intrattenuti con adulti di riferimento che non siano suoi parenti ». Un vuoto al quale non può porsi rimedio adottando una lettura dell'art. 337-ter c.c. funzionale ad includere « anche l'ex compagna della genitrice biologica nell'area dei soggetti » rispetto ai quali deve essere garantita una continuità di relazioni con il minore, ma che, nondimeno, può trovare una forma di tutela laddove l'art. 333 c.c., attribuendo rilievo alla condotta del genitore « comunque pregiudizievole al figlio », consente al giudice di adottare « provvedimenti convenienti » precisando che detto intervento potrebbe essere azionato su « ricorso del pubblico ministero (a tanto legittimato dall'art. 336 c.c.), anche su sollecitazione dell'adulto (non parente) coinvolto nel rapporto in questione ». Quanto osservato con riferimento alla rilevanza delle relazioni genitore-figli non fondate su di un vincolo biologico può condurre a concludere che anche nell'ambito di una famiglia in cui il rapporto tra i *partners* sia cementato nella forma dell'unione civile o della convivenza tra persone dello stesso sesso possa riscontrarsi la presenza di un rapporto tra la coppia ed i figli di uno dei membri che, seppure non coincidente con quello regolato dal legislatore a seguito della riforma attuata dalla l. 10 dic. 2012/219 e dal d.lgs. n. 28 dic. 2013/154, assuma comunque una qualche rilevanza per l'ordinamento. In quest'ottica, pertanto, appare opportuno condurre una trattazione del rapporto ge-

nitore-figli che tenga in considerazione anche quei rapporti fondati sul legame affettivo e riconducibili alla c.d. “genitorialità sociale”.

2. La riforma della filiazione. 2.1. Come si è visto, la disciplina delle convivenze recata dalla l. n. 76/2016 si lega, per quanto riguarda i rapporti di filiazione, alla c.d. riforma della filiazione realizzata dalla l. 10 dic. 2012/219, che ha introdotto lo stato unico di filiazione, ed il relativo decreto attuativo (d.lgs. 28 dic. 2013/154, recante la « Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell’art. 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219 », pubblicato in G.U. 8 gen. 2014/5 e in vigore dal 7 febbraio 2014), che, ancorché volti alla modifica della disciplina della filiazione, a ben vedere, hanno realizzato una riforma di più ampia portata, destinata ad incidere in profondità sull’intera materia familiare (SESTA 2014b, 1; SCHLESINGER 2014, 443). Per più ragioni, legge e decreto paiono comparabili alla generale riforma del 1975, allorché — sotto la spinta delle modificazioni sociali e del costume intervenute, della dottrina e della Corte costituzionale —, il legislatore procedette all’integrale rifondazione del diritto di famiglia, in attuazione dei precetti costituzionali (al riguardo, cfr. CIAN 1977, 23; ZATTI 2011, 3; SESTA 2006, XV; PAGLIANTINI 2006, 507; SCALISI 2013a, 1043 e 1287; SCALISI 2013b, 7; RENDA 2013, 30). Sull’evoluzione del diritto di famiglia in Italia, cfr. UNGARI 1970, *passim*; D’AGOSTINO-DALLA TORRE 1994, 215-250). Come noto, anche dopo la riforma del 1975, che pure aveva realizzato la parità tra i figli, la disciplina giuridica della filiazione era rimasta ripartita e differenziata a seconda che i genitori fossero o meno uniti nel vincolo del matrimonio; nell’un caso si aveva filiazione « legittima », nell’altro « naturale » — un tempo, « illegittima », secondo l’espressione del legislatore del 1942 (sul regime anteriore alla riforma del 1975, cfr., per tutti, CICU 1969, *passim*) — a sua volta distinta in filiazione naturale riconosciuta o giudizialmente dichiarata, ovvero non riconosciuta o irriconoscibile. Da tempo, era quindi maturata la consapevolezza della **necessità di superare quelle antiche partizioni**, che, nel differenziare la filiazione legittima da quella naturale, finivano per contrapporre il modello della famiglia fondata sul matrimonio alle diverse forme di convivenza familiare oramai ampiamente diffuse nella odierna società (per una ricostruzione dell’evoluzione della disciplina giuridica della filiazione, cfr. SESTA 2011, 3; SESTA 2001, 5. In altri ordinamenti, la condizione del figlio era già stata unificata, indipendentemente dal modo in cui viene accertata, cosicché la sussistenza del vincolo matrimoniale è tendenzialmente irrilevante. In argomento, FERRANDO 1992, 301; SESTA 2000, 3. Per una ricostruzione storica dell’evoluzione dei diritti successori riconosciuti in favore dei figli non matrimoniali, CHIODI 2013, *passim*). Il superamento della preesistente prospettiva risulta ben scolpito nella norma in commento, che può considerarsi la disposizione centrale dell’intera riforma. A ben vedere, l’enunciazione che **tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico** suona alla stregua di un **vero e proprio principio** — così, del resto, lo definisce l’art. 2 della stessa l. 2012/219 — e sembra ambire ad integrarsi col testo degli artt. 29 e 30 Cost., dei quali, invero, modifica gli equilibri sin qui in essere fra le loro variegata e articolate proposizioni

(in argomento, cfr. BIAGI-GUERINI 1989, *passim*; ESPOSITO 1951, 554; BESSONE 1976; SANDULLI A.M. 1992, 3; QUADRI 1999, 7 e 77; GIACOBBE 2006, 481; v., altresì, *sub* artt. 2, 29, 30 Cost.): quasi come se il legislatore ordinario si sia cimentato in una sorta di « rilettura » del testo costituzionale, capovolgendo quel procedimento che un illustre Maestro, quasi cinquant'anni or sono, aveva indicato agli interpreti al fine di armonizzare il testo del codice civile ai principi della Costituzione (RESCIGNO 1968, 205). La solenne enunciazione del principio dell'unicità di stato, predicata dall'art. 315 c.c., viene in risalto se messa a confronto con la troppo dimessa, oltreché intrinsecamente contraddittoria, rubrica dell'intera l. 2012/219, che, pur annunciando « Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali », non solo reca regole tutto sommato secondarie in materia di riconoscimento (in ordine alle quali, cfr. AULETTA 2013, 475; TROIANO 2013, 451), ma piuttosto elimina la categoria ed anzi la denominazione stessa dei figli naturali (art. 1, c. 11, l. 2012/219; art. 105 d.lgs. 2013/154), che, per singolare paradosso, sopravvive solo nell'intestazione della legge medesima; salvo poi doversi rilevare che l'art. 105, c. 3, d.lgs. 2013/154, ha modificato anche detta titolazione, avendo sostituito in tutta la legislazione le parole « figli naturali » con quelle « figli nati fuori del matrimonio ». A ben vedere, proprio il riferimento all'unicità dello stato di filiazione sarebbe degnamente figurato quale titolazione dell'intera legge, nonché — come nella sostanza è avvenuto — del titolo VII del libro I del codice, ora infatti rubricato « Dello stato di figlio », ove la mancata riproposizione dell'aggettivo « unico » non solo nulla toglie al principio, ma, anzi, proprio grazie a quella formulazione icastica, ne esalta il significato. **2.2.** Sempre sotto il profilo lessicale, occorre sottolineare come il legislatore, nella richiamata rubrica del titolo VII e nella solenne enunciazione dell'art. 315 c.c., abbia fatto ricorso all'impegnativo concetto di stato che, con riferimento allo *status familiae*, ha conosciuto importanti elaborazioni dottrinali, a partire da quelle di Antonio Cicu, che, un secolo fa, titolò un suo indimenticato contributo « Il concetto di *status* » (CICU 1965a, 181; CICU 1965b, 605), e, in anni più recenti, di Pietro Rescigno, che al tema ha dedicato altrettanto memorabili pagine (RESCIGNO 1973, 209, ora in RESCIGNO 2000, 25; PROSPERI 1997, 810; CRISCUOLI 1984, 185; BONILINI 2006, 681). Lo ***status* rappresenta il rapporto che lega giuridicamente la persona a una comunità** e, come spiega Rescigno, appare « strumento tecnico, tra i più collaudati, capace di tradurre in una condizione rilevante per il diritto, e rilevante in maniera non precaria né discontinua, una situazione che, nell'ambiente sociale e secondo l'apprezzamento comune, distingue un soggetto dagli altri soggetti, per ragioni strettamente individuali o in ragione dell'appartenenza ad un gruppo » (RESCIGNO 1973, 211.). Dunque, muovendo da consimili significati che il vocabolo « stato » reca con sé (v., però, la radicale critica di PROSPERI 1997, 810, e i rilievi di STEFANELLI 2013, 51), è di tutta evidenza la rilevanza giuridica dell'espressione utilizzata dal legislatore del 2012, ben consapevole di operare sul piano dei principi e dei concetti fondamentali che regolano la filiazione e di attuare una vera e propria « rivoluzione » (MENGONI 1999, 148, adoperò tale termine per sottolineare la novità della disciplina della successione del coniuge introdotta dalla riforma del 1975) dell'ordine preesistente, che pure era stato sottoposto negli ultimi decenni

a notevoli mutamenti (SESTA 2011, 19; SESTA 2012, 141; SESTA 2013, 16, di recente, per una ampia disamina dell'evoluzione del diritto di famiglia, SCALISI 2013a, 1043 e 1287; SCALISI 2013b, 7). Si osservi che, prima della recente riforma, il codice utilizzava il termine stato solo con riguardo alla filiazione legittima, nella rubrica della sezione I del capo I del titolo VII del libro primo, mentre esso era scomparso dal testo degli artt. 269 e 270 c.c., che invece, nella loro stesura originaria del 1938/42, menzionavano lo « stato di figlio naturale ». Alla norma in commento — e coerentemente con l'uso del termine “stato” (cfr. RESCIGNO 1973, 215, il quale avverte come agli stati di coniuge e figlio « altre situazioni e rapporti si connettano, e in primo luogo la parentela e l'affinità, destinati anche essi ad assumere pratico rilievo nel regime della famiglia e inoltre nel diritto ereditario ») —, si collega quella che, modificando l'art. 74 c.c., stabilisce che « **la parentela è il vincolo 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 ». A detta disposizione si allaccia, infine, quella che modifica il testo dell'art. 258 c.c., secondo il quale « il riconoscimento produce effetti riguardo al genitore da cui fu fatto e riguardo ai parenti di esso » (v. *sub* art. 258 c.c.; riguardo alle innovazioni introdotte dalla riforma, cfr. PICARO 2013, *passim*; con riguardo alla disciplina della parentela, VELLETTI 2013, 441; FREZZA 2013, 493). Dunque, in forza delle norme citate, il soggetto — una volta conseguito lo stato di figlio a seguito della nascita da genitori coniugati, oppure del riconoscimento o della dichiarazione giudiziale — diventa **parente delle persone che partecipano allo stipite da cui discendono i suoi genitori**: egli, quindi, entra a far parte della loro famiglia, indipendentemente dal fatto che sia stato concepito nel, fuori o contro il matrimonio (sul rapporto fra parentela e famiglia cfr. CICCARELLO 2010, 33, il quale osserva come la dimensione propriamente familiare si « colloca oramai in una logica nucleare che si ferma al rapporto fra i due *partners* e a quello genitori-figli, rimangono marginali e sono riguardati come il residuo di una civiltà al tramonto, i casi in cui rileva la famiglia allargata, che ancora trovano applicazione in alcuni istituti del diritto agrario e in poche altre ipotesi » (art. 230-*bis* c.c.). In questo quadro, « la parentela, che si qualifica come rapporto, proietta i suoi effetti essenzialmente sul piano patrimoniale; la famiglia, invece, comunità di affetti, si propone in primo luogo in dimensione e con contenuto prevalentemente personale ». Cfr., a riguardo, CAMPAGNA 1966, 99; PERCHINUNNO 1990, 1; DEL PRATO 2009, 227): sotto questo riguardo, vi è completa identità tra famiglia matrimoniale e famiglia non matrimoniale, mentre, con riguardo a quest'ultima, il figlio si trova inserito in due famiglie, quella paterna e quella materna, tra loro non comunicanti, come sino ad ora di regola accadeva, grazie al vincolo di affinità. Dunque, dalle norme sopra citate risulta radicalmente modificata la nozione di « famiglia legale », che, ora, non appare più necessariamente fondata sul matrimonio, considerato che i vincoli giuridici tra i suoi membri dichiaratamente prescindono da esso (SESTA 2013b, 233; per un approfondimento sul tema della compatibilità della riforma con i principi costituzionali, v. *sub* artt. 2, 29 e 30 Cost.).

3. Tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico. **3.1.** Il legislatore della riforma del 2012/2013 ha individuato l'art. 315 c.c. quale sede per l'affermazione del suo principio cardine: l'uguaglianza dello stato giuridico dei figli, a prescindere dalla nascita nel o fuori del matrimonio. Tale articolo apre il titolo IX del libro I del codice, che, a seguito della riforma, è rubricato « Della responsabilità genitoriale e dei diritti e doveri dei figli ». La modifica degli istituti della filiazione e della parentela, con abrogazione della distinzione terminologica tra figli (e parentela) « legittimi » e « naturali », sostituita con quella « figli nati nel matrimonio » e « figli nati fuori del matrimonio », trae fondamento dall'art. 30 Cost., nel cui spirito intende definitivamente **rimuovere ogni retaggio di connotazione negativa a carico dei figli nati fuori del matrimonio**, che si rifletteva in uno *status* differente e in un minor riconoscimento di diritti rispetto ai figli nati nel matrimonio. I lavori preparatori della l. 2012/219 (proposte di legge unificate n. 2519-3184-3247-3516-3915-4007-4054-A, Camera dei deputati, legislatura) evidenziano la piena equiparazione, operata dalla Costituzione, tra figli matrimoniali e non matrimoniali, con riferimento al profilo dell'assistenza da parte dei genitori. Tale equiparazione, però, non si riflette nella posizione familiare di detti figli: infatti, l'art. 30 Cost. sancisce il diritto-dovere dei genitori di mantenere, istruire ed educare i figli, « anche se nati fuori del matrimonio », ma, nel contempo, dispone che la legge assicuri « ai figli nati fuori dal matrimonio ogni tutela giuridica e sociale, compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima ». **3.2.** In seguito alla **riforma del diritto di famiglia del 1975**, che pure aveva dato attuazione al dettato costituzionale, avvicinando quanto più possibile la posizione giuridica dei figli naturali a quella dei figli legittimi, erano **residue significative differenze**, segnatamente sotto il profilo della costituzione dei rapporti di parentela. La Corte costituzionale, sebbene avesse riconosciuto che la residua disparità di trattamento fosse da ricondurre, in estrema analisi, al « tradizionale disfavore verso la prole naturale, che pervadeva ancora il nuovo codice civile [...] incompatibile col principio espresso nell'art. 30, c. 3, Cost., attuato dal legislatore con la riforma del diritto di famiglia » (C. cost. 3 lug. 2000/250, FI, 2001, 1099; GC, 2000, 2513), tuttavia aveva **negato che la c.d. « parentela naturale »** avesse rilevanza costituzionale, affermando che l'equiparazione fra « filiazione legittima » e « filiazione naturale » richiesta dall'art. 30 Cost. riguarda solo il rapporto che si instaura tra il genitore e il figlio (cfr. C. cost. 23 nov. 2000/532, FD, 2001, 361, nt. FERRANDO; GC, 2001, 591; CG, 2001, 1034, nt. GUERINONI; C. cost. 7 nov. 1994/377, FD, 1995, 5, nt. FIGONE; C. cost. 12 apr. 1990/184, GC, 1991, 1133, nt. PEREGO; RADC, 1991, 422, nt. PROSPERI; C. cost. 24 mar. 1988/363, FI, 1989, 2039). Cionondimeno, con riguardo al **diritto successorio**, la stessa C. cost. 7 nov. 1994/377 aveva invitato il legislatore a intervenire sulla disciplina della successione del figlio nato fuori del matrimonio, in quanto, pur rilevando che a distanza di molti anni dalla riforma del diritto di famiglia « e in presenza di un notevole incremento dei rapporti familiari di fatto, appariva sempre meno plausibile che i fratelli e sorelle naturali del *de cuius* restassero esclusi dalla successione *ab intestato* a vantaggio anche di lontani parenti legittimi fino al sesto grado », aveva riconosciuto che « l'inserimento dei suddetti fratelli e sorelle naturali negli ordini successivi dei parenti non potesse avvenire

mediante una pronuncia additiva [...], bensì postula un bilanciamento di interessi che implica una valutazione complessa, eccedente i poteri della Corte ». **3.3.** La relazione illustrativa dello schema di decreto attuativo della l. 2012/219, frutto dei lavori della Commissione per lo studio e l'approfondimento di questioni giuridiche afferenti la famiglia, presieduta dal professor Cesare Massimo Bianca (cfr. la Relazione conclusiva dei lavori della Commissione, *politichefamiglia.it*, 2013), e in larga parte recepito dal d.lgs. 2013/154, espone che « la presenza nel nostro ordinamento di norme che dettavano un diverso regime e diversi diritti a seconda delle “categorie” di figli strideva con i principi fondamentali sanciti dagli artt. 2, 3 e 30 Cost., che assicura ai figli nati fuori dal matrimonio ogni forma di tutela giuridica e sociale, compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima. Peraltro, anche obblighi internazionali hanno imposto di rimuovere la persistente discriminazione a carico dei figli nati fuori del matrimonio: l'art. 21 della Carta di Nizza sui diritti fondamentali dell'Unione europea, (art. 6 del Trattato sull'Unione europea, versione consolidata) vieta ogni forma di discriminazione fondata sulla nascita; la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo (CEDU), pur non prevedendo disposizioni esplicite in materia di filiazione, all'art. 8 protegge la vita privata e familiare e all'art. 14 pone il divieto di qualsiasi discriminazione » (Relazione conclusiva, cit., 141). **3.4.** La dottrina ha individuato, nell'art. 315 c.c., il nucleo essenziale (FERRANTI 2014, 4, che parla di “filiazione senza aggettivi”), il punto qualificante della riforma della filiazione (BIANCA C.M. 2013a, 438, « una vera e propria rivoluzione »; BERRETTA 2014, XVII) che induce l'applicazione a tutti i figli dello statuto unitario del rapporto con i genitori e che, in combinato con il nuovo art. 74 c.c., comporta l'applicazione delle norme sulla successione legittima indistintamente a tutti i parenti, a prescindere dalla sussistenza o meno del vincolo coniugale tra i genitori dell'erede o dell'ereditando. Infatti, la norma in parola può essere considerata la disposizione centrale, attorno alla quale ruota l'intera legge. Ad essa si collega quella che, modificando l'art. 74 c.c., estende il vincolo di parentela a tutti i soggetti che discendono da un medesimo 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, infine, nel caso in cui il figlio è adottivo. A detta disposizione si allaccia, infine, quella che modifica il testo dell'art. 258 c.c., secondo il quale « il riconoscimento produce effetti riguardo al genitore da cui fu fatto e riguardo ai parenti di esso ». In dottrina, si è rilevato che dalla lettura della norma in commento, in combinato con i nuovi artt. 74 e 258 c.c. già richiamati e con la stessa l. 2016/76, che ha per più versi regolato il rapporto orizzontale tra conviventi, risulta **radicalmente modificata la nozione di famiglia legale**, che, ora, non pare più necessariamente fondata sul matrimonio, considerato che i vincoli giuridici tra i suoi membri dichiaratamente prescindono da esso, adombrandosi l'interrogativo circa la compatibilità del nuovo assetto con quello configurato dagli artt. 29 e 30, c. 3, Cost. (BUSNELLI, 2016, 6, 1447; SESTA, 2014b, 1; SESTA 2013b, 233; v. anche *sub* artt. 29 e 30 Cost.). Alla “proclamazione solenne” (BIANCA C.M. 2012a, 238) del principio dell'unicità dello *status filiationis* si è riconosciuto, oltre al rilievo tecnico giuridico, « un valore culturale e simbolico di inestimabile portata » (BIANCA M. 2013, 508): all'esito della riforma, « la legge

italiana conosce solo figli » (BIANCA C.M. 2012b, 71; BIANCA C.M. 2013b, 1). **3.5.** È opportuno precisare che l'affermazione dell'unicità dello stato di filiazione non ha comportato il venir meno delle differenti modalità attraverso le quali i figli acquistano detto stato; infatti, il codice civile continua a prevedere specifiche modalità di acquisizione-attribuzione dello stato con riguardo ai figli nati nel matrimonio, da un lato, e a quelli nati fuori del matrimonio, dall'altro. Mutando la prospettiva, « se dunque, i modi di accertamento della filiazione rimangono necessariamente diversificati, una volta instaurato il rapporto di filiazione lo stato giuridico di ogni figlio è identico » (MORETTI M. 2013, 51). Le modalità di formazione del titolo dello stato sono tuttora nettamente differenziate a seconda che si tratti di filiazione nel o fuori del matrimonio. Se i genitori sono coniugati, il titolo dello stato si forma automaticamente — a prescindere dal loro consenso — in sede di dichiarazione di nascita; se, invece, non lo sono, il titolo dello stato può formarsi solo in dipendenza di una dichiarazione del(i) genitore(i) (riconoscimento) o, in mancanza, di un accertamento giudiziale richiesto dal figlio. Sotto questo riguardo, relativo cioè all'attribuzione dello stato di filiazione, il matrimonio mantiene inalterata la sua attitudine di costituire *de jure* il titolo dello stato (SESTA 2013b, 236). **3.6.** L'intervento del d.lgs. 2013/154, sulla base del principio di delega fissato dall'art. 2, c. 1, lett. b, l. 2012/219, ha comportato una revisione sistematica del codice civile, quale conseguenza dell'unificazione dello stato giuridico della filiazione (VELLETTI 2014, 7 ss.). Il titolo IX del libro primo del codice è, ora, rubricato « Della responsabilità genitoriale e dei diritti e doveri dei figli » e si compone di due capi, rubricati, quanto al primo, « Dei diritti e doveri del figlio » (artt. 315-337 c.c.) e, quanto al secondo, « Esercizio della responsabilità genitoriale a seguito di separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili, annullamento, nullità del matrimonio ovvero all'esito di procedimenti relativi ai figli nati fuori del matrimonio » (artt. 337 bis-337 octies c.c., introdotti dall'art. 55 d.lgs. 2013/154).

315 bis

Diritti e doveri del figlio. — *Il 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.

SOMMARIO

1. I diritti e doveri dei figli e la responsabilità genitoriale. — **2.** Il diritto al mantenimento. — **3.** Il diritto all'istruzione. — **4.** Il diritto all'educazione. — **5.** Il diritto a crescere in famiglia e a mantenere rapporti

con i parenti, il diritto all'assistenza morale. — 6. Il diritto di essere ascoltato. — 7. Uso dei mezzi di correzione. — 8. Violazione dei doveri dei genitori e responsabilità civile. — 9. I doveri del figlio.

1. I diritti e doveri dei figli e la responsabilità genitoriale. L'articolo in commento, introdotto dalla l. 10 dic. 2012/219, racchiude la disciplina dei diritti e dei doveri dei figli, oggi concepita in termini unitari, a prescindere dalla tipologia di unione che lega i genitori. Il diritto del figlio ad essere mantenuto, educato, istruito e assistito dai genitori — in precedenza contenuto nell'art. 147 c.c. per quanto riguardava i figli legittimi ed esteso ai figli naturali in virtù del rinvio dell'art. 261 c.c. — viene enunciato ora in termini generali dal nuovo art. 315-bis c.c. e ribadito, con riferimento ai figli delle coppie coniugate, nel nuovo testo dell'art. 147 c.c., mentre l'art. 261 c.c., che richiamava la norma per i figli allora naturali risulta oggi abrogato (sul punto, cfr. VELLETTI 2014, 8; BASINI, 2016, 4045; SESTA-ARCIERI 2016, 85). È stato opportunamente rilevato che nel nuovo art. 315-bis c.c. la « graduatoria ascendente di valori » enunciata dall'art. 30 Cost., e recepita nel testo dell'art. 147 introdotto dalla riforma del 1975, secondo cui il diritto ad essere educato precede quello ad essere istruito è stata inspiegabilmente invertita (SESTA 2013b, 236). Rispetto al tenore della disposizione contenuta in precedenza nell'art. 147 c.c. si riscontrano altre significative innovazioni: anzitutto viene riconosciuto il diritto del figlio all'assistenza morale (SESTA-ARCIERI 2016, 97); quindi viene sancito il diritto di crescere in famiglia e di mantenere rapporti significativi con i parenti; infine viene ribadito il diritto del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici, e anche di età inferiore se capace di discernimento, ad essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano. All'ultimo comma dell'art. 315-bis c.c. compare il dovere del figlio di rispettare i genitori e di contribuire, in relazione alle proprie capacità, alle proprie sostanze e al proprio reddito, al mantenimento della famiglia, finché convive con essa. Comparando il testo dell'art. 315-bis c.c. con quello previgente dell'art. 315 c.c., nel quale erano enunciati solamente i doveri del figlio, poiché quelli dei genitori erano dettati all'art. 147 c.c., risulta chiaro come l'intervento del legislatore nel 2012 abbia rovesciato la tradizionale prospettiva, che disciplinava la relazione genitori-figli valorizzando la posizione degli adulti, nel segno della potestà e della soggezione, e il profilo dei doveri rispetto a quello dei diritti. Per comprendere fino in fondo l'evoluzione della disciplina giuridica del rapporto di filiazione, è utile rammentare che, secondo il tenore originario del codice del 1942, i genitori erano tenuti a conformare la personalità del figlio ad un modello morale oggettivo e socialmente accettato: di qui i poteri loro attribuiti e lo stato di soggezione in cui versava il figlio, tenuto ad adeguarsi ai comandi genitoriali, anzi paterni, stante che, fino al 1975, l'esercizio della patria potestà era riservato al padre. Peraltro la componente potestativa nel rapporto genitori-figli, pur mantenuta in sede di riforma del diritto di famiglia, era stata notevolmente ridimensionata, essendo stata prevista la necessità che il potere di genitori tenesse conto delle capacità, delle inclinazioni naturali e delle aspirazioni dei figli. **1.2.** Oggi appare chiaro come il rapporto genitori-figli ponga in evidenza il profilo dei diritti dei figli e, nel contempo, configuri la responsabilità

genitoriale non più come prerogativa sulla persona ad essa sottoposta, bensì quale strumento funzionale al soddisfacimento dei diritti del figlio e, al tempo stesso alla compiuta attuazione dei doveri genitoriali. In questa prospettiva, la potestà si dissolve nella responsabilità dei genitori nei riguardi dei figli, essendo essi tenuti all'attuazione dei diritti enunciati nell'art. 315-bis c.c., mantenendo ed istruendo il figlio, proteggendolo sostenendolo nel suo itinerario formativo, promuovendone il benessere psicofisico ed una progressiva acquisizione dell'autonomia. È significativo che nell'attuale formulazione dell'art. 316 c.c. il riferimento alla potestà genitoriale è sostituito da quello alla responsabilità genitoriale, testimoniando la scelta di valorizzare il profilo dell'assunzione di responsabilità da parte dei genitori nei confronti del figlio. **1.3.** Col richiamare, all'art. 315-bis c.c., il rispetto delle capacità, inclinazioni naturali aspirazioni del minore — in una parola, la sua specifica e irripetibile personalità soggettività — e con l'abbandonare il riferimento a parametri oggettivi estrinseci — i principi della morale cui si riferiva il codice del 1942 —, il legislatore assegna ai genitori il compito di seguire il figlio affinché egli dia forma alla propria struttura personale, e non più quello di uniformarne la personalità — dall'alto di un'autorità onnipotente — ad astratti modelli comportamentali, più o meno generalmente condivisi (SESTA-ARCERI 2016, 97; BIANCA C.M. 2014, 331; PARADISO 2012, 301; MORO 2014, 414; RUSCELLO 2006, 41; PERLINGIERI 2006, 944; ZATTI 1980, 189; STANZIONE 1983, 1145; BESSONE-ALPA-D'ANGELO-FERRANDO-SPALLAROSSA 2002, 118). Tale finalità pare altresì enfatizzata dalle modifiche terminologiche apportate alla norma, laddove si impone ai genitori non già soltanto di « tener conto » della personalità del minore, bensì di « rispettare » capacità, inclinazioni e aspirazioni della prole: il che può essere considerato come un'ulteriore affermazione della scelta legislativa già adottata nel '75 ed oggi portata ad ulteriore compimento, nel senso della collocazione del minore al centro dell'intera disciplina dei compiti genitoriali. Nella medesima direzione di valorizzazione della personalità del figlio, si colloca il diritto che gli è stato riconosciuto dall'art. 315-bis, se ultradodicesenne, ovvero anche di età inferiore se capace di adeguato discernimento, di essere ascoltato nelle decisioni e nelle procedure che lo riguardano, così indicando ai genitori un criterio pedagogico, cui essi devono attenersi nella relazione educativa con il figlio, basato sul dialogo e sulla persuasione e diretto a valorizzare al massimo la persona (SESTA-ARCERI 2016, 122; DANOVÌ 2015, 482).

2. Il diritto al mantenimento. 2.1. Il diritto del figlio ad essere mantenuto, che rappresenta, in base alla formula dell'art. 30 Cost., il primo dovere dei genitori, costituisce **il risvolto patrimoniale del più generale obbligo di cura del minore** e si traduce nel sostenere le spese relative ad ogni necessità del figlio. L'obbligo grava su ciascun genitore, chiamato a contribuire **in proporzione alle proprie sostanze** (SESTA-ARCERI 2016, 97, in part. 100; ACHILLE 2014, 355; SESTA 2013a, 260; CC 9 giu. 2015/11882, *De Jure Giuffrè*) **e alla propria capacità di lavoro, professionale o casalingo**, che porterà, in quest'ultimo caso, ad un soddisfacimento diretto dei bisogni del minore attraverso la predisposizione di un

ambiente idoneo alla sua crescita (v. *sub* art. 316-*bis* c.c.). In particolare, si ritiene che detto obbligo non possa esaurirsi nelle cure prestate al figlio nella normale convivenza, ma riguardi anche la sfera della vita di relazione e le esigenze di sviluppo della personalità. **2.2.** L'obbligo in esame **si differenzia da quello alimentare** sotto vari aspetti: 1) la prestazione dovuta a titolo di mantenimento ha un contenuto più esteso non essendo limitata al soddisfacimento dei bisogni elementari di vita, ma comprende anche ogni altra spesa necessaria per arricchire la personalità del beneficiario; 2) il mantenimento non è subordinato allo stato di bisogno del beneficiario e discende automaticamente dalla posizione del singolo all'interno della famiglia, a prescindere da qualunque altro presupposto; 3) l'onere, per esserne esonerato, deve dimostrare, oltre alla mancanza di mezzi, anche l'incolpevole impossibilità di procurarseli (DOGLIOTTI 1994, 37; PATRONE 1996, 68; VILLA 2007, 317; TRABUCCHI 1992b, 577; BASINI, 2016, 4048). **2.3.** È evidente, da quanto detto, che risulta pressoché impossibile indicare parametri rigidi ed assoluti nella determinazione del contenuto dell'obbligo e del *quantum* concretamente dovuto, giacché occorre tener conto, oltre che delle oggettive condizioni economiche dei genitori, anche delle scelte soggettive relative al tenore di vita della famiglia (in proposito, T Napoli 18 feb. 1981, GM, 1982, I, 53, afferma che non è ipotizzabile che i genitori mantengano un tenore di vita complessivo superiore rispetto a quello goduto dai figli; in dottrina cfr. VILLA 2007, 317; BIANCA C.M. 2014, 332). In altri termini, **il mantenimento va in concreto determinato in relazione alle caratteristiche degli obbligati e dei beneficiari**. Si è parlato (PALAZZO 2013, 678), al riguardo, di « principio di adattabilità » del mantenimento alla situazione del figlio, sì che possono venire in considerazione anche bisogni particolari nonché peculiari modalità di adempimento dell'obbligo, che non necessariamente va soddisfatto in via diretta, potendo consistere nel mettere a disposizione del figlio una somma di denaro; ciò che di norma accade in caso di figlio maggiorenne non indipendente economicamente (cfr. PALAZZO 2013, 681; SESTA-ARCIERI, 2016, 100) (v. *infra*, 337 *septies* c.c.), si è sottolineato come il carattere non soltanto patrimoniale dell'obbligo dei genitori abbia diverse conseguenze sulle modalità di adempimento, per cui il mantenimento può attuarsi mediante il sostenimento diretto di una spesa, attraverso lo svolgimento di un'attività in favore del figlio, o nel mettergli a disposizione un bene o una somma di denaro. In ogni caso sono da escludere le donazioni e gli altri atti di liberalità diversi dalla donazione, che non hanno una funzione solutoria; egualmente è a dirsi delle utilità derivanti al figlio da rapporti contrattuali con i genitori. In ogni caso, in base al dovere di collaborazione del figlio di cui all'art. 315-*bis*, c. ult., c.c., il mantenimento andrà commisurato alle condizioni economiche dello stesso. **2.4.** Come già accennato, si ritiene comunemente che il diritto del figlio al mantenimento si traduca nel corrispettivo obbligo dei genitori **indipendentemente dall'attribuzione formale della responsabilità genitoriale** ed anche, visto l'art. 279 c.c., dall'accertamento dello *status* di filiazione (v. *sub* art. 279 c.c.; cfr. ANGELI 2003, 868; SESTA-ARCIERI 2016, 101; COSSU 1996, 120; VILLA 2007, 316; DOGLIOTTI 2007, 176 e 184; NATUCCI 1980, 381, il quale, da un lato, collega l'obbligo di mantenimento alla funzione educativa e, dall'altro, fa rimarcare che l'art. 30, c. 1, Cost. comporta

l'autonomia della funzione educativa rispetto alla situazione di potestà di cui i genitori siano eventualmente investiti (sui riflessi patrimoniali della qualificazione del dovere di mantenimento in termini di dovere scaturente dalla filiazione, v. *sub art. 316-bis*, § 1.3). A conferma di ciò si richiama il disposto dell'art. 316-*bis* c.c. (v. *sub art. 316-bis* c.c.), che impone agli ascendenti di fornire ai genitori indigenti i mezzi necessari per l'adempimento dei loro doveri nei confronti dei figli, facendosi rilevare che gli ascendenti, pur essendo obbligati, non hanno la responsabilità genitoriale; in contrario, potrebbe però farsi valere il fatto che la prestazione degli ascendenti è indirizzata nei confronti dei genitori e non direttamente del figlio. In questo senso l'analisi della casistica giurisprudenziale conferma che l'obbligo dei genitori di mantenere i figli sussiste per il solo fatto di averli generati (in tal senso CC 28 giu. 1994/6215, FD, 1995, 620, secondo cui il contenuto dell'obbligo di mantenimento si configura come effetto immediato del rapporto di filiazione che prescinde dalla titolarità della responsabilità genitoriale e ha **radici nell'affermazione di responsabilità per il solo fatto della procreazione** secondo il disposto dell'art. 30, c. 1, Cost.; cfr. anche CC 14 ago. 1998/8042, FD, 1999, 271, nt. AMADIO; CC 2 feb. 2006/2328, GI, 2007, 5, 1138; CC 11 lug. 2006/15756, GCM, 2006; CC 3 nov. 2006/23596, GCM, 2006, 11, che ricollega al fatto della nascita il sorgere del diritto del figlio naturale ad essere mantenuto, istruito ed educato da parte di entrambi i genitori). Il principio è stato ribadito anche con riguardo ai genitori adottivi da una decisione di legittimità (CC 11 nov. 2010/22909, GC, 2011, I, 72) nella quale è stato chiarito che il provvedimento del tribunale per i minorenni di sospensione dalla responsabilità genitoriale non esonera i genitori adottivi dagli oneri economici, derivanti dall'obbligo di mantenimento del minore su di essi gravante, cui sono tenuti in forza del combinato disposto dell'art. 147 c.c. (ora art. 315-*bis* c.c.) e dell'art. 48 l. 4 mag. 1983/184, a prescindere dall'esercizio della responsabilità genitoriale, tant'è che tale obbligo permane, a talune condizioni, anche in caso di raggiungimento della maggiore età del figlio, derivandone che, in caso di allontanamento del minore adottato dal nucleo familiare e di suo collocamento in una casa famiglia, le spese di ricovero rimangono a carico dei genitori adottivi, nei cui confronti il comune, che le abbia anticipate, può rivalersi, salvo che essi alleghino e dimostrino lo stato d'indigenza. Sempre in questo senso una decisione di merito successiva (T Napoli 1 giu. 2012, GD, 2012, n. 38, 82), ha stabilito che l'obbligo che incombe sul genitore di contribuire al mantenimento del figlio è connesso all'evento naturale della nascita e cessa soltanto quando costui sia in grado di provvedere da solo alle sue esigenze, essendo indipendente non solo dalla convivenza del genitore obbligato con il figlio, ma anche dall'esercizio della responsabilità genitoriale; infatti, il provvedimento di decadenza da tale responsabilità fa venir meno i doveri che non siano incompatibili con le ragioni che hanno determinato il provvedimento, per cui permangono in capo al genitore decaduto i doveri di natura economica e quelli d'istruzione ed educazione. Questo principio è stato ulteriormente ribadito laddove si è chiarito che "la sentenza dichiarativa della filiazione naturale produce gli effetti del riconoscimento comportando per il genitore, ai sensi dell'art. 261 c.c., tutti i doveri propri della procreazione legittima, incluso quello del mantenimento ai sensi dell'art. 148 c.c.". L'obbligazione di

mantenimento, infatti « trova la sua ragione giustificatrice nello *status* di genitore, la cui efficacia retroattiva è datata al momento della nascita del figlio ed anzi l'obbligo dei genitori di mantenere i figli (artt. 147 e 148 c.c.) sussiste per il solo fatto di averli generati e prescinde da qualsiasi domanda » (T Cassino 15 giu. 2016, *De Jure Giuffrè*). In senso speculare è stato stabilito che il passaggio in giudicato della sentenza che accerta l'inesistenza del rapporto biologico di filiazione ha effetto retroattivo: ad esso infatti consegue il venir meno originario del presupposto su cui si fondava il diritto al mantenimento del figlio riconosciuto (CC 24 nov. 2015/23973).

2.5. Il diritto dei figli di essere mantenuti dai genitori non viene meno con la maggiore età, ma perdura fino a che i figli non siano divenuti economicamente autosufficienti o, in alternativa, quando questa indipendenza economica non sia stata conseguita per una colpevole inerzia degli stessi; ciò, come accennato, conforta la tesi per cui i doveri genitoriali sono indipendenti dalla titolarità o dal concreto esercizio della responsabilità genitoriale. Tale assunto non trova ostacoli nell'attuale tenore dell'art. 315-bis c.c. laddove è venuto meno il limite temporale dei doveri dei genitori nel compimento della maggiore età del figlio e, per altro verso, incontra un positivo riscontro nella norma contenuta nell'art. 337-septies, c. 1, c.c., il quale riconosce nell'ambito della disciplina della crisi coniugale (*rectius*, della coppia genitoriale) il diritto del figlio maggiorenne economicamente non autosufficiente ad essere mantenuto dai genitori. Sempre dalle norme in materia di affidamento dei figli a seguito della disgregazione della coppia genitoriale si desume un ulteriore ampliamento dei diritti dei figli maggiorenni nei confronti dei genitori, laddove è prevista l'estensione delle norme di cui agli artt. 337-bis ss. c.c. ai figli maggiorenni portatori di handicap grave (v. *sub* art. 337-quinquies, c. 2, c.c.). In tal caso, infatti, la tutela è più ampia sia sotto il profilo temporale — estendendosi tendenzialmente per tutta la vita del figlio — sia sotto il profilo qualitativo — dato che oltre al mantenimento il figlio affetto da handicap ha diritto di ricevere dai genitori anche cura ed assistenza (SESTA-ARCERI 2016, 102). Se ciò è garantito nella fase patologica del rapporto, non può che ritenersi che **anche nella fase fisiologica della vita familiare, i doveri genitoriali di cui all'art. in commento impongano ai genitori di figlio affetto da handicap grave un preciso obbligo di cura e di accudimento di durata tendenzialmente permanente.**

3. Il diritto all'istruzione. 3.1. Come si è avvertito (v. *supra*, § 1.1), il testo del nuovo art. 315-bis c.c. premette al diritto all'istruzione il diritto all'educazione. Tale scelta desta perplessità, in quanto fu il costituente a dettare la « gerarchia » dei doveri-diritti dei genitori, ponendo in rilievo la funzione di promozione della personalità del figlio che doveva assegnarsi alla responsabilità esercitata dal genitore sullo stesso. In linea con detta scelta, l'analisi dei diritti del figlio si evolverà secondo l'ordine di cui all'art. 30 Cost. La trattazione del dovere di istruzione e del dovere di educazione è solitamente congiunta (RESCIGNO 1980, VII; SESTA-ARCERI 2016, 97), in quanto si tratta di attività strettamente legate ed ispirate agli stessi principi. Tuttavia, una disciplina più particolareggiata è prevista

per l'istruzione, per la particolare funzione svolta dallo Stato e da soggetti pubblici e privati in questo campo. Con il che l'educazione viene ad assumere una portata più generale, coinvolgendo ogni attività necessaria allo sviluppo del minore, e non soltanto l'istruzione scolastica. **3.2.** La Costituzione riconosce e tutela **un diritto all'istruzione non soltanto in relazione al rapporto tra genitori e figli** (art. 30, c. 1, Cost.), **ma anche con riguardo a quello tra minore e istituzioni esterne alla famiglia**, là dove prevede come obbligatoria e gratuita l'istruzione inferiore e rende effettiva la prosecuzione degli studi superiori « con borse di studio, assegni alle famiglie ed altre provvidenze » (art. 34 Cost.); si tratterebbe, pertanto, di una medesima funzione attribuita a soggetti diversi e realizzata con strumenti diversificati. All'interno della famiglia, i figli devono essere istruiti nelle forme e nei limiti connotati alle possibilità dei genitori, e, nello stesso tempo, deve essere consentito loro di esercitare il proprio diritto all'istruzione in una sede diversa da quella familiare. Allo Stato spetta il dovere di predisporre le strutture attraverso le quali i genitori possano adempiere al compito loro affidato, senza che, peraltro, si possa configurare una sostituzione a questi ultimi nella guida all'insegnamento: in tal modo si realizza una sorta di rapporto di strumentalità tra l'art. 34 e l'art. 30 Cost. (COSSU 1996, 121; VILLA 2007, 315). Considerando che responsabili dell'obbligo scolastico sono, da una parte, lo Stato e, dall'altra, i genitori, si deduce che in questo ambito si realizza una **coesistenza di doveri e responsabilità e quindi una necessaria collaborazione tra diversi soggetti**, e, in senso ampio, **tra pubblico e privato**. Più specificatamente, agli organi scolastici e agli enti locali viene attribuita, da un lato, la funzione di predisporre le strutture affinché sia a tutti consentita una regolare frequenza della scuola dell'obbligo, dall'altro, quella di vigilare al fine dell'individuazione della dispersione scolastica. **3.3.** Per quanto attiene ai genitori, occorre evidenziare come la responsabilità per l'istruzione dei figli fino ai quattordici anni venga sanzionata dall'art. 731 c.p., che punisce chiunque, rivestito di autorità o incaricato della vigilanza sopra un minore, ometta senza giusto motivo di impartirgli o di fargli impartire l'istruzione elementare (da estendersi anche a quella media alla luce dell'art. 34 Cost.; cfr. MORO 2014, 414; SESTA-ARCERI 2016, 109; CC 17 feb. 1988, R PEN, 1989, 199; *contra*, CP 18 set. 2013/42463, FD, 2013, 1139, secondo cui « l'art. 731 c.p. prevede esclusivamente l'obbligo dei genitori di far impartire ai figli minori l'istruzione elementare, mentre analogo obbligo non è stato imposto dalla l. 28 marzo 2003/53, che è diretta esclusivamente a garantire ai minori la fruizione dell'istruzione scolastica fino al compimento del diciottesimo anno di età ovvero al conseguimento di una qualifica e per almeno dodici anni »; analogamente, CP 12 apr. 2012/18927, DG, 2012, 18 mag., nt. GASPARRE). **3.4.** I genitori devono consentire l'esercizio di un tal diritto tenendo in considerazione **le inclinazioni e le aspirazioni del figlio**, sì che l'intero percorso formativo sia ispirato alla crescita e alla valorizzazione della persona umana. Comunemente, ai genitori è attribuita la libertà di scelta del tipo di istruzione, « sia per ciò che attiene alla scelta della scuola, statale o non statale, sia per ciò che riguarda l'ordine, cioè l'articolazione scolastica orizzontale (indirizzo classico, scientifico, tecnico ecc.) » (RUSCELLO 2007, 117; SESTA-ARCERI 2016, 112). Tuttavia, decisiva, al riguardo, sarà **la capacità di discernimento del minore**, al quale, se capace di scelte libere e

coscienti, non può essere negato il diritto di scegliere un certo indirizzo educativo piuttosto che un altro (PARADISO 2012, 319, che rileva come i genitori potranno pretendere esclusivamente la frequenza della scuola dell'obbligo, ma la scelta del ciclo di studi competerà al figlio). A tal fine, nella scelta del tipo di scuola, anche di quella dell'obbligo, si è ritenuto non secondario l'ascolto del minore e delle sue aspettative (PALAZZO 2013, 636); ciò del resto appare pienamente coerente con il disposto dell'attuale art. 315-bis, che valorizza il diritto del figlio minore ultradodicesimo o anche di età inferiore, se dotato di capacità di discernimento, di essere ascoltato in tutte le questioni le procedure che non riguardano (BALLARANI 2014, 129; SESTA-ARCERI 2016, 122; SESTA 2013a, 268; DANOVÌ, 2015, 482 in part. 492 ss).

3.5. Come già osservato a proposito dell'obbligo di mantenimento, **il diritto del figlio ad essere istruito si costituisce con la sua stessa nascita** e, come tale, va ascritto fra i doveri derivanti dal fatto della procreazione (in argomento, cfr. RUSCELLO 2007, 113). Peraltro — in linea con il perdurare dell'obbligo di mantenimento oltre la maggiore età del figlio non autosufficiente economicamente (v. *supra*, § 2.5.) —, non cessa necessariamente con il compimento della maggiore età da parte del figlio (cfr. CC 2002/4765, che afferma che se la prole ambisce ad una istruzione superiore, l'obbligo di mantenimento si protrae fino alla conclusione del ciclo di studi prescelto e qualora le condizioni economiche della famiglia lo consentano finché non venga conseguita un'occupazione in linea con le aspirazioni dei figli e con il percorso formativo ultimato; CC 9 mag. 2013/11020, DG, 9 maggio 2013; CC 8 ago. 2013/18974, DG, 30 ottobre 2013).

4. Il diritto all'educazione. **4.1.** Decisamente più complessa e articolata è l'analisi relativa al diritto del minore di essere educato e del correlato dovere di educazione in capo ai genitori, trattandosi di un concetto difficilmente definibile e dal contenuto strettamente connesso all'evoluzione degli studi sociali, pedagogici e della società in generale. L'art. 147 c.c., introdotto dalla riforma del 1975, aveva già segnato il passaggio da un tipo di programma educativo uniformato a non ben definiti principi morali provenienti dall'esterno della famiglia a un diverso modello che, al contrario, privilegiava il soggetto nei cui confronti deve essere realizzata la funzione educativa, obbligando i genitori « a tener conto delle capacità, dell'inclinazione e delle aspirazioni dei figli ». **4.2.** La norma, pur essendo significativa in quanto ispirata ad una visione non più autoritaria della famiglia ma dominata dalla preminenza dell'interesse del minore — non più oggetto, ma soggetto di un rapporto educativo in cui è parte attiva —, non fornisce indicazioni di sorta circa il contenuto del dovere di educazione e nulla prescrive in ordine agli insegnamenti da impartire e in merito ai limiti cui attenersi nell'esercizio della funzione educativa. In tal senso l'unico limite desumibile dall'art. 315-bis c.c. è che la discrezionalità dei genitori sia mantenuta il più possibile fedele alle **aspirazioni e valutazioni dei figli** (in questo senso così, già sotto il vigore della normativa previgente, VILLA 2007, 311; cfr. anche PARADISO 2007, 324, che parla di « educazione partecipata »; queste osservazioni appaiono oggi ulteriormente suffragate ove si consideri l'intervenuta valorizzazione, nel nuovo art. 315-bis c.c., del diritto

del minore ad essere ascoltato con riferimento ad ogni questione che lo riguardi). Neppure nella **Costituzione** è dato esplicitamente rinvenire i principi che debbono ispirare l'educazione della prole, mentre risulta soltanto che il compito educativo appartiene alla famiglia, alla quale deve essere riconosciuta piena libertà nella scelta dei criteri e dei mezzi educativi ritenuti più idonei; del resto depone in tal senso l'art. 30 Cost., che, riconoscendo il diritto dei genitori ad educare i figli, « rende illecita ogni imposizione di contenuti e metodi provenienti dall'esterno »; ed anche, a livello di legge ordinaria, l'art. 1, c. 1, della legge sull'adozione — l. 4 mag. 1983/184 —, ove sancisce espressamente « il principio dell'autonomia educativa, considerandola nella prospettiva del diritto del figlio ad essere educato all'interno della propria famiglia, e, dunque, al riparo da interventi di terzi » (così VILLA 2007, 311; SESTA-ARCIERI 2016, 112). Ciò nondimeno, sarebbe inammissibile e irragionevole negare l'esistenza di ogni limite esterno alla libertà educativa. **4.3.** Un primo **limite** è stato, allora, individuato **nei principi fondamentali dell'ordinamento** quali risultano dalle disposizioni costituzionali e dalle norme penali, da cui è dato evincere una sorta di minimo etico imprescindibile per una convivenza civile. Sarebbe, infatti, contraddittorio ritenere che l'azione pedagogica possa lecitamente indirizzarsi contro i valori su cui si fonda l'ordinamento che regge la società di cui il minore è parte integrante (PARADISO 2012, 289 ss.; VILLA 2007, 312; BUCCIANTE 1997, 545; BESSONE 1976, 101). **4.4.** Ancora. Il problema del rapporto fra il minore e la famiglia, in particolare nello svolgimento della funzione educativa, trova soluzione partendo dal concetto di persona, quale premessa ed obiettivo della disciplina costituzionale: poiché il principio costituzionale di uguaglianza non tollera ripartizioni delle persone in classi di età, ne consegue che avere minore età non significa aver minor valore rispetto agli adulti (STANZIONE 1975, 332). Sulla base di queste preliminari osservazioni, altra norma che deve essere considerata è quella dell'art. 2 Cost., nel quale viene evidenziato il rapporto fra **garanzia della persona** e comunità, prima fra tutte la famiglia, nella quale essa svolge la propria personalità; tale comunità adempie, così, la sua funzione, e quindi anche quella educativa, se ed in quanto contribuisca al potenziamento della persona, evidenziandosi in tal modo **la posizione attiva del figlio che si pone come soggetto partecipe nella realizzazione del rapporto educativo, in quanto finalizzato all'esplicazione della sua personalità** (BESSONE 1975, I, 345). La titolarità del diritto di libertà di cui il minore è portatore in quanto persona comporta la necessità che l'eventuale conflitto fra tale libertà e l'autorità dei genitori sia risolto rendendolo compatibile, da un lato, con i diritti primari del minore, dall'altro, con il principio di unità della famiglia (SESTA-ARCIERI 2016, 114 ss.; GIACOBBE 1982, 705). **4.5.** In conclusione, occorre ribadire che, se il legislatore costituzionale, riconosciuta l'autonomia della famiglia, si è astenuto dall'indicare i fini verso i quali l'educazione del minore deve tendere, cionondimeno ha fatto salvi i **diritti di libertà** (religiosa, ideologica, sociale, sessuale) del minore, in modo tale da coordinare con essi il potere-dovere dei genitori; giustamente, quindi, si è identificato il punto di equilibrio fra queste opposte esigenze nella **capacità di discernimento del minore**, intesa come gradualità dello sviluppo della persona, da valutarsi in concreto e in relazione alle singole situazioni (cfr. MORO 2014, 414;

sull'autonomia da riconoscere ai c.d. « grandi minori », v. anche FERRANDO 2007, 13; nel senso di una graduazione dell'autorità decisionale dei genitori in ragione del grado di maturità progressivamente raggiunto dai figli, cfr. PARADISO 2007, 325; RUSCELLO 2007, 107. Sulla scia di numerosi contributi dottrinali, osserva VILLA 2007, 314 s. che la sussistenza della capacità naturale « esclude l'intervento potestativo del genitore ed implica la sottrazione del figlio ad imposizioni autoritative, così che l'azione educativa possa dispiegarsi legittimamente solo attraverso la persuasione e il dialogo ». Le considerazioni relative alla valorizzazione dell'effettiva capacità di intendere e di volere del minore rivestono un'importanza ancor più accentuata laddove si consideri che, come più volte ricordato, il legislatore esprime oggi in termini espliciti il diritto di questo ad essere ascoltato e reso partecipe delle decisioni che lo interessano (art. 315-bis, c. 3, c.c.). Si può, così, configurare un ulteriore limite all'intervento educativo nella progressiva affermazione della personalità e delle convinzioni del figlio, potendo la funzione educativa subire delle modifiche nei riguardi di minori ormai maturi (PELOSI 1992, 173; VILLA 2007, 314, secondo il quale « il contenuto del dovere di educare si trasforma col progredire dell'età del figlio, perdendo via via i suoi aspetti autoritativi »).

4.6. Altro limite alla discrezionalità dei genitori va poi ravvisato nel **divieto di abusare delle proprie funzioni**, a pena di incorrere in una serie di conseguenze gravose che possono giungere sino alla decadenza dalla responsabilità genitoriale (v. *sub* art. 330 c.c.; cfr. VILLA 2007, 313, che mette in luce come il divieto di abuso, che investe tutti i rapporti correnti tra genitori e figli, assume aspetti caratteristici in relazione agli interventi correttivi e richiama all'uopo l'art. 571 c.p.; in generale, sul limite costituito dal divieto di abuso, TRABUCCHI 1992b, 618).

4.7. Sembra, quindi, possibile sintetizzare i criteri di esercizio della funzione educativa nei seguenti termini: *a)* rispetto della libertà ideologica e della particolare personalità di ciascun figlio, nei vari aspetti della sua capacità, inclinazione naturale, aspirazione; *b)* limite penalistico e limite desumibile dai principi fondamentali comunemente sentiti in ogni consorzio civile; *c)* limite previsto dagli artt. 330 e 333 c.c., e cioè la valutazione giudiziale del pregiudizio che al figlio può derivare dalla condotta del genitore (in questi termini SANTOSUOSSO 2011, 407 ss.).

4.8. Con specifico riferimento alla disciplina previgente, si era posto il problema di definire il rapporto tra dovere di educazione del figlio ed esercizio della responsabilità genitoriale. Da alcuni si riteneva che la funzione educativa fosse parte integrante della responsabilità genitoriale, mentre da altri si faceva rilevare che nell'ordinamento esistono ipotesi di scissione tra adempimento dei doveri di cui all'art. 147 c.c. e investitura formale nell'ufficio (v. *supra*, § 1.1; nel senso di un collegamento fra responsabilità genitoriale e funzione educativa, cfr. STANZIONE 1980, 455; PELOSI 1965, 26; GIORGIANNI 1992, 289; e, pur con l'avvertenza che « vi sono adempimenti, specie nell'ambito della cura della persona, che esulano dalla figura del potere e del suo esercizio », FERRI L. 1988, 2. Per un collegamento tra funzione educativa e procreazione, VILLA 2007, 302 ss.; BUSNELLI 1982, 54; DOGLIOTTI 1994, 54; DOGLIOTTI 2007, 185; BONILINI 2010; FINOCCHIARO A.-M. 1984, 378).

4.9. La giurisprudenza di merito ha da tempo riconosciuto un dovere dei genitori di **rispettare le scelte** dei figli, soprattutto con riferimento allo studio, alla formazione professio-

nale, all'impegno politico-sociale, alla fede religiosa; è quindi utile soffermarsi sulle **sentenze più significative**, che hanno permesso di raggiungere tale risultato. Già nel 1959, il Tribunale per i minorenni di Genova affermava che un giovane di diciassette anni fosse in grado di scegliere autonomamente il proprio credo religioso, senza che ai genitori fosse permesso usare mezzi coercitivi per adeguare la volontà del figlio alla propria (TM Genova 9 feb. 1959, G COST, 1959, 1278). In alcune decisioni del Tribunale per i minorenni di Bologna, emesse nel periodo immediatamente anteriore alla riforma, l'attenzione fu rivolta all'interesse del minore nei suoi rapporti con i genitori educatori (TM Bologna 13 mag. 1972, GI, 1974, I, 2, 329, nt. POGGI; TM Bologna 26 ott. 1973, D FAM, 1974, 1068; GM, 1976, I, 44, nt. DOGLIOTTI); in esse venne affermato che, alla luce del dettato costituzionale, la responsabilità genitoriale « non può comprendere il diritto di contrastare, anche mediante restrizioni personali, le scelte ideologico-culturali del figlio minore, ma deve essere esercitata nel **rispetto delle libertà fondamentali e dei diritti inviolabili dell'uomo** ». Queste decisioni segnarono l'avvio di un nuovo corso nell'approccio alla realtà minorile, fondato, da un lato, su una concezione della famiglia intesa come libera comunità di uguali, all'interno della quale arricchire la propria personalità; dall'altro, su una diversa considerazione del minore, quale soggetto titolare di diritti perfetti e autonomi. La giurisprudenza successiva ha quindi cercato di individuare i limiti entro i quali dovesse essere correttamente esercitata la potestà dei genitori, al fine non solo di garantire l'autonomia delle scelte del minore, ma anche di costituire attorno a quest'ultimo una struttura familiare aperta in vista di un armonico sviluppo della sua personalità. Nel contesto attuale, l'introduzione della nozione di responsabilità genitoriale, in luogo di quella di potestà genitoriale, pone in risalto il superiore interesse dei figli minori ai quali, per espressa previsione legislativa, viene riconosciuto il diritto ad essere partecipi delle decisioni che li riguardano e, in questo modo, porta a definitivo compimento il percorso avviato decenni or sono dalla giurisprudenza e dal legislatore (SESTA-ARCERI 2016, 114 ss.; BALLARANI, 2015, 129).

5. Il diritto a crescere in famiglia e a mantenere rapporti con i parenti, il diritto all'assistenza morale. 5.1. Il diritto del figlio al mantenimento ed il correlato obbligo in capo ai genitori si iscrivono nel più ampio catalogo dei diritti dei figli enunciato all'art. 315-bis c.c., oltreché, sotto il profilo dei doveri genitoriali, dal testo costituzionale, che comprende, accanto al diritto in esame, quelli all'istruzione e all'educazione. Significativamente, il legislatore della riforma ha anche inserito il diritto del figlio d'essere assistito moralmente dai genitori, ponendo in rilievo, accanto al dovere genitoriale di mantenere la prole, il profilo della cura dei figli. Invero, la nozione di « cura » del figlio, che ha portata assai ampia, simile all'assistenza morale sino ad ora espressamente contemplata solo con riferimento ai doveri coniugali (art. 143 c.c.), era già stata presa in considerazione dall'art. 155 c.c. riformato dalla l. 2006/54. Tuttavia, l'esplicita menzione, nell'art. 315-bis c.c., del diritto del figlio all'assistenza morale appare assai rilevante, posto che il vocabolo « cura » richiama l'interessamento sollecito e premuroso che spinge

a provvedere direttamente alle esigenze di una persona che ha, indubbiamente, un significato più ampio di quello di mantenimento, che si riferisce al sostentamento ed alla somministrazione dei mezzi necessari a soddisfare — anche solo in via indiretta — le normali esigenze di vita della persona. Secondo una lettura interpretativa autorevole, il diritto del figlio all'assistenza morale può essere osservato anche come il diritto « ad essere amato dai suoi genitori », in quanto assistere moralmente il figlio significa « averne cura amorevole » (SESTA-ARCERI 2016, 116; BIANCA C.M. 2014, 335, il quale aggiunge che « il diritto all'amore ha avuto il suo espresso riconoscimento legislativo nella disciplina dell'adozione, la quale esige l'idoneità affettiva di coloro che sono chiamati a sostituirsi ai genitori di sangue » (art. 6 l. 4 mag. 1983/184); sul punto, v. anche SPAZIANI 2014, 153; BASINI, 2016, 4060; CARRANO 2015, 45; SIRENA 2015, 119; SESTA 2013a, 266). L'apporto della novella è, dunque, assai pregnante, in quanto esplicita e conferisce rilievo giuridico generalizzato alla modalità naturalmente caratterizzante la relazione genitore-figlio, precedentemente rimasta fuori del mondo del diritto, che solo di recente era stata enunciata unicamente con riguardo alle modalità di adempimento dei doveri genitoriali a seguito della cessazione della vita di coppia. Identico rilievo assume l'esplicito riconoscimento del diritto del figlio a crescere nella famiglia, da intendersi quale diritto a compiere il percorso formativo educativo tracciato dalla disciplina di legge all'interno del proprio nucleo familiare, ossia nel contesto che l'ordinamento dimostra di ritenere tuttora prioritario per il pieno sviluppo della personalità del figlio (BALLARANI-SIRENA 2013, 534; SPANZIANI, 2015, 67). L'attribuzione di tale diritto si prospetta particolarmente complessa per il figlio concepito da persona coniugata convivente con *partner* diverso dal coniuge. Non è agevole stabilire cosa significhi in concreto, per costui, crescere nella famiglia, né a quale famiglia occorre riferirsi. Infatti, come anticipato, l'esigenza di **attribuire rilievo a relazioni affettive che si instaurino all'interno di un nucleo familiare tra un minore e il partner del genitore biologico** emerge sotto molteplici profili e si manifesta in modo sensibilmente differenziato in ragione della presenza di entrambi i genitori biologici o di uno soltanto di essi (SESTA-ARCERI 2016, 118). In altri termini, quindi, il generale problema del riconoscimento del ruolo del **genitore sociale** diviene un più specifico problema di riconoscimento del ruolo del **terzo genitore** in presenza di una coppia di genitori biologici nella quale nessuno dei due abbia in alcun modo abdicato al proprio ruolo (AL MUREDEN 2016a, 966; AL MUREDEN, 2016b, 1699; QUADRI, 2017, 566; DE CRISTOFARO, 2017, 119 ss, in part. 124). Gli interpreti hanno posto in luce anche importanti profili di violazione del diritto del figlio di crescere nella propria famiglia che si possono cogliere nella prospettiva dei **soggetti stranieri** che si trovino nel nostro Paese. In tal caso, infatti, viene in considerazione il diritto del figlio a non vedere separata la propria vita a quella del genitore. Tale diritto potrebbe risultare compromesso qualora il genitore sia assoggettato ad un **provvedimento di espulsione**. Con riferimento a questa fattispecie, la giurisprudenza di legittimità ha stabilito che il diritto del minore a vivere con il genitore non può limitare gli effetti del provvedimento di espulsione (BIANCA C.M. 2014, 338); pertanto l'unità della famiglia potrà essere mantenuta solo attraverso il trasferimento del minore stesso al di

fuori del nostro Paese (CC 17 set. 2001/11624, RDIPP, 2002, 418); in senso contrario, tuttavia, A Bari 31 dic. 2001, GM, 2002, 1079, ha disposto una limitazione del provvedimento di espulsione del genitore limitata dall'esigenza di non separarlo dal figlio situato in Italia. **5.2.** L'articolo in commento enuncia al c. 1 il diritto del figlio mantenere **rapporti significativi con i parenti**; questa previsione si collega strettamente a quella contenuta nel nuovo art. 317-bis c.c. (al cui commento si rinvia), che, introducendo una significativa innovazione rispetto al passato, attribuisce ai **nonni** il **diritto soggettivo a mantenere rapporti significativi con i nipoti minorenni** (BIANCA C.M. 2014, 336; BASINI, 2016, 4061; SESTA-ARCERI 2016, 119; SIRENA 2015, 125). **5.3.** Con specifico riferimento al diritto all'**assistenza morale**, esplicitamente riconosciuto dall'art. 315-bis c.c., è stato osservato che esso si risolve nell'obbligo per i genitori di un interessamento sollecito e premuroso nei riguardi del figlio nonché nell'attuazione delle sue esigenze. Tale obbligo si collega al diritto del figlio a crescere ed essere curato nell'ambito della propria famiglia, come affermato dall'art. 1 l. 1983/184, come modificata dalla l. 28 mar. 2001/49 (SPANZIANI, 2015, 67). Poiché, anche prima della riforma, era già dato rinvenire una serie di indici normativi utili a configurare un dovere di cura del figlio da parte dei genitori (v. *supra*, § 1.2), si può affermare che la norma in commento abbia semplicemente esplicitato un diritto già ricavabile per implicito dall'enunciazione contenuta nell'art. 30 Cost., facendone parte integrante della disciplina unitaria del rapporto genitori-figli. L'attenzione del legislatore al profilo della « assistenza morale » emerge anche nell'art. 337-ter c.c., nel quale è stato trasfuso il contenuto dell'art. 155 c.c., che già conteneva il riferimento al diritto del figlio di ricevere « cura ». Invero, è stato opportunamente messo in evidenza come l'art. 337-ter c.c. — che sancisce il diritto del figlio a **mantenere rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale**, anche nel caso in cui la coppia dei genitori non sia unita — risulti strettamente collegato al diritto alla assistenza morale, riconosciuto al figlio dall'art. 315-bis c.c.; diritto che egli vanta nei confronti della famiglia intesa in senso ampio e che, quindi, coinvolge in primo luogo i genitori, e, insieme ad essi, gli ascendenti e, più in generale, i parenti di ciascuno (BIANCA C.M. 2014, 336; BASINI 2016, 4060). **5.4.** Il nuovo art. 315-bis ha inserito, nel novero dei diritti del figlio nei confronti dei genitori, il **diritto a crescere nella propria famiglia** e il diritto a mantenere rapporti significativi con i parenti, esplicitando una tutela già ricavabile dall'adesione del nostro Paese alla Convenzione dell'ONU 20 novembre 1989 sui diritti del fanciullo (ratificata nel nostro ordinamento con l. 1991/176) nonché dalla Convenzione di Strasburgo del 25 gennaio 2003 (ratificata nel nostro ordinamento con l. 2003/77). Il diritto del figlio a crescere nella propria famiglia costituisce un diritto la cui tutela può essere vantata nei confronti di soggetti pubblici e privati. In particolare, nei riguardi dello Stato, esso si concreta nella pretesa di non essere assoggettati a provvedimenti di adozione, affidamento e allontanamento dal proprio nucleo familiare, se non nei casi espressamente previsti dalla legge (BIANCA C.M. 2014, 337). Una diversa ed ulteriore estrinsecazione del diritto del figlio a crescere nella propria famiglia può essere ravvisata nella titolarità di un diritto alla « solidarietà », ossia a reclamare un intervento dello Stato volto a rimuovere le difficoltà personali ed

economiche che impediscano il corretto svolgimento del diritto in questione (BIANCA C.M. 2014, 337). Con riguardo al diritto a crescere nella propria famiglia è stato evocato il collegamento con l'art. 1 l. 2001/149, evidenziando come la norma in parola si discosti, tuttavia, da detta fonte, oltre che per la collocazione sua propria e per il differente tenore letterale, soprattutto in ragione della portata applicativa ben più ampia, coinvolgendo non solo le fasi patologiche del rapporto tra *partner* o tra genitori e figli, bensì anche quelle fisiologiche. Più precisamente, è stato osservato che la norma in commento è destinata a spiegare « i suoi effetti ben oltre il quadro dell'adozione, investendo l'intero sistema dei rapporti di diritto di famiglia, essendo espressione precipua del diritto del minore alle relazioni familiari » (BALLARANI-SIRENA 2013, 534); in essa è stata vista una estrinsecazione del diritto alla bigenitorialità e della corresponsabilizzazione dei genitori per tutto quanto attiene la crescita del figlio. In definitiva, si è rilevato che è parso che le modificazioni indotte dalla riforma che ha sancito l'unicità dello stato di filiazione conducano a « ritenere che l'art. 315-bis c.c. comporti una riconsiderazione di ciascun istituto che preveda in chiave rimediale il distacco o l'allontanamento temporaneo o permanente del minore dal proprio nucleo familiare, dovendosi bilanciare ogni provvedimento con il diritto del minore a crescere in famiglia » (BALLARANI-SIRENA 2013, 540).

5.5. Anche con riguardo al diritto del figlio di mantenere rapporti significativi con i parenti, può osservarsi come il disposto dell'art. 315-bis c.c. si riferisce tanto all'ipotesi in cui il nucleo familiare sia unito tanto a quella caratterizzata dalla divisione della coppia genitoriale e, in ogni caso, miri a salvaguardare il diritto alla bigenitorialità anche laddove un genitore od entrambi frappongano ostacoli ai rapporti tra il figlio ed i parenti dell'uno o dell'altro ramo genitoriale (per la trattazione del diritto a mantenere rapporti con i parenti nell'ambito della crisi della coppia genitoriale, v. *sub* art. 337-ter c.c.). Il diritto del figlio a mantenere rapporti significativi con i parenti, in uno con il diritto riconosciuto a questi ultimi da parte dell'art. 317-bis c.c., rappresenta, da un lato, un riconoscimento delle relazioni parentali quale valore imprescindibile della persona (SESTA-ARCIERI 2016, 159), mentre impone, dall'altro, un obbligo in capo ai genitori di consentire l'esercizio effettivo di tale reciproco diritto, quale aspetto della propria responsabilità genitoriale. Del resto un'ulteriore conferma circa l'imprescindibile esigenza di salvaguardare nella massima misura possibile il rapporto tra i nipoti e gli ascendenti si riscontra anche nella giurisprudenza recente della Corte EDU che ha ravvisato una « violazione dell'art. 8 Cedu, sul diritto al rispetto della vita privata e familiare, da parte di uno Stato che non abbia adottato tutte le misure che si possano ragionevolmente esigere per mantenere il legame familiare tra nonni paterni e nipote nel caso di separazione legale fra i genitori con affidamento del minore alla famiglia materna » (Corte EDU 20 gen. 2015/107).

6. Il diritto di essere ascoltato. La previsione che riconosce in termini generali il diritto del figlio ad essere ascoltato nel caso in cui abbia compiuto i dodici anni e comunque in tutti i casi in cui disponga di una sufficiente capacità di discernimento appare particolarmente significativa in quanto attribuisce rilievo

alla necessità di rendere il minore partecipe delle decisioni che lo riguardano e completa il quadro in precedenza frammentario nel quale tale diritto veniva riconosciuto da singole specifiche disposizioni collocate nel codice civile e in altre leggi (BIANCA C.M. 2014, 338; BASINI 2016, 4065). Più in particolare, in dottrina si è rilevato come il riconoscimento del diritto del minore all'ascolto « in tutte le questioni e le procedure » che lo riguardano si traduca nel diritto di essere ascoltato anche in famiglia quando si tratta di questioni che lo interessano; cosicché l'ascolto diventa, nel contesto familiare, un modo in cui si realizza l'assistenza morale del figlio, la quale implica, infatti, il momento della comunicazione (BIANCA C.M. 2013c, 546; SESTA-ARCIERI 2016, 122). La giurisprudenza di legittimità ha chiarito che « l'art. 315-bis cod. civ., introdotto dalla legge 10 dicembre 2012, n. 219, prevede il diritto del minore che abbia compiuto gli anni dodici, e anche di età inferiore, ove capace di discernimento, di essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano, e quindi anche in quelle relative all'affidamento ai genitori, salvo che l'ascolto possa essere in contrasto con il suo "superiore interesse" » (CC 2 ago. 2013/18538 *De Jure Giuffrè*; in senso analogo CC 15 mag. 2013/11687 *De Jure Giuffrè* ha disposto che « l'audizione dei minori, già prevista nell'art. 12 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, è divenuta un adempimento necessario nelle procedure giudiziarie che li riguardino ed, in particolare, in quelle relative al loro affidamento ai genitori, ai sensi dell'art. 6 della convenzione di Strasburgo del 25 gennaio 1996, ratificata con la l. n. 77 del 2003, e dell'art. 155-sexies c.c., introdotto dalla l. n. 54 del 2006 »). Da ciò deriva il corollario per cui tale adempimento risulta necessario anche nei procedimenti di revisione delle condizioni di separazione dei coniugi; non è sufficiente, a tale scopo, che il minore sia stato interpellato o esaminato da soggetti (quali, ad esempio gli, assistenti sociali) le cui relazioni siano state successivamente acquisite al fascicolo processuale. Questo consolidato orientamento emerge anche in decisioni più recenti nelle quali ricorre l'assunto secondo cui « il giudice, salvo che espressamente motivi che l'ascolto del minore non corrisponda alle esigenze dello stesso, ha l'obbligo di sentire i minori in tutti i procedimenti che li concernono, al fine di raccogliergli le opinioni, le esigenze e la volontà e può, qualora particolari esigenze lo richiedano, assolvere detto obbligo anche attraverso delega specifica a soggetti terzi esperti » (CC 12 mag. 2016/9780; CC 29 set. 2015/19327 entrambe in *De Jure Giuffrè*). Ascoltare significa, in definitiva, rendere il figlio partecipe delle decisioni che lo riguardano, informandolo dei problemi e instaurando un dialogo con lui (BIANCA C.M. 2013c, 547; BALLARANI, *Il diritto all'ascolto*, cit., 2015, 129). I lavori preparatori della Novella del 2012/2013 (disegno di legge n. 3915, Camera dei deputati) evidenziano come l'introduzione del diritto del minore di essere ascoltato consegua alla necessità di adeguare l'ordinamento ai principi sanciti dalla Convenzione sui diritti del fanciullo di New York del 1989, resa esecutiva dalla l. 27 mag. 1991/176, che all'art. 12 impone agli Stati di garantire al fanciullo capace di discernimento il diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa e, conseguentemente, il diritto a che le sue opinioni siano debitamente prese in considerazione, tenendo conto della sua età e del suo grado di maturità. Ai sensi dell'art. 2 della Convenzione europea di Strasburgo 25

gen. 1996, resa esecutiva dalla l. 20 mar. 2003/77, il fanciullo capace di discernimento ha diritto di esprimere liberamente la propria opinione e, nello specifico, di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo concerne. La progressiva affermazione del diritto in parola nell'ordinamento italiano si è sostanziata nell'art. 6 l. 1970/898 che aveva previsto la facoltà del giudice, ove ritenuto strettamente necessario, di disporre l'ascolto del minore nell'ambito dei procedimenti di divorzio; successivamente, nell'art. 155-*sexies* (ora 337-*octies* c.c., introdotto dalla l. n. 54/2006), giusta il quale nell'ambito dei procedimenti separativi il giudice è tenuto a disporre l'ascolto del minore ultradodicesimo, e anche di età inferiore, ove capace di discernimento (BALLARANI, *Il diritto all'ascolto*, cit., 2015, 129; sul punto v. *sub* artt. 336-*bis* c.c. e 38-*bis* disp. att. c.c.).

7. Uso dei mezzi di correzione. Il tema dell'**illiceità dell'uso della violenza** impone di richiamarsi all'elaborazione giurisprudenziale relativa alla problematica dell'uso di mezzi di correzione nell'esercizio dell'attività educativa. Nel contesto precedente la riforma attuata dalla l. 10 dic. 2012/219, la Corte di cassazione ha stabilito che le norme del codice penale che disciplinano l'abuso dei mezzi di correzione (v. *sub* artt. 571 e 572 c.p.) vanno interpretate alla luce dalla Costituzione e del vigente art. 147 c.c., tenuto anche conto di quanto stabilito dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo (New York, 1989), resa esecutiva in Italia con l. 1991/176, e dalla Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli (Strasburgo 1996), resa esecutiva in Italia con l. 2003/77. Ne deriva che, secondo la Suprema Corte, « il termine “correzione” va assunto come sinonimo di educazione, con riferimento ai connotati intrinsecamente conformativi propri di ogni processo educativo. In ogni caso, quale che sia il significato da attribuire a tale termine nei rapporti familiari e pedagogici, non può più ritenersi lecito l'uso della violenza finalizzato a scopi educativi. Ciò sia per il primato che l'ordinamento attribuisce alla dignità della persona, anche del “minore”, oramai soggetto titolare di diritti e non più, come in passato, semplice oggetto di protezione (se non addirittura di disposizione) da parte degli adulti; sia perché non può perseguirsi, quale meta educativa, un risultato di armonico sviluppo della personalità sensibile ai valori di pace, di tolleranza, di convivenza, utilizzando un mezzo violento che tali fini contraddice » (CP 18 mar. 1996/4904, D FAM, 1997, 509, nt. BONAMORE; FD, 1996, 324, nt. PITTARO; GD, 1996, n. 23, 84, nt. A. FINOCCHIARO).

8. Violazione dei doveri dei genitori e responsabilità civile. La violazione dei doveri che ciascun genitore ha nei confronti dei figli può dar luogo a varie conseguenze, quali la limitazione o la decadenza dalla responsabilità genitoriale *ex* artt. 333 e 330 c.c. (v. *sub* artt. 330 ss. c.c.), nonché, nei casi più gravi, ove sussista una totale mancanza di assistenza materiale e morale, la dichiarazione di adottabilità (sul punto, cfr. DOGLIOTTI 2007, 185). Oltre ai rimedi tipicamente giusfamiliari, l'inosservanza degli obblighi può far sorgere una **responsabilità extracontrattuale** ed il conseguente obbligo di risarcire il danno cagionato alla prole (v. *sub* c. 11) (FACCI 2008a, 83 e 114; FACCI 2008b, 204; FACCI 2009; FAVILLI

2016, 56). Ha destato clamore, quasi diciotto anni or sono, una pronuncia della S.C. (CC 7 giu. 2000/7713, FD, 2001, 159, nt. DOGLIOTTI; CG, 2000, 873, nt. DE MARZO ha stabilito la responsabilità del padre al risarcimento del danno non patrimoniale per aver corrisposto con molto ritardo, a causa di un **prolungato ed ostinato rifiuto, i mezzi di sussistenza al figlio minore**. Nel caso di specie, non è stato risarcito il danno morale da reato, in quanto il padre era stato assolto in sede penale dal reato di cui all'art. 570 c.p., essendosi accertato che aveva corrisposto, seppur in ritardo, tutto quanto da lui dovuto a titolo di mantenimento o di concorso nel mantenimento nei confronti del minore. Nondimeno, i giudici civili hanno ravvisato la lesione di fondamentali diritti della persona, in particolare inerenti alla qualità di figlio e di minore. La violazione di siffatti diritti, collocati al vertice della gerarchia di quelli costituzionalmente garantiti, deve essere risarcita, secondo la S.C., quale **lesione in sé, indipendentemente dai profili patrimoniali e dalla perdita determinata**; tale pregiudizio fu qualificato come « **danno esistenziale** », risarcibile secondo la regola di responsabilità contenuta nell'art. 2043 c.c. in combinato disposto con l'art. 2 Cost. In questo modo, pertanto, non è la semplice violazione del dovere genitoriale a rappresentare il danno ingiusto, bensì la lesione di un interesse ulteriore, ravvisato, nel caso di specie, nella violazione di diritti fondamentali della persona, inerenti, in particolare, alla qualità di figlio e di minore (per una più esplicita affermazione della responsabilità extracontrattuale in caso di violazione dei doveri nascenti dal matrimonio, ma con specifico riferimento ai rapporti c.d. « orizzontali » fra coniugi, cfr. CC 10 mag. 2005/9801, FD, 2005, 365, nt. SESTA). Una simile impostazione ha trovato seguito nella successiva giurisprudenza di merito (T Venezia 30 giu. 2004, FD, 2005, 304, nt. FACCI; D R, 2005, 548, nt. DE STEFANIS; GI, 2005, 1630, nt. PORRECA), la quale ha affermato la responsabilità di un padre che si era completamente disinteressato della propria figlia non matrimoniale, ignorandone volutamente la nascita, le sorti, la vita, le esigenze economiche, maturando, tra l'altro, un debito di cospicua entità per omessi contributi alimentari; per quest'ultima ragione, nella sentenza, è **riconosciuto il risarcimento del danno morale**, derivante dalla consumazione del reato di cui all'art. 570 c.p., liquidato in modo elevato in considerazione della durata dell'inadempimento, dell'assenza di una ragionevole motivazione e della intensità del dolo. Il giudice di merito, inoltre, ha ritenuto che la condotta del padre avesse cagionato anche la lesione del diritto fondamentale della figlia all'educazione e all'assistenza morale e materiale. A differenza di CC 7 giu. 2000/7713, tuttavia, **il danno non è ravvisato in re ipsa**, coincidente, cioè, con la lesione dell'interesse di rilievo costituzionale (sul punto v. anche *sub* art. 2043 ss. c.c.). Il giudice di merito, infatti, mette in rilievo i pregiudizi cagionati dal comportamento omissivo del genitore: la mancanza della figura paterna si è manifestata, in modo negativo, « nello sviluppo della personalità » della figlia e nel « coacervo delle scelte essenziali della crescita » della stessa; la condotta illecita del padre ha cagionato un pregiudizio ulteriore, meritevole di una riparazione riequilibratoria, rappresentato dalla consapevolezza raggiunta dalla figlia di essere stata rifiutata ed abbandonata dal padre. Per questi motivi, pertanto, fu riconosciuto il risarcimento del danno esistenziale, qualificato anche come « danno non patrimoniale non coinci-

dente con il mero danno morale »; tale danno è liquidato in via equitativa, tenendo in considerazione anche l'elemento soggettivo del dolo e della gravità della condotta dell'agente, creatosi, nel frattempo, una famiglia e una professionalità ed acuendo, così, il senso di abbandono e di rifiuto patito dalla figlia. A tali mutamenti giurisprudenziali non è rimasto insensibile neppure il legislatore, che, con la l. 8 feb. 2006/54, ha attribuito al giudice (art. 709-ter c.p.c.), in caso di gravi inadempienze dei doveri genitoriali, la possibilità di disporre il risarcimento dei danni a carico del genitore inadempiente nei confronti del minore o nei confronti dell'altro genitore (in argomento, cfr. FACCI 2008a, 115; v. *sub c.* 11). Muovendo dalla disposizione contenuta nell'art. 709 *ter* c.p.c. è stata individuata una **funzione anche punitiva** del risarcimento nell'ambito dell'illecito endofamiliare (FACCI 2009, 88); funzione che, invero, le Sezioni Unite hanno recentemente ribadito in una epocale decisione in materia di attribuzione di efficacia in Italia alla sentenza straniera che disponga la condanna al pagamento di c.d. *punitive damages* del diritto statunitense (CC SU 5 lug. 2017/16601; per un commento alla ordinanza di remissione CC 16 mag. 2016/9978 particolarmente attento alle ricadute della decisione in ambito giusfamiliare SESTA, 2017, 293;; v. *sub c.* 11). La responsabilità civile del genitore può scaturire anche nelle ipotesi in cui egli, pur avendo riconosciuto il figlio e provveduto al mantenimento, non assolva al compito di **cura a cui è tenuto e nonintrattenga con esso una significativa relazione affettiva** (in questo senso si vedano T Roma 11 gen. 2012; T Cassino 15 giu. 2016; T Trani 27 set. 2007, RC, 2008, VI; A Bologna 10 feb. 2004; RCP, 2006, 129, nt. GRECO; FD, 2006, 511, nt. FACCI; T Modena 12 set. 2006, MER, 2007, 4, secondo cui il padre che con una condotta improntata al diniego di ogni onere e al persistente rifiuto di adempiere a doveri attinenti a diritti fondamentali della persona non riconosce il proprio figlio non matrimoniale ed omette ogni forma di contribuzione utile al mantenimento dello stesso viola gli artt. 147, 148, 261 c.c. (oggi, artt. 315-bis e 316-bis c.c.) e procura a quest'ultimo, e alla di lui madre, un danno di natura esistenziale; T Venezia 18 apr. 2006, FD, 2007, 932, nt. FACCI; T Bologna 10 lug. 2007, FD, 2008, 487, nt. FAROLFI, che ha condannato un padre al risarcimento dei danni per mancata assistenza morale e materiale della figlia minore: un caso, peraltro, singolare in quanto a proporre l'azione risarcitoria è un Comune, nominato tutore provvisorio della minore. Diffusamente, sui limiti e l'ambito di applicabilità dello strumento risarcitorio nei rapporti tra genitori e figli, CIPRIANI 2008, 518; LENA 2008, 248 ss.; DANOVÌ 2015, 618). In conclusione la risarcibilità di pregiudizi analoghi a quelli considerati può configurarsi ogniqualvolta si riscontri una lesione di diritti fondamentali quale è quello ad un equilibrato rapporto con i genitori contemplato dall'art. 30 Cost. (sul punto v. da ultimo l'attenta analisi di FAVILLI 2016, 56 che ricostruisce lo scenario delineatosi a seguito dell'intervento con il quale, ormai nove anni orsono, le Sezioni Unite hanno definito i lineamenti del danno alla persona CC SU 11 nov. 2008/26972, cit.).

9. I doveri del figlio. 9.1. Secondo l'opinione che prevale in dottrina i doveri dei figli verso i genitori sono di fatto esclusivamente a contenuto patrimo-

niale: il **dovere di rispettare** i genitori costituisce infatti una formula vuota, un dovere morale, insuscettibile di coercizione, la cui violazione risulta sprovvista di qualsiasi sanzione (VERCELLONE 2012a, 1222; FERRI L. 1988, 24; BASINI 2016, 4068; SESTA-ARCERI 2016, 129; BELLELLI 2015, 157; *contra*, RUSCELLO 2007, 129, secondo cui « si è di fronte ad un vero e proprio dovere giuridico, parte integrante ed essenziale della situazione soggettiva del figlio nella complessità del rapporto familiare »). L'eliminazione del dovere di « onorare » i genitori, ad opera della riforma del 1975, si ricollegava alla mutata concezione della potestà genitoriale, intesa non più in termini di soggezione e obbedienza, bensì come ufficio da esercitarsi nell'interesse del figlio (cfr. GIORGIANNI 1992, 317, che pertanto attribuisce a un difetto di coordinamento il fatto che l'art. 358 c.c. continui a parlare di « rispetto ed obbedienza » del minore verso il tutore); queste considerazioni risultano oggi ulteriormente confermate a seguito della introduzione della nozione di responsabilità genitoriale, in luogo di quella di potestà genitoriale. Con riguardo all'attuale formulazione della norma, si ritiene che il dovere di rispettare i genitori permanga a carico del figlio, qualunque ne sia l'età e perciò anche quando la responsabilità genitoriale si sia estinta (FINOCCHIARO A.-M. 1984, 1971), mentre il dovere di contribuzione al mantenimento della famiglia, da ricondursi al più generale principio di solidarietà familiare (GIORGIANNI 1992, 319) sussiste finché il figlio continua a vivere con i genitori (VERCELLONE 2012a, 1223). In dottrina si ritiene che il **dovere di contribuzione** del figlio, in relazione alle sostanze ed al reddito, concorra con quello dei genitori, ma limitatamente al solo **mantenimento della famiglia** e non copra pertanto tutti i bisogni richiamati dagli artt. 315-*bis* e 316-*bis* c.c. (GIORGIANNI 1992, 319; BELLELLI 2015, 161). A voler ulteriormente rimarcare la differenza rispetto all'obbligo di cui agli artt. 148 e 316-*bis* c.c., il reddito menzionato dalla norma in esame va definito **non con riguardo all'astratta capacità di lavoro del figlio, come per il dovere di mantenimento posto a carico del genitore, ma al guadagno concretamente percepito dal figlio** (BIANCA C.M. 2014, 341; sul punto, v. anche le considerazioni già espresse, con riferimento al contesto normativo previgente, da RUSCELLO 2007, 134, secondo cui il mancato richiamo alla capacità lavorativa evidenziava come il legislatore avesse voluto evitare che al figlio potesse essere impedita un'attività improduttiva come lo studio o che gli si potesse imporre un obbligo lavorativo tale da limitarne la piena formazione SESTA-ARCERI 2016, 324). Per il caso di decesso del minore a seguito di illecito, in giurisprudenza si è affermato che i **danni patrimoniali futuri risarcibili a favore dei genitori e dei fratelli** vadano ravvisati « nella perdita o nella diminuzione di quei contributi patrimoniali o di quelle utilità economiche che, sia in relazione a precetti normativi (artt. 315, 433, 230-*bis* c.c.), che per la pratica di vita improntata a regole etico sociali di solidarietà familiare e di costume, presumibilmente e secondo un criterio di normalità il soggetto venuto meno prematuramente avrebbe apportato, alla stregua di una valutazione che faccia ricorso anche alle presunzioni e ai dati ricavabili dal notorio e dalla comune esperienza, con riguardo a tutte le circostanze del caso concreto (CC 26 nov. 1996/10480, GCM, 1996, 1596; I CC 26 feb. 1996/1474, GCM, 1996, 253; CC 18 mag. 1999/4801, ASS, 2000, II, 48; CC, ord. 12 lug. 2012/11812, FD, 2013, 345, nt. DE PAMPHILIS) ». Sul

divieto per il figlio di abbandonare la casa familiare, v. *sub* art. 318 c.c. **9.2.** Molto si è dibattuto sul tema del rapporto tra il dovere di contribuzione e l'usufrutto legale (v. anche *sub* art. 324 c.c.). La tesi, da taluno sostenuta (cfr. PELOSI 1992, 385; PINO 1998, 276) secondo cui l'obbligo di contribuzione del figlio si esaurirebbe, quantomeno fino al raggiungimento della maggiore età da parte del figlio, nel diritto dei genitori di destinare i frutti dei suoi beni ai bisogni della famiglia, risulta contrastata da quanti si sforzano piuttosto di sottolineare le differenze esistenti tra le due fattispecie (SESTA 2011, 157; GIORGIANNI 1992, 318; DE CRISTOFARO 2012b, 1452; RUSCELLO 2006, 144 ss.); in primo luogo, **tra le sostanze cui va commisurato l'obbligo di contribuzione, si è ritenuto che vadano ricompresi anche i beni esclusi dall'usufrutto legale** ex art. 324, c. 3, c.c. ad eccezione di quelli di cui ai n. 2 e 3 (BUCCIANTE 1997, 597). Inoltre, il novero dei soggetti beneficiari del dovere di contribuzione, secondo la tesi più accreditata (cfr. DE CRISTOFARO 2012b, 1451), è più ampio rispetto a quello dei soggetti beneficiati dall'usufrutto legale, poiché fondato sul presupposto della convivenza e sull'esigenza di **imporre ai familiari che convivono di concorrere alla sopportazione di oneri e spese derivanti dalla convivenza**; di conseguenza, ne godono **i fratelli**, anche se maggiorenni, **i parenti a prescindere dal grado di parentela nonché altri soggetti che non abbiano vincoli di parentela, qualora di fatto siano inseriti nel nucleo familiare**. Ancora, mentre l'obbligo di contribuzione viene meno per il figlio in seguito al cessare della convivenza, l'usufrutto permane anche a prescindere dalla medesima (FINOCCHIARO A.-M. 1984, 2155). Nel contesto normativo previgente, si riteneva (GIORGIANNI 1992, 319) che **l'obbligo di contribuzione, fondandosi sul fatto della convivenza, dovesse gravare anche sul figlio naturale**, a beneficio sia della propria famiglia non matrimoniale, che dei componenti della famiglia fondata sul matrimonio di uno dei genitori in cui fosse inserito. Queste conclusioni risultano oggi pienamente confermate, in quanto, nel quadro normativo attuale, a seguito dell'unificazione della condizione del figlio, il dovere di contribuzione assume un carattere unitario che prescinde dalla distinzione tra rapporti sorti all'interno della famiglia coniugale o fondata sulla sola convivenza. Assai più ristretto è invece il cerchio di soggetti ammessi a godere dei frutti percepiti dai genitori nell'esercizio dell'usufrutto legale (v. *sub* art. 324 c.c.).