



LEONARDO LENTI

Professore ordinario di Diritto privato – Università di Torino

LA COSTITUZIONE DEL RAPPORTO FILIALE E L'INTERESSE DEL MINORE *

SOMMARIO: 1. Una premessa sull'unicità dello stato. – 2. I principi generali della filiazione rilevanti per l'attribuzione e la rimozione dello stato. – 3. La verità biologica. – 4. Le eccezioni alla verità. – 5. La responsabilità per la procreazione e la procreazione responsabile. – 6. La priorità dell'interesse del minore. – 7. La filiazione materna: madre è colei che partorisce. – 8. La filiazione materna: attribuzione di diritto e riconoscimento. – 9. La filiazione paterna: la presunzione di paternità. – 10. La filiazione paterna: il riconoscimento tardivo. – 11. La filiazione paterna: la paternità del figlio di una donna sposata. – 12. Il riconoscimento del figlio incestuoso.

1. – La riforma iniziata nel 2012 (l. 219) e completata nel 2013 (d.lgs. 154), nonostante i proclami gridati a voce altissima, non ha affatto portato a compimento completo l'unificazione delle diverse categorie dei figli, onde attuare pienamente in questo campo il principio di eguaglianza: i figli nati nel matrimonio (in precedenza *legittimi*), i figli nati fuori dal matrimonio (in precedenza *naturali*) e i figli *adottivi*¹. Tale unificazione riguarda soltanto gli *effetti* della filiazione, mentre le regole sull'*attribuzione dello stato* e sulle *azioni di stato* permangono diverse.

La riforma contiene comunque una forte affermazione di principio, che ne costituisce il *manifesto programmatico*: «tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico» (nuovo art. 315 c.c.). È indubbio che abbia il valore di *canone interpretativo genera-*

* È doveroso avvertire che il presente scritto è largamente tributario di molte parti del mio *La filiazione: novità, questioni aperte, principi*, in *Il nuovo diritto della filiazione*, a cura di LENTI e MANTOVANI, vol. 2° del *Trattato Zatti di diritto di famiglia. Le riforme 2012-2018*, Giuffrè, 2018, 3.

¹ Mi permetto di rinviare alle considerazioni critiche sul portato effettivo della prima tappa della riforma – la legge 219 – che ho scritto in *La sedicente riforma della filiazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, 201.

JUS CIVILE



le di tutta la materia, di modo che davanti a qualsiasi incertezza o ambiguità delle norme, l'interpretazione che dovrà essere sempre preferita è quella più conforme al principio di eguaglianza.

È discusso se l'eguaglianza fra tutte le categorie di figli, pur con la perdurante eccezione dei figli adottati da maggiorenni, possa dirsi davvero raggiunta, visto che l'unificazione dello stato si limita agli *effetti* della filiazione. Se si ritiene che il principio di eguaglianza sia realizzato a sufficienza anche se a essere unificati sono solo i suoi effetti, e null'altro, la risposta è positiva: l'unicità è raggiunta. Altrimenti non può che essere negativa.

Osservo comunque che se si accoglie l'idea che l'unicità dello stato sia raggiunta, benché l'unificazione riguardi solo gli effetti, allora va detto che tale traguardo era già stato raggiunto in modo quasi completo nel 1975². Al contrario, se si ritiene che per considerare davvero unificato lo stato non sia sufficiente unificare gli effetti, ma occorra unificare anche le regole sulla sua attribuzione e soprattutto sulla sua rimozione, allora va detto che lo stato di figlio non è unificato neppure oggi.

Comunque sia, va sottolineato che tutt'oggi lo stato di figlio matrimoniale continua a differenziarsi da quello di figlio non matrimoniale per la sua maggiore *solidità*³. Infatti mentre il riconoscimento può essere impugnato per falsità da chiunque vi abbia interesse, la legittimazione attiva al disconoscimento è limitata ai componenti della famiglia nucleare, con l'aggiunta del curatore speciale (art. 244 c. 6° c.c.). Pertanto il padre biologico che rivendichi la paternità che non gli è stata attribuita nell'atto di nascita, può impugnare il riconoscimento che asserisce non veritiero entro i 5 anni dalla nascita, intromettendosi così nella vita della famiglia non matrimoniale. Invece non è legittimato attivo al disconoscimento, sicché non può direttamente intromettersi nella vita della famiglia matrimoniale⁴. Affinché si giunga a esercitare l'azione di disconoscimento, pur sempre entro i 5 anni dalla nascita, dovrebbe ottenere la nomina di un curatore speciale (art. 244 c. 6° c.c.). Tale nomina, però, è

² All'inizio degli anni '80 del secolo scorso, con sguardo presago del futuro, lo aveva sostenuto FERRANDO, *La filiazione naturale e la legittimazione* (in *Trattato Rescigno di diritto privato*, III, Utet, 1^a ed. 1982, 122): descriveva il regime della filiazione di *allora* come «un unico *status* di figlio al quale corrispondono diversi sistemi di accertamento», secondo se la procreazione avviene nel matrimonio al di fuori di esso.

³ Eppure la riforma stessa esclude esplicitamente che si possa usare l'aggettivo qualificativo *legittimo* accanto al sostantivo *famiglia*.

⁴ Sulla posizione del padre naturale proporrò qualche riflessione in seguito, nel § 11®.

JUS CIVILE



ammessa solo se corrisponde al miglior interesse del figlio minore⁵ e non all'interesse del padre biologico.

Questa diversa solidità costituisce una discriminazione davvero pesante, che mi sembra incompatibile con la proclamata unicità dello stato di figlio.

Il passo decisivo verso l'eguaglianza, il più lungo, era stato fatto con la riforma del diritto di famiglia del 1975, opera di un legislatore di alto livello culturale e morale, coraggiosamente proiettato nel futuro, anche al prezzo di non essere compreso da una parte della società del suo tempo: aveva parificato la condizione dei figli naturali (non più chiamati *illegittimi* come in precedenza) a quella dei figli legittimi per tutto quanto attiene ai rapporti con i loro genitori (come stabilito dall'art. 30 c. 1° cost.), tranne un'eccezione della quale dirò tra poco.

Aveva invece mantenuto alcune differenze in materia successoria, che non riguardavano il rapporto tra genitori e figli, ed erano consentite dall'art. 30 c. 3° cost., se poste a tutela della famiglia legittima: non aveva ammesso la successione legittima tra i parenti naturali in linea collaterale, ivi compresi fratelli e sorelle⁶, in quanto la lettura che si continuava a dare all'art. 74 c.c. – benché non espressamente imposta dal suo tenore letterale – li escludeva dalla nozione di *parenti*; inoltre aveva previsto la facoltà di commutazione a favore dei figli legittimi.

La riforma del 1975, poi, aveva lasciato intatta la profonda differenza, plurisecolare, tra le regole sull'attribuzione dello stato di figlio legittimo e quelle sull'attribuzione dello stato di figlio naturale; come pure aveva conservato i tratti fondamentali del sistema tradizionale delle azioni di stato, del tutto diverso tra filiazione legittima e naturale⁷.

La riforma del 2012-13 ha fatto un ulteriore passo in avanti verso l'eguaglianza: ma il suo portato innovativo, a ben guardare, è molto più ridotto di quanto risulta dai proclami che l'hanno accompagnata.

La novità più importante sul piano dei *principi* è il nuovo testo dell'art. 74 c.c., che esplicitamente tratta la parentela allo stesso modo, tanto se la discendenza dallo stipite comune è avvenuta nel matrimonio quanto fuori da esso⁸. Ne consegue la ri-

⁵ Così C. cost. 429/1991.

⁶ La successione legittima reciproca dei fratelli e sorelle naturali, ma non degli altri parenti, era stata successivamente ammessa dalla Corte costituzionale con le sentenze 55/1979 e 184/1990.

⁷ Va però sottolineato l'enorme ampliamento dei casi in cui era ammessa la dichiarazione giudiziale di paternità naturale, che incrementava fortemente la protezione dei diritti dei figli nati fuori dal matrimonio.

⁸ Non è questa la sede opportuna per trattare la questione dell'inserimento dell'adottato di cui all'art. 44



mozione delle differenze in materia successoria che erano rimaste dopo la riforma del 1975. A ben guardare, però, l'inserimento a pieno titolo del figlio naturale nella rete parentale dei suoi genitori produce conseguenze davvero nuove solo per la successione tra i parenti in linea collaterale: già fin dal 1975, infatti, il legame di parentela naturale *in linea retta discendente* era parificato ai fini successori a quello di parentela legittima; come pure lo era nei casi in cui la legge menziona genericamente i "discendenti", come per esempio nell'art. 1436 c.c.⁹

Altre novità sono significative sul piano dei principi astratti, ma hanno un'importanza effettiva modesta: l'abrogazione del diritto di commutazione a favore dei figli legittimi e l'ammissione dei genitori naturali alla successione legittima dei propri figli premorti.

La riforma del 1975 aveva lasciato sussistere anche un'altra differenza tra figli legittimi e figli naturali, poco appariscente sul piano dei principi, quindi ricordata di rado finché il discorso vi resta confinato, ma di grande importanza sul piano pratico per la protezione effettiva dei figli nei rapporti con i loro genitori: la diversità delle regole sull'affidamento e sull'assegnazione della casa familiare in occasione della separazione dei genitori.

La cancellazione di questa diversità è avvenuta in tre tappe, due delle quali – le più importanti – sono precedenti alla riforma del 2012-13. (a) La Corte costituzionale, con la sentenza 166/1998, aveva stabilito che la casa familiare poteva essere assegnata anche in caso di separazione della coppia non sposata che avesse figli comuni aventi ancora il diritto di essere mantenuti. (b) La legge 54/2006 sull'affidamento condiviso aveva esteso le regole dettate per i figli delle coppie sposate anche ai figli delle coppie non sposate, sicché per tutti i figli l'affidamento era deciso in base all'art. 155 (ora 337-ter) sgg. c.c.; veniva così meno il riferimento all'art. 333 c.c. per l'affidamento dei figli naturali, con la conseguenza importante, tra l'altro, della ricorribilità per cassazione del relativo decreto¹⁰. (c) Da ultimo, il d.lgs. 154/2013 ha

c. 1° l. 184 (adozione in casi particolari) nella rete parentale dell'adottante: benché il tenore letterale dell'art. 74 sia inequivocabile, un'autorevole parte della dottrina la esclude. Sul punto rinvio, per tutti, alle considerazioni e alla bibliografia contenute nel mio scritto *L'adozione*, in *Il nuovo diritto della filiazione*, cit., 410, e a MOROZZO DELLA ROCCA, *Il nuovo status di figlio e le adozioni in casi particolari*, in *Fam. dir.*, 2013, 838.

⁹ Vi sono poi anche altre norme che già prima del 2012 attribuivano *implicitamente* un rilievo giuridico alla parentela naturale: fra queste ricordo gli artt. 155, c. 1° (ora 337-ter c. 1°), 251 c. 1°, 408 c. 1°, 411 c. 3°, 433 n. 2, 1916 c. 2° c.c. e gli artt. 9 cc. 4° e 5°, 11 c. 1°, 12 e 44 c. 1°, lett. a, l. 184.

¹⁰ La ricorribilità per cassazione dei provvedimenti di cui all'art. 333 c.c. ha iniziato a essere ammessa

JUS CIVILE



completato l'opera: ha unificato la competenza in materia, che oggi è interamente attribuita al tribunale ordinario.

2. – La sessione in cui è inserito il mio intervento è dedicata all'*interesse del minore* nei vari aspetti concernenti l'attribuzione dello stato di filiazione: all'analisi dei diversi casi problematici sull'attribuzione della maternità e della paternità – cui sono dedicati i §§ 7 sgg. – mi sembra pertanto necessario premettere una rapida ricognizione dei principi fondamentali del sistema, al fine di porre in evidenza il modo in cui il principio di priorità dell'interesse del minore interagisce con gli altri principi fondamentali del sistema.

Questi principi, che presentano legami reciproci e interferenze conflittuali, sono: (a) il favore per la verità biologica, (b) la procreazione responsabile e la responsabilità per la procreazione, (c) la priorità dell'interesse del minore. I primi due connotano principalmente le regole sulla formazione dello stato di filiazione e sulle azioni di stato; il terzo riguarda soprattutto i rapporti tra genitori e figli, ma dal 1975 rileva anche per la formazione dello stato e per l'esercitabilità delle azioni di stato.

3. – Il *principio di verità* biologica ha sempre avuto un ruolo centrale nella formazione dello stato di figlio e nella sua rimozione. È una costante storica che il rapporto *giuridico* di filiazione si fondi sul rapporto *biologico* di filiazione: di regola dovrebbe coincidere con quest'ultimo¹¹.

Ma che cosa esattamente si intende per *verità* nel rapporto biologico di filiazione?

Per il maschio il suo significato è univoco: la derivazione *genetica*, cioè dai suoi spermatozoi. *Biologico* e *genetico* quindi significano la stessa cosa. Il suo accertamento – che oggi è facile e sicuro grazie all'esame del DNA – in passato era problematico, tanto da dover essere tratto da presunzioni, a causa delle gravissime difficoltà di dare prove certe.

Per la femmina vi sono invece due diversi aspetti, entrambi *biologici*: la discendenza *genetica*, cioè dal suo ovocita, e la *gestazione* e il *parto*. In passato, per ovvi

soltanto di recente, a partire da Cass. 23633/2016.

¹¹ Basti ricordare che il principio di verità della filiazione *paterna* è alla base stessa della monogamia e delle regole morali e sociali sulla sessualità femminile che hanno retto le società europee per millenni: il loro fine era proprio quello di garantire la discendenza genetica dal marito.



motivi tecnologici, questi aspetti non potevano non coincidere: la gestazione e il parto – eventi facilmente accertabili, soprattutto il secondo – erano garanzia indiscutibile di discendenza genetica, salvo ovviamente i casi di supposizione di parto e di scambio di neonati¹². Ma oggi non è più così, come tutti sappiamo: la gravidanza e il parto possono essere scissi dalla discendenza genetica, cioè dall'ovocita fecondato, sicché per la donna verità *biologica* e verità *genetica* non si possono più identificare.

Fino a pochi decenni fa i problemi riguardanti il principio di *verità* si ponevano dunque solo per la discendenza maschile, mentre oggi si pongono anche per quella femminile. Ritorno sui problemi che ne derivano più avanti, nel § 7®.

Il principio di verità genetica, secondo quanto comunemente si dice, ha assunto un ruolo centrale nel sistema con la riforma del 1975¹³. In precedenza, pur essendo ovviamente esistente e operante, incontrava limiti dovuti ad altri principi tradizionali¹⁴.

Due di questi sono sempre ricordati: uno è la *difesa della famiglia legittima*, fondamento del divieto di riconoscere i figli adulterini (caduto nel 1975), oltre che ragione giustificatrice della discriminazione pluriennale verso i figli naturali; l'altro è il *favore per la legittimità* del figlio, fondamento di varie regole: la lunghezza eccessiva, rispetto alla realtà biologica, del termine di 300 giorni della presunzione di concepimento nel matrimonio; la sua assolutezza; i limiti posti al disconoscimento (art. 235 c.c.).

Un altro di questi principi è invece raramente ricordato, ma non è meno importante: la garanzia molto ampia, benché non completa, dell'*irresponsabilità maschile* in caso di procreazione fuori dal matrimonio, fondamento dei limiti all'accertamento della paternità, cancellato in modo quasi completo nel 1975¹⁵.

¹² Tale necessaria coincidenza è il fondamento razionale dell'art. 269 c. 3° c.c. tuttora vigente.

¹³ Le più importanti novità che hanno ampliato l'area di applicazione del principio di verità sono la riconoscibilità dei figli adulterini e la dichiarabilità giudiziale di tutti i figli che possono essere riconosciuti. A queste va aggiunta la regola, dapprima solo giurisprudenziale, che permette alla donna sposata di dichiarare che il figlio è stato concepito con persona diversa dal marito, dunque fuori dal matrimonio, evitando così che si formi lo stato di figlio legittimo non corrispondente a verità. Nel 2006 l'area di applicazione del principio di verità è stata ulteriormente ampliata da due importantissime sentenze della Corte costituzionale, che hanno rimosso alcuni rilevanti ostacoli all'accertamento della verità: la 50 sulla dichiarazione giudiziale di paternità e la 266 sul disconoscimento della paternità.

¹⁴ La contrapposizione secca tra principio di favore per la legittimità, che avrebbe connotato il diritto della filiazione prima della riforma del 1975, e principio di verità, che l'avrebbe connotato dopo, elaborata nei primi anni successivi alla riforma per presentare alcune delle sue novità e poi comunemente ripetuta, aveva un'immediata e grande efficacia comunicativa, ma peccava di semplicismo: non sapeva descrivere la materia in modo fedele e approfondito.

¹⁵ Il percorso storico dell'irresponsabilità maschile non è rettilineo. Fino al XVIII secolo era meno am-

JUS CIVILE



4. – Nonostante oggi il principio di verità resti indubbiamente centrale, vi sono molti casi in cui soccombe dinanzi ad altri principi, in gran parte diversi da quelli dinanzi ai quali soccombeva in passato, accennati sopra, ma non meno ampi¹⁶. Queste vicende suggeriscono un'immagine, che mi sembra descriva efficacemente il modo di atteggiarsi del principio di verità: quella di una palla, che può essere schiacciata da una forza più o meno grande, ma che al suo venir meno riassume la propria forma rotonda, salvo venire poi nuovamente compressa da un'altra e diversa forza e così via, man mano che cambiano la società, le idee che la governano e le esigenze che ne derivano.

I casi in cui oggi la verità soccombe dinanzi ad altri principi sono in sintesi i seguenti¹⁷.

a) L'adozione (l. 184): la verità, ieri come oggi, soccombe davanti alla priorità dell'interesse del minore considerato in quanto tale, cioè in quanto persona di minore età, a essere allevato da una famiglia diversa da quella d'origine, quando quest'ultima è inidonea.

b) Il parto anonimo (art. 30 c. 1° d.p.r. 396/2000): in questo caso l'atto di nascita che si forma è quello di figlio d'ignoti, sicché l'identità genetica materna del figlio resta sconosciuta¹⁸; ne seguirà di regola l'immediata formazione del rapporto adottivo, a meno che il padre lo riconosca, evento alquanto improbabile¹⁹.

c) La formazione del rapporto di filiazione fuori dal matrimonio quando il figlio è infraquattordicenne e si è già formato l'atto di nascita di figlio riconosciuto da un so-

pia: per lo più, a parità di classi sociali, il seduttore era obbligato a rimediare, sposando la donna o dotandola. Successivamente, fino a metà novecento, si era invece ampliata: l'accresciuto peso riconosciuto alla volontà della donna permetteva di attribuirle la *colpa morale* del rapporto sessuale fecondo e quindi di addossarle l'intera responsabilità per il nato. I limiti alla ricerca della paternità erano infatti fortissimi e la legge non prevedeva altre sanzioni per l'uomo; tuttavia la giurisprudenza andava elaborando una figura di illecito civile, il danno da seduzione. Sulle vicende storiche in materia cfr. CAZZETTA, *Praesumitur seducta. Onestà e consenso femminile nella cultura giuridica moderna*, Giuffrè, 1999.

¹⁶Tanto la Corte costituzionale (sentenza 272/2017, § 4.1), quanto la Corte di cassazione (sentenza 8617/2017, al § 11) hanno espressamente escluso che il principio di verità abbia una «rilevanza costituzionale assoluta», tale cioè da sottrarlo a ogni bilanciamento.

¹⁷Sui problemi derivanti dal duplice significato che per la donna ha la verità *biologica* (genetica e di gravidanza e parto) rinvio al successivo § 7®.

¹⁸È molto discusso quali siano i valori tutelati dall'ammissibilità del parto anonimo: si dice per lo più che tuteli la scelta esistenziale della madre, aspetto del principio della procreazione responsabile; ma pure che tuteli l'interesse del figlio a nascere, cioè a non essere abortito, e a che la nascita avvenga in condizioni sanitarie decenti. Non è questa la sede adatta per discuterne.

¹⁹E pure sospetto, in quanto considerato come una tecnica per dissimulare la compravendita di un bambino: da qui l'obbligo degli ufficiali di stato civile di segnalare al tribunale per i minorenni il riconoscimento, se fatto da un uomo sposato (art. 74 l. 184).

JUS CIVILE



lo genitore: la verità soccombe dinanzi alla priorità dell'interesse del minore. I casi sono due. (c.1) Per il riconoscimento tardivo (art. 250 c. 3° c.c.) è richiesto il consenso del genitore che ha riconosciuto per primo; può essere rifiutato solo ciò se corrisponde all'interesse del minore e in caso di conflitto tra i genitori, interviene il giudice (art. 250 c. 4° c.c.). (c.2) Per la dichiarazione giudiziale di paternità o maternità (art. 269 c.c., come integrato da Corte cost. 341/1990) è necessario che il giudice davanti al quale l'azione è proposta la accerti se corrisponde all'interesse del minore. Ritorrerò più ampiamente su entrambi i casi nel § 10®.

d) La formazione del rapporto di filiazione fuori dal matrimonio quando il figlio è ultraquattordicenne e si è già formato l'atto di nascita di figlio riconosciuto da un solo genitore: è necessario l'assenso del figlio, lasciato interamente alla sua libera scelta (art. 250 c. 2° c.c.). In questo caso, quindi, la verità soccombe dinanzi al rispetto della personalità del figlio e della sua concezione della propria identità, la quale a 14 anni si considera ormai consolidata.

e) La procreazione medicalmente assistita (in seguito PMA) eterologa²⁰: il principio di verità soccombe in due diversi modi. (e.1) L'ammissibilità della PMA eterologa mostra come la verità genetica ceda davanti all'esigenza di tutelare la volontà del genitore sociale, maschio o femmina che sia, di diventare tale pur non avendo la capacità generativa necessaria. (e.2) L'inammissibilità del disconoscimento e dell'impugnazione del riconoscimento per falsità (art. 9 l. 40/2004) mostra come la verità genetica soccomba davanti al principio di responsabilità per il fatto della procreazione e a quello di priorità dell'interesse del minore.

f) Il consolidamento dello stato di figlio dopo 5 anni dalla nascita (artt. 244 c. 4° e 263 c. 4° c.c., come modificati dal d.lgs. 154/2013): l'esercizio delle azioni per rimuovere la paternità (disconoscimento e impugnazione del riconoscimento) non è più ammesso, tranne che per iniziativa del figlio stesso. In questi casi la verità soccombe davanti alla priorità dell'interesse del figlio (in quanto tale) alla tutela della sua identità personale e dei suoi diritti successori, ma anche davanti alla priorità dell'interesse del minore (in quanto tale) a conservare integri i suoi riferimenti affettivi o, più realisticamente, il suo diritto di essere mantenuto²¹.

g) La nomina del curatore speciale per l'esercizio delle azioni che rimuovono lo

²⁰ La Corte costituzionale, con la sentenza 162/2014, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del divieto di PMA eterologa, previsto in origine dall'art. 4 c. 3° l. 40/2004.

²¹ Sulla differenza tra interesse del minore in quanto tale e interesse del figlio in quanto tale ritornerò nel successivo § 6®.

JUS CIVILE



stato di filiazione quando il figlio è minorenni (artt. 244 c. 6°, 248 c. 5° e 264 c.c., come integrati da Corte cost. 429/1991): la nomina è ammessa solo se l'esercizio dell'azione corrisponde all'interesse del minore, sicché anche in questo caso la verità soccombe. Se è giudicato che non vi corrisponda, l'azione non può essere esercitata e lo stato non veritiero permane, almeno fino alla maggiore età del figlio, quando questi potrà esercitare le azioni in autonomia.

h) Il diritto di conservare il cognome, una volta rimosso lo stato di filiazione dal quale derivava (art. 95 c. 3° d.p.r. 396/2000): la verità soccombe dinanzi alla tutela dell'identità personale del figlio su un punto che, pur diverso dal rapporto di filiazione, vi è strettamente collegato²².

I casi che riguardano le azioni di stato e le loro conseguenze fuoriescono dal tema della presente relazione, sicché non ne tratterò nelle pagine successive.

5. – La giustapposizione delle parole *procreazione* e *responsabilità* dà luogo a due frasi di diverso significato, ma legate logicamente fra loro.

a) La locuzione *procreazione responsabile* si è diffusa nel linguaggio giuridico italiano a partire dagli anni '70, in occasione delle discussioni politiche e giuridiche sui mezzi anticoncezionali e sull'interruzione volontaria della gravidanza (in seguito IVG)²³.

Contiene una raccomandazione, la quale indica una *prospettiva*: procreare non dovrebbe essere la mera conseguenza biologica di un rapporto sessuale, ma il frutto di una scelta esistenziale consapevole – oppure, se non voluta, accolta comunque con una piena assunzione di responsabilità – che si traduce in un *progetto di vita familiare*.

b) La locuzione *responsabilità per la procreazione* esprime una regola cogente, che opera in ogni caso, quand'anche la procreazione non fosse stata *responsabile* nel

²² Occorre però che l'identità personale sia sufficientemente formata: è ritenuta tale anche quella del minorenni, purché abbia raggiunto l'età preadolescenziale, secondo quanto si legge nella giurisprudenza sul cambio del cognome del figlio in seguito al secondo riconoscimento (art. 262 c. 3° c.c., il cui nuovo testo, introdotto dal d.lgs. 154, esplicita il principio): Cass., sentenze 6098/2001, 12641/2006, 16989/2007, 2751/2008, 12640/2015. Per una più ampia trattazione della materia rinvio a LENTI, *L'identità del minorenni*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, suppl. (atti del convegno *L'identità nell'orizzonte del diritto privato*, Padova, 2006), 77 sgg.

²³ La sua prima comparsa in un testo di legge data dal 1975: nell'art. 1 l. 405 sui consultori familiari. Successivamente è comparsa negli artt. 1 e 2 l. 194/1978 sull'IVG.

JUS CIVILE



senso or ora detto²⁴. I genitori hanno degli obblighi verso i propri figli fin dal momento della loro nascita, fondati sul rapporto *biologico* di filiazione (artt. 30 cost. e 315-*bis* c.c.)²⁵, cui la legge assimila i due casi in cui la genitorialità è solo elettiva, l'adozione e la PMA eterologa. Si ricordi che il rapporto che lega il genitore al figlio è indissolubile, salvo il caso della dichiarazione di adottabilità e della successiva adozione piena, a tutela del miglior interesse del figlio minore.

Su questo principio si fondano numerose regole del diritto della filiazione.

Anzitutto vi si fonda l'intera responsabilità genitoriale, vale a dire l'insieme dei poteri e doveri che spettano ai genitori, volti al fine di adempiere l'obbligo di educare, istruire e assistere materialmente e moralmente i figli. Come pure vi si fonda l'obbligo di mantenerli, che sorge fin dal momento della nascita e sussiste anche se il rapporto giuridico di filiazione non è costituito (art. 279 cod. civ.)²⁶.

Vi trova il suo fondamento – oltre che nel principio di verità – anche l'amplessissimo diritto del figlio di ottenere che il rapporto di filiazione sia costituito contro la volontà del genitore che non l'ha riconosciuto, mediante la dichiarazione giudiziale di paternità o maternità (art. 269 c. 1° c.c.) e il reclamo dello stato di figlio (art. 239 c.c.). Vi si fonda inoltre la regola che esclude il disconoscimento in caso di PMA eterologa: il padre che vi ha consentito porta la responsabilità per la procreazione del figlio, poiché la sua volontà, manifestata con il consenso dato alla PMA secondo le regole di legge, è equiparata alla volontà di avere un rapporto sessuale fecondo.

Nell'applicare il principio di responsabilità per la procreazione, *finché il figlio non è ancora nato* vi è una differenza imporante tra uomo e donna. Quest'ultima, in nome del principio di procreazione responsabile, ha la facoltà di decidere in autonomia se condurre a termine la gravidanza o interromperla, secondo le regole sull'IVG (l. 194/1978), mentre l'uomo non può opporsi alla sua decisione, né per imporle l'interruzione né per impedirgliela²⁷. La donna dunque, valendosi di questa facoltà,

²⁴ Cass. 10906/2017 ha escluso che costituisca un illecito civile, fonte di obbligazione risarcitoria, la dichiarazione erronea della donna di non essere fertile, anche se consapevolmente falsa, resa al momento del rapporto sessuale nel quale è stato concepito il figlio.

²⁵ Non trovano dunque fondamento nel matrimonio, come tuttora recita l'art. 147 cod. civ., sfuggito all'abrogazione da parte del d.lgs. 154/2013.

²⁶ Sul punto la giurisprudenza della Corte suprema è costante da tempo: cfr. in termini, da ultimo, Cass. 12640/2015; in precedenza Cass. 5586/2000, 8042/1998, 6217/1994, 7285/1987.

²⁷ C. Cost. 389/1988 ha giudicato non irragionevole, e quindi non sindacabile, la scelta di politica del di-

JUS CIVILE



può evitare la conseguenza procreativa del rapporto sessuale, mentre all'uomo non è data la medesima facoltà.

Questa disparità è pienamente giustificata, a mio avviso, in quanto conseguenza logica e ragionevole di differenze *naturali*: la gravidanza è portata dalla donna, dunque incide sulla sua vita biologica, e solo sulla sua; inoltre soltanto per la donna è ipotizzabile un rapporto sessuale atto a procreare, che sia imposto contro la sua volontà, con la violenza.

6. – La *priorità dell'interesse del minore* è ormai un principio di base del sistema costituzionale e internazionale dei diritti fondamentali dell'uomo, che presiede all'intero diritto minorile²⁸: la sua definizione più significativa e articolata contenuta in un testo normativo è quella dell'art. 3 della *Convenzione ONU sui diritti dei minori* (New York, 1989)²⁹. Ha la funzione di guida tanto per il legislatore quanto per l'interprete ed esprime l'atteggiamento fortemente puerocentrico che oggi, almeno a parole, connota le società dei paesi di matrice culturale europea.

È una formula generica, un'icona linguistica³⁰, dal contenuto molto ampio e non

ritto compiuta dal legislatore, di lasciare la donna unica responsabile della decisione di interrompere la gravidanza, in presenza delle condizioni indicate dalla legge.

²⁸ Per un'ampia ricognizione di questo singolare principio, del quale si fa spesso un uso retorico e del quale molte volte si abusa, come se bastasse asserirlo per motivare adeguatamente una decisione, cfr. anzitutto LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, FrancoAngeli, 2016; SENIGAGLIA, *Status filiationis e dimensione relazionale dei rapporti di famiglia*, Jovene, 2013, in part. 85. Cfr. inoltre TOMMASEO, *La tutela dei minori nel quadro di un diritto di famiglia in bilico tra riforme recenti e annunciate*, in *Fam. dir.*, 2016, 713; SALANITRO, *Azioni si stato e favor minoris tra interessi pubblici e privati*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 552; ID., *La riforma della disciplina della filiazione dopo l'esercizio della delega (II parte)*, in *Corr. giur.*, 2014, 675. Rinvio infine ai miei articoli "Best interests of the child" o "best interests of children"?, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, 157; *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ., cit.*, I, 86; *L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: espansione e trasformismo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, 148.

²⁹ Nella locuzione *best interests of the child* la parola "best" è un superlativo relativo, che in italiano si traduce correttamente "migliore" e non certo con "superiore". La locuzione "superiore interesse del minore" – da qualche tempo comunemente usata in Italia – deriva dalla traduzione francese dei suddetti *best interests* del testo inglese dei documenti internazionali. Mi sembra che ne tradisca lo spirito e che aggiunga una buona dose di retorica, marcata ancor di più dal fatto che in italiano l'aggettivo è posto prima del sostantivo, a differenza che in francese, sicché sul piano psico-linguistico appare dominante.

³⁰ Definizione di ZATTI, *Le icone linguistiche: discrezionalità interpretative e garanzia procedimentale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, suppl., 1 (Atti del convegno *Giustizia minore? La tutela giurisdizionale dei minori e dei giovani adulti*, Cedam, 2004).

JUS CIVILE



precisamente circoscritto, che da tempo è divenuto un vero e proprio diritto fondamentale attinente alla personalità del minore³¹: comprende ogni aspetto della sua vita e privilegia il suo complessivo benessere, nella famiglia e nelle altre formazioni sociali cui partecipa. Ciò non solo e non tanto sul piano patrimoniale (cui sembrerebbe più direttamente riferirsi la parola *interesse*), quanto soprattutto sul piano *non patrimoniale*, dei *diritti fondamentali della persona* – primo fra tutti quello di essere adeguatamente curato e accudito nella propria famiglia – e dei valori che vi sono sottesi, secondo la concezione che ne ha la società del nostro tempo. Tutto ciò in vista del fine ultimo: che diventi un adulto libero, consapevole e responsabile.

Dalla sua origine fino alla metà del XX secolo aveva solo il significato, ben preciso e molto più ristretto di quello che gli viene riconosciuto oggi, di fungere da valvola di sfogo rispetto alle rigidità dell'ordinamento. Permetteva infatti all'autorità pubblica, in considerazione delle specifiche circostanze in cui si trovava quel determinato minore, di prendere una decisione che fosse quanto più possibile "giusta" per lui, cioè corrispondente alla sua "felicità", anche se in conflitto con principi consolidati dell'ordinamento giuridico. Una decisione, insomma, che l'autorità non avrebbe potuto prendere se avesse applicato con rigore la disciplina stabilita dal diritto in via generale e astratta³². Successivamente, almeno dalla metà del XX secolo, ha assunto anche un altro significato, come ben emerge dal suddetto art. 3 Conv. ONU laddove lo addita al legislatore: tutto il sistema *legislativo* dev'essere costruito in funzione della miglior protezione del benessere dei bambini e degli adolescenti.

Le due nozioni possono però entrare in conflitto; e spesso hanno avuto occasione di entrarvi³³.

L'estrema ampiezza del raggio d'azione del principio di priorità dell'interesse del minore supera di molto l'ambito della materia qui trattata. È espressamente richiamato da lungo tempo in molti settori del diritto minorile: dall'affidamento che segue alla separazione dei genitori, ai provvedimenti sulla responsabilità parentale, all'affidamento extra-familiare, all'adozione.

³¹ Così per primo SENIGAGLIA, *Status filiationis*, cit., in part. 145; successivamente cfr. LENTI, *Note critiche*, cit., 98.

³² Per l'esposizione dell'origine della formula *best interests of the child*, che ha il suo primo impiego operativo nel diritto nordamericano dell'inizio ottocento, rinvio a LENTI, *Note critiche*, cit., 89.

³³ Un clamoroso esempio italiano è la vicenda del progressivo sfondamento del limite massimo di differenza di età per adottare con adozione piena (art. 6 l. 184): rinvio ancora a LENTI, *Note critiche*, cit., 95.

JUS CIVILE



In questa sede mi limito a cercar di fare un po' di chiarezza, fra le tante ambiguità del suo significato, su quella che maggiormente rileva per le regole sulla costituzione lo stato di figlio: interesse del *minore* o interesse del *figlio*?

Da un lato vi è il miglior interesse del *minore in quanto tale*, cioè preso in considerazione per i suoi peculiari bisogni, prima di tutto quelli di affetto e di cura. Riguarda con maggiore intensità i primi anni della vita, quelli dell'infanzia e dell'adolescenza; la sua prospettiva temporale è relativamente breve. Per soddisfarlo, di solito – ma non sempre – è opportuno conservare e proteggere la relazione del bambino con i genitori e con gli altri familiari più stretti, oppure con le persone cui è stato affidato e che se ne sono prese cura come se fosse un figlio; e sostenerla, se ve n'è la necessità, sia sul piano sociale, con aiuti da parte del sistema dei servizi sociali, sia sul piano giuridico, con regole che le diano stabilità e pubblico riconoscimento. Nel linguaggio della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (in seguito CtEDU) questo interesse è protetto in quanto vita *familiare*.

Dall'altro lato vi è l'interesse del *figlio in quanto tale*, cioè preso in considerazione non per la sua età, ma come essere umano legato da un rapporto giuridico e fattuale con i suoi genitori e con le famiglie da cui questi provengono. Il figlio ha un'identità personale, nella cui formazione svolgono un ruolo fondamentale tanto i legami affettivi e sociali con i genitori, quanto la discendenza biologica da loro. Verità e identità sono legate reciprocamente in un modo che si evolve nel tempo: ciò che all'inizio della vita è solo *verità* biologica, va poi trasformandosi in *identità* personale, in senso morale e sociale. La sua prospettiva temporale è dunque lunga. Nel linguaggio della giurisprudenza della CtEDU questo interesse, più che come vita familiare, è protetto come vita *privata*.

Durante la minore età si presenta la loro sommatoria, l'interesse del *figlio minore*. La potenziale antitesi tra interesse del minore (principalmente affettivo) e interesse del figlio (principalmente identitario) ha molte occasioni per emergere, nelle quali il nostro diritto presenta un livello di confusione non indifferente.

Un caso emblematico è quello portato al giudizio della Corte costituzionale (sentenza 272/2017), che riguarda un atto di nascita validamente formato all'estero in seguito a una maternità surrogata: se debba essere trascritto integralmente, attribuendo alla committente la qualità di madre (benché solo sociale, ma non genetica né di gravidanza e parto), oppure possa essere trascritto solo in parte, attribuendo la

JUS CIVILE



paternità al marito (padre genetico); a questo modo per la madre sociale si aprirebbe la strada all'adozione del figlio del coniuge³⁴.

Tralasciando qui i problemi derivanti dall'illiceità della maternità surrogata, la prima soluzione dà piena protezione all'interesse del minore, ma non garantisce il diritto del figlio all'identità, seppur solo sotto il profilo genetico. La seconda dà invece piena protezione a quest'ultimo diritto, ma è meno garantistica rispetto all'interesse del *minore*; e anche rispetto all'interesse del *figlio*, quanto alla stabilità del rapporto: l'adozione in casi particolari è infatti revocabile nei casi stabiliti dalla legge.

7. – Nella filiazione materna, come già osservato sopra, la *verità biologica* presenta due diversi aspetti: la discendenza *genetica* e la *gestazione* e il *parto*.

L'art. 269 c. 3° c.c. stabilisce che la maternità è attribuita alla donna che partorisce: è un principio di tradizione plurisecolare, che in passato stabiliva una cosa del tutto ovvia sul piano biologico. Suo presupposto implicito, logico e biologico, era che la formazione dell'embrione, risultato dell'unione dell'ovocita e dello spermatozoo, non poteva avvenire se non all'interno del corpo della donna. Come tutti sappiamo, da circa 40 anni non è più sempre così: infatti è tecnicamente e legalmente possibile formare l'embrione in vitro, dopo aver prelevato l'ovocita dall'apparato riproduttivo femminile.

La legge italiana ignora questo dato della realtà contemporanea: lasciando immutato il tradizionale principio espresso dall'art. 269 c. 3° c.c., riconosce unicamente la maternità di gravidanza e parto e ignora quella solo genetica; o almeno questo è quanto risulta dai testi normativi.

Nel caso di una coppia eterosessuale che ricorre alla PMA eterologa femminile, l'embrione è formato con l'ovocita di una datrice anonima, mentre la gravidanza è

³⁴In materia sono attese al momento in cui scrivo due importanti sentenze. La prima della Corte di cassazione: dovrà pronunciarsi sulla trascrivibilità integrale dell'atto di nascita quando il nato è frutto di una maternità surrogata, questione sulla quale la Corte costituzionale, con la citata sentenza 272, si è limitata a dare indicazioni di massima, ma ha evitato di pronunciarsi. La seconda della Corte europea dei diritti dell'uomo: dovrà pronunciarsi in seguito al rinvio pregiudiziale fattole dalla Corte di cassazione francese (5 ottobre 2018, n. 638), ancora con riguardo al noto caso *Mennesson* (sul quale cfr. sotto, nt. 36®): se l'ammissione dell'adozione del figlio del coniuge sia sufficiente per considerare rispettati i principi in materia stabiliti della Corte europea in tema di rispetto della vita privata e familiare. Si tratta del primo caso di rinvio pregiudiziale a Strasburgo, in applicazione del protocollo n. 16 della CEDU.

JUS CIVILE



portata dalla donna che nell'intenzione è madre sociale. In questi casi attribuire la maternità a quest'ultima e ignorare la madre genetica non dovrebbe dar luogo ad alcuna controversia: da un lato, infatti, l'art. 9 c. 3° l. 40/2004 esclude espressamente qualsiasi rapporto tra la datrice del gamete e il nato, nell'implicito presupposto che questa sia destinata a restare anonima e che abbia anche un interesse in tal senso; dall'altro lato la madre sociale, la sola cui l'art. 269 c. 3° attribuisce la maternità, è l'unica interessata a svolgere la funzione di madre del nato.

La questione del riconoscimento della maternità solo genetica si pone invece in modo effettivo e concreto per le coppie omosessuali femminili. Va infatti crescendo il numero dei casi in cui *biologicamente* il figlio appartiene a entrambe le donne: l'una è madre *genetica* e l'altra è madre *gestante e partoriente*.

Allo stato attuale delle regole del nostro diritto – che sul punto è di fonte principalmente giurisprudenziale – l'attribuzione della maternità a entrambe è ammissibile solo se la nascita è avvenuta all'estero, in un paese che consente la formazione di un atto di nascita di figlio di due donne, atto che potrà poi essere trascritto in Italia. Se invece la nascita avviene in Italia, l'art. 269 c. 3° c.c. impone che madre sia solo la donna che ha partorito. Resta ovviamente ferma la possibilità di ricorrere all'adozione di cui all'art. 44 c. 1°, lett. d, l. 184.

Per la madre genetica si potrebbe però aprire, a mio avviso, uno spiraglio per affermare la propria maternità: fare all'ufficiale di stato civile la dichiarazione di riconoscimento del figlio e poi impugnare il suo probabilissimo rifiuto di riceverlo³⁵. Nel relativo procedimento giudiziario potrebbe dare la prova della propria maternità genetica.

La regola dell'art. 269 c. 3° c.c. è sempre stata interpretata in modo rigido, tale da non ammettere altre possibilità: madre è *soltanto* colei che partorisce. Se ne potrebbe però ipotizzare un'interpretazione diversa, che ne temperi la rigidità, traendo spunto dagli argomenti svolti nella sentenza 347/1998 della Costituzionale sul disconoscimento della paternità in caso di PMA eterologa. La Corte non aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 235 c.c. allora vigente, nella misura in cui non prevedeva il caso della PMA eterologa, come avrebbe ben potuto fare. Aveva invece scelto una strada diversa, quella di ritenere che vi fosse una *lacuna*, cioè che mancasse la norma regolatrice del disconoscimento per il caso di PMA eterologa: da qui la necessità di ricorrere ai

³⁵L'eventuale legame di unione civile tra le due donne non ha alcun rilievo: si tratta comunque di un figlio nato fuori dal matrimonio.

JUS CIVILE



principi generali³⁶. I casi di cui all'art. 235 c.c. – argomentava la Corte – avevano un presupposto fattuale ineliminabile: l'adulterio della donna; adulterio che è pacifico non sussista in caso di PMA eterologa.

Nel caso dell'art. 269 c. 3° c.c. si potrebbe strutturare il ragionamento in modo analogo: il presupposto fattuale della norma, come già detto sopra, è l'inscindibilità della maternità di gravidanza e parto da quella genetica. Nei casi in cui i due aspetti della maternità biologica si presentano scissi, sicché vi sono due madri che sono entrambe biologicamente tali, si potrebbe dire che vi è una *lacuna* e che si dovrebbe quindi ricorrere ai principi generali.

Tra questi vi è certamente l'interesse del minore alla consolidazione giuridica del rapporto con la madre genetica, un rapporto che esiste nei fatti e che gode di tutela come vita familiare. Ma qui opera anche un altro principio, che mi sembra non si possa trascurare: l'eguaglianza. Il fatto che la discendenza genetica sia tutelata diversamente per l'uomo e per la donna potrebbe essere considerato come una violazione del principio di eguaglianza³⁷. Questa interpretazione permetterebbe in astratto di giungere al risultato di ammettere che il rapporto di filiazione possa essere costituito con entrambe le donne: con la madre partorienti in forza dell'art. 269 c. 3° c.c. e con la madre genetica in forza dei principi generali.

L'importanza decisiva del legame genetico emerge chiaramente dalle sentenze della CtEDU: quand'anche la procreazione fosse stata realizzata in violazione di

³⁶ Il principio fondamentale indicato è quello della priorità dell'interesse del minore, al quale la casazione, con la sentenza 2135/1999, ha poi aggiunto l'esigenza di contrastare le condotte "ondvaghe" di chi, dopo aver consentito alla PMA eterologa, aveva poi cambiato idea e chiesto il disconoscimento.

³⁷ Emerge qui un dato curioso. Secondo una tradizione scientifica plurisecolare, che risale ad Aristotele e ha dominato nella cultura europea dell'era pre-microscopica, fino a metà del XVII secolo, la discendenza genetica è solo maschile. Nel linguaggio ha lasciato una traccia che dura tuttora: i gameti maschili erano e sono chiamati *sperma*, *seme*, facendo così un'analogia con il mondo vegetale evidentemente errata, poiché ciò che equivale al seme delle piante è semmai l'embrione. Secondo la suddetta tradizione, l'embrione si forma per l'azione dello sperma sul sangue mestruale femminile; lo sperma rappresenta il principio vitale (causa efficiente), che infonde l'anima del nuovo essere nella donna, mondo inerte, terreno neutro, che ha solo la funzione di accogliere il seme e di alimentarlo (causa materiale). Il fondamento culturale e sociale di una simile teoria scientifica, rigorosamente maschio-centrica, è di tutta evidenza.

Così ragionando, l'apporto femminile alla procreazione è costituito solo dalla gravidanza e non dall'ovocita, la cui stessa esistenza era esclusa nella dottrina aristotelica ed era controversa nella scienza dei secoli XVII e XVIII. Il principio secondo il quale anche in caso di PMA eterologa femminile madre è sempre e soltanto la donna che partorisce, e trascurando la provenienza dell'ovocita, è coerente con questa tradizione discriminatoria e le dà in qualche modo nuova vita.

JUS CIVILE



norme di legge, quando vi è discendenza genetica non è lecito impedire che si formi il rapporto giuridico di filiazione³⁸.

Il d.lgs. 154/2013, purtroppo, non ha potuto tener conto del fatto che oggi questi eventi non solo potrebbero verificarsi, ma effettivamente si verificano e non sono più eccezionali: la delega (art. 2 l. 219/2012) non contiene infatti alcuna indicazione in proposito. È vero, il divieto della PMA eterologa è caduto solo nel 2014, quindi ben dopo la legge 219; ma anche prima di questa legge era ben noto che la PMA con queste peculiari caratteristiche era comunemente praticata all'estero e che vi ricorrevano anche donne italiane, sicché nella delega sarebbe stato opportuno tenerne conto. Sottolineo poi che la legge 40, che pur vietava la PMA eterologa, era consapevole che avrebbe ben potuto darsi che tali interventi potessero aver luogo nonostante il divieto, sia in Italia, in violazione della legge stessa, sia all'estero: pertanto all'art. 9 ne aveva opportunamente disciplinato le conseguenze.

8. – Nelle regole sulla formazione del rapporto di filiazione materna la riforma del 2012-13 ha mantenuto la differenza tra nascita nel matrimonio e fuori dal matrimonio: nel primo caso il rapporto si costituisce di diritto, come conseguenza immediata del fatto della nascita da una donna sposata, salvo che questa dichiari di aver concepito il figlio fuori dal matrimonio o di voler restare anonima. Nel primo caso è necessario, per far sorgere il rapporto, il contestuale riconoscimento della madre.

Il legislatore ha dunque scelto di mantenere la regola tradizionale³⁹, che storicamente è legata all'ammissione della facoltà di partorire nell'anonimato. Eppure la costituzione di diritto del rapporto di filiazione materna non è affatto in conflitto necessario con il parto anonimo, che il diritto italiano garantisce: non vi sarebbe infatti alcuna difficoltà a stabilire che il rapporto di filiazione materna si costituisce di diritto.

³⁸ Nei casi *Menesson c. Francia* e *Labassée c. Francia* (2014) le coppie committenti (eterosessuali) avevano fatto ricorso alla maternità surrogata – vietata dalla legge francese – in un paese ove era lecita. I figli che ne erano nati discendevano geneticamente dai mariti delle coppie committenti, sicché il rapporto di filiazione che li legava ai padri, risultante dai loro atti di nascita, doveva essere riconosciuto anche in Francia.

³⁹ Questa regola è in conflitto con l'art. 2 della *Convenzione europea sullo stato giuridico dei figli nati fuori dal matrimonio* (Strasburgo, 1975), secondo il quale invece la maternità è attribuita per il «solo fatto della nascita». La Convenzione non è stata ratificata dall'Italia e ha avuto poco successo nei paesi dell'Europa occidentale, Scandinavia a parte, benché il principio del suddetto art. 2 sia accolto quasi ovunque, anche dai paesi che non hanno ratificato la Convenzione.



to in ogni caso, che lo donna sia o non sia sposata, a meno che al momento del parto dichiarare l'intenzione di restare anonima⁴⁰.

Il fatto che il rapporto di filiazione materna non si costituisca di diritto, per il mero fatto della nascita, può avere gravi conseguenze pratiche per la madre stessa, per la sua famiglia e per il neonato. Sono casi fortunatamente rari, ma tutt'altro che impossibili a verificarsi. Il principale è quello in cui la madre, in seguito al parto, rimanga priva della capacità naturale necessaria per effettuare il riconoscimento, per esempio perché in coma, e successivamente muoia senza averla riacquisita⁴¹. In tal caso per costituire il rapporto di filiazione materna sarebbe necessaria una successiva dichiarazione giudiziale di maternità.

La sua costituzione è il passaggio essenziale affinché sorga il rapporto di parentela con gli altri componenti della famiglia materna del neonato, in particolare con nonni o zii. La formazione di tale rapporto è decisiva per l'indirizzo che prenderà la vita del figlio: se il padre non lo riconosce, infatti, invece di essere avviato all'adozione in quanto legalmente figlio di ignoti, potrebbe – se ciò corrisponde al suo miglior interesse – essere allevato dai parenti stretti in sostituzione della madre, o in collaborazione con lei se rimasta affetta da gravi disabilità in seguito al parto. A questo modo sarebbe garantita la sua permanenza nella famiglia d'origine, come richiede in generale la giurisprudenza della CtEDU, e gli sarebbe evitato il rischio di un grave pregiudizio.

Credo si possa ben affermare, in conclusione, che l'attribuzione di diritto della maternità alla donna partorienti, fermo restando il suo diritto al parto anonimo, corrisponde al miglior interesse del minore, perché permette di mantenerlo all'interno della sua famiglia allargata e ne conserva così l'identità familiare.

Anche qui però il d. lgs. 154/2013 non ha purtroppo potuto affrontare il problema, poiché la delega (art. 2 l. 219/2012) non conteneva alcuna indicazione in proposito.

9. – È opinione diffusa che mantenere il tradizionale principio della presunzione

⁴⁰ A conferma dell'esistenza di questa possibilità, ricordo che in Francia la filiazione materna si stabilisce di diritto (art. 311-25 *code civ.*) e che ciononostante è ammesso il parto anonimo (art. 326 *code civ.*).

⁴¹ Cfr. anche il caso, rocambolesco ma realmente accaduto, citato da MANTOVANI, *Questioni in tema di accertamento della maternità naturale e sistema dello stato civile*, in *Genitori e figli: quali riforme per le nuove famiglie*, a cura di FERRANDO e LAURINI, Atti dell'omonimo convegno (Genova, 2012), Ipsoa, 2013, 53.

JUS CIVILE



di paternità del marito costituisca una ragionevole eccezione al principio di eguaglianza tra i figli. Tale differenza è infatti rimasta anche in molti altri paesi che hanno unificato lo stato di figlio in modo per tutto il resto completo.

Sul piano dei principi credo però che non sarebbe affatto peregrino far dipendere la presunzione di paternità dalla convivenza invece che dal matrimonio⁴².

Tuttavia allo stato attuale del nostro diritto e della sua concreta applicazione, sul piano pratico una simile regola presenterebbe gravi problemi di certezza del diritto, il che non è ammissibile per le questioni di stato. La nozione di convivenza è infatti imprecisa quanto alle sue caratteristiche e alla sua durata: neanche la legge 76/2016, che pur dichiara l'ambizione di dare la disciplina generale della materia, le definisce con precisione, ma si limita a stabilire che l'iscrizione anagrafica ne costituisce prova (c. 37°). A ciò si aggiunga che il diritto italiano contiene un'ampia pluralità di nozioni di convivenza, diverse tra loro, che non è possibile ricondurre all'unità per via interpretativa⁴³. E vi si aggiunga pure che il controllo dell'autorità amministrativa sulla residenza anagrafica è nei fatti alquanto deficitario.

La riforma stabilisce che la presunzione di paternità scatta per il figlio «nato o concepito» durante il matrimonio. La formula non ha alcun portato innovativo, poiché già da tempo era indubbio che scattasse anche per il figlio nato nei primi 180 giorni successivi alla celebrazione del matrimonio, quindi concepito prima di questo. La giurisprudenza era infatti costante nell'affermare che per disconoscerlo non era sufficiente allegare il fatto che era nato nei primi 180 giorni successivi al matrimonio, ma occorreva anche dare le prove richieste dal testo allora vigente dell'art. 235 c.c., allo stesso modo che per il figlio concepito nel matrimonio.

⁴² La presunzione di paternità, *oggi*, non può più essere fondata sul dovere di fedeltà della moglie, come invece a volte ancora si legge in dottrina. Mentre in passato la sua fedeltà aveva il fine di garantire la discendenza dei figli dal marito, oggi ha assunto un ruolo diverso. Anzitutto non distingue più tra marito e moglie, ma lega entrambi allo stesso modo. Inoltre, e soprattutto, non è limitata al dovere di astensione da rapporti sessuali con terzi, ma ha un significato al tempo stesso più ampio e meno rigido: esprime una caratteristica fondamentale del rapporto che lega una coppia convivente secondo il comune sentire di oggi, cioè la più completa intimità di vita fra le due persone, un'intimità emotiva e affettiva connotata dalla massima lealtà e sincerità reciproca; l'intimità sessuale ne è soltanto uno degli aspetti, seppur basilare. Per ciascun componente della coppia l'altro è, o dovrebbe essere, il riferimento esistenziale fondamentale, che la tradizione culturale europea prescrive sia esclusivo, finché la coppia resta unita, in nome del principio monogamico.

⁴³ Per quanto riguarda la durata, ha tentato di farlo la Corte di cassazione a sezioni unite con la decisione (alquanto creativa!) 16379/2014 in tema di delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale: la convivenza dovrebbe essere considerata *stabile* – e quindi impedire la delibazione, a tutela del matrimonio-rapporto – se si è protratta per almeno tre anni.



10. – La prima comparsa del riferimento al miglior interesse del minore nelle norme sulla formazione del rapporto di filiazione data dal 1975: riguardava il riconoscimento tardivo dei figli naturali, mentre nulla di simile è mai stato previsto per i figli legittimi. Alla sua base vi era l'idea secondo la quale il figlio nato fuori dal matrimonio vivrebbe in condizioni deteriori sul piano sociale, quanto meno in caso di riconoscimento tardivo cui l'altro genitore non consente: avere un solo genitore che si occupa effettivamente di lui lo renderebbe meritevole di una speciale attenzione da parte del giudice, di carattere paternalistico.

Com'è noto, il riconoscimento tardivo del figlio infraquattordicenne (infrasedicenne prima del 2012) necessita del consenso del genitore che lo ha riconosciuto per primo; altrimenti è invalido. Questi può negarlo solo se ciò corrisponde al miglior interesse del minore. In caso di conflitto fra i genitori, può essere richiesto l'intervento del giudice: oggetto del suo accertamento non è tanto se il secondo riconoscimento sia conforme all'interesse quel determinato minore, né tanto meno dei minori in generale, quanto invece il suo opposto, se sia contrario all'interesse di quel determinato minore. Solo in questo caso l'autorizzazione può essere negata. L'onere di provare tale contrarietà grava dunque principalmente sul genitore che vi si oppone.

Secondo l'orientamento giurisprudenziale consolidato da tempo, l'autorizzazione può essere negata solo in casi davvero eccezionali: qualora il padre tenga comportamenti che ne giustificherebbero la decadenza dalla responsabilità genitoriale; oppure il rischio di sconvolgere gli equilibri di vita del minore sia talmente forte, da rischiare di recargli un pregiudizio gravissimo⁴⁴; oppure qualora il minore stesso, purché sufficientemente maturo e consapevole (dunque non solo capace di discernimento), rifiuti qualsiasi rapporto con il padre che vorrebbe riconoscerlo⁴⁵.

Il d.lgs. 154 – molto opportunamente, visto l'orientamento giurisprudenziale suddetto – ha capovolto la regola previgente sull'iniziativa di adire il giudice per accer-

⁴⁴ Nel principio di diritto affermato da Cass. 4/2008 (§ 3.3 della sentenza), si legge che il secondo riconoscimento va escluso solo «in presenza di gravi e irreversibili motivi che inducano a ravvisare la forte probabilità di una compromissione dello sviluppo del minore, e in particolare della sua salute psico-fisica».

⁴⁵ Questo principio va emergendo anche nella giurisprudenza sulle controversie riguardanti l'azione di disconoscimento esercitata dal curatore speciale (nominato su pressione del preteso padre biologico), quando l'intera famiglia è unita nell'opporvisi: in tempo recenti la Corte suprema ha ritenuto in qualche caso (cfr., per esempio, Cass. 7762/2017) che l'interesse del minore, che permette la nomina del curatore, debba permanere anche nella fase del giudizio di disconoscimento; pertanto se il minore, purché abbastanza maturo e consapevole, dichiara che intende mantenere il rapporto con il padre legale (e questi è d'accordo) e non avere alcun rapporto con il preteso padre biologico, la legittimazione attiva del curatore viene meno e l'azione deve quindi essere respinta.



tare se il secondo riconoscimento corrisponde al miglior interesse del figlio minore: oggi grava sul genitore che rifiuta il consenso (art. 250, c. 4°, cod. civ.), quasi a confermare l'idea che la cosiddetta *normalità* consista nel fatto che questo è conforme al suo miglior interesse.

In caso, dunque, la costituzione del rapporto potrebbe essere impedita in nome del miglior interesse del minore, considerato in quanto tale, ponendo così un limite al principio di verità biologica. Ma non solo: impedirla limiterebbe anche il diritto del figlio, considerato in quanto tale e non in quanto minorenni, di conoscere la sua identità genetica e di avere uno stato giuridico che le corrisponda, identità alla cui formazione concorre il rapporto con entrambi i genitori⁴⁶. Impedirla sacrificerebbe poi anche l'interesse del figlio ad avere aspettative più ampie, cioè nei confronti di entrambi i genitori, sia sul piano esistenziale (educazione, istruzione e assistenza morale e materiale), sia su quello economico (mantenimento, successione a causa di morte). Infine, con riguardo però al solo riconoscimento tardivo, porrebbe un limite al diritto del genitore di costituire il rapporto: l'orientamento costante della giurisprudenza della CtEDU, infatti, non permette più dubitare che questo diritto esista e che rientri nel novero dei diritti fondamentali della persona.

Analoga eccezione al principio di verità nasce dalla sentenza C. cost. 341/1990⁴⁷: il giudice deve accertare se corrisponde al miglior interesse del minore che la madre, la quale ha riconosciuto il figlio ed esercita la responsabilità parentale, chieda la dichiarazione giudiziale di paternità. La prassi giurisprudenziale in materia giudica che l'esercizio dell'azione è giudicato pressoché sempre conforme al miglior interesse del minore, rendendo tale accertamento nei fatti inutile⁴⁸.

⁴⁶Nella giurisprudenza il riferimento esplicito all'identità personale è una novità dell'ultimo decennio: cfr. per esempio il principio di diritto che si legge nella citata Cass. 4/2008 (§ 3.3 della sentenza). Nell'enunciazione stessa di questo principio di diritto traspare una sovrapposizione non chiarita tra interessi (e diritti) del minore in quanto tale e interessi (e diritti) del figlio in quanto tale.

⁴⁷È affermazione ricorrente che questa sentenza avrebbe istituito un parallelismo, prima assente, tra dichiarazione giudiziale e riconoscimento, quanto alla possibilità di valutare il miglior interesse del minore. A mio avviso le cose stanno proprio all'opposto: prima il parallelismo esisteva e la sentenza lo ha cancellato. Nel caso del riconoscimento tardivo, infatti, il genitore che ha riconosciuto per primo (di solito la madre) esprime la sua scelta a che il figlio abbia due genitori legali dando il proprio consenso: questo è di per sé sufficiente e non lascia spazio affinché ne sia valutata la conformità al miglior interesse del minore. Nel caso della dichiarazione giudiziale tale genitore esprime la medesima scelta, ma in un modo diverso, cioè esercitando l'azione in giudizio: questo però non è di per sé sufficiente e dev'essere integrato dalla valutazione suddetta. Nel primo caso la scelta del genitore che ha riconosciuto per primo non è sindacabile dall'autorità giudiziaria, mentre nel secondo caso lo è: la differenza è evidente e, a mio modo di vedere, ingiustificata.

⁴⁸L'accertamento doveva aver luogo nella fase di ammissibilità (art. 274 c.c., allora vigente), l'unica



11. – Il d.lgs. 154 non ha rimediato al problema che deriva dal tenore letterale dell'art. 232 c. 2° c.c. Secondo la sua lettera, a venir meno è la presunzione di concepimento nel matrimonio, con la conseguenza che il figlio concepito da due coniugi legalmente separati risulterebbe concepito fuori dal matrimonio e sarebbe necessario il riconoscimento per acquistare lo stato di loro figlio. Secondo l'interpretazione anti-letterale comunemente accolta, invece, a venir meno è la presunzione di paternità, con la conseguenza che il figlio concepito in quelle circostanze è pur sempre concepito nel matrimonio. Va però detto che l'unificazione degli effetti tra filiazione matrimoniale e non matrimoniale toglie al problema dell'interpretazione della norma gran parte della sua rilevanza⁴⁹.

La donna sposata ha la facoltà di indicare, al momento della formazione dell'atto di nascita, che il figlio è stato concepito al di fuori del matrimonio, cioè con un uomo diverso dal marito: per conseguenza non scatta la presunzione di paternità e si forma lo stato di figlio riconosciuto dalla madre; a questo modo il padre biologico può riconoscerlo, contestualmente o in seguito, nel silenzio della madre, si forma l'atto di nascita di figlio matrimoniale e il padre biologico potrebbe riconoscerlo solo dopo l'eventuale disconoscimento⁵⁰.

Al momento della dichiarazione di nascita, dunque, la condizione del padre biologico è interamente posta nelle mani della madre: certo, se questa dichiara il falso commette il reato di alterazione di stato, ma nel frattempo l'atto di nascita si è formato e per modificarlo sarà necessario esercitare un'azione di stato.

Credo sarebbe meglio ridisciplinare la materia, magari ispirandosi al sistema tedesco (§ 1600, *abs.* 1° n. 2 e *abs.* 2°, *BGB*)⁵¹, il quale prevede che il supposto padre bio-

rimasta veramente conflittuale una volta divenuto normale il ricorso alle prove genetiche: è qui che il convenuto concentrava le sue difese nella speranza di non giungere alla successiva fase di merito, essendo spesso consapevole che la prova dei marcatori del DNA, inammissibile nella fase preliminare, l'avrebbe condannato. Una volta finalmente e opportunamente dichiarata incostituzionale tale fase (C. cost. 50/2006), l'accertamento della conformità al miglior interesse del minore, ricollocato nella fase di merito, ha perso nei fatti quasi tutta la sua importanza, avendo luogo insieme con la prova genetica.

⁴⁹ Resta però comunque il fatto che lo stato di figlio matrimoniale è più *solido* di quello di figlio non matrimoniale: rinvio sul punto a quanto osservato nel § 1®.

⁵⁰ Il fatto stesso che negli ultimi anni si siano fatti più frequenti i casi di disconoscimento richiesto dal curatore speciale (art. 244 c. 6° c.c.), su pressione del supposto padre biologico – cui la famiglia matrimoniale resiste in piena unità d'intenti – indica che il problema dell'inadeguatezza della normativa, che esclude del tutto la sua legittimazione attiva, ormai esiste e che dovrebbe essere affrontato dal legislatore. Il d.lgs. 154 non ha potuto occuparsene, poiché la delega dell'art. 2 l. 219 taceva in proposito.

⁵¹ Così riformato in ottemperanza alla sentenza del *BVG* del 9 aprile 2003.

JUS CIVILE



logico possa impugnare la paternità del marito della madre, attribuita di diritto al nato, in presenza delle seguenti circostanze: che non si sia instaurato alcun rapporto sociale e familiare tra il nato e il padre legale, che il padre biologico giuri di aver avuto rapporti sessuali con la madre nel periodo del concepimento e che dimostri la propria paternità genetica.

In presenza di queste circostanze di fatto, secondo il diritto italiano la paternità del marito è di solito esclusa fin dal momento della formazione dell'atto di nascita, grazie alla dichiarazione resa dalla madre: nei fatti è quindi probabile che nella gran maggioranza dei casi non cambierebbe nulla. Ma in questo modo, almeno, la possibilità del padre biologico di far valere il suo diritto non sarebbe subordinata alla dichiarazione della madre, com'è invece oggi.

12. – Il nuovo art. 251 c.c. riscrive la disciplina del riconoscimento del figlio nato da una relazione incestuosa.

Anzitutto è bene ricordare che prima della riforma il riconoscimento di questi figli riusciva nei fatti a essere compiuto da parte di un solo genitore, seppure illegittimamente. La condizione di *incestuoso* deriva infatti dal rapporto esistente fra i due genitori, rapporto che ha ben poche possibilità pratiche di emergere al momento del primo riconoscimento, in base al quale si forma l'atto di nascita. Certo, nei moduli di stato civile in uso il genitore che effettua il riconoscimento deve dichiarare che la nascita non deriva da una relazione incestuosa: ma nei fatti per l'ufficiale di stato civile è pressoché impossibile controllare, nel momento in cui la riceve, se tale dichiarazione è veridica. Comunque sia in questi casi il riconoscimento contiene una falsa dichiarazione, sicché può integrare il reato di alterazione di stato (art. 567 c. 2° c.p.).

Il riconoscimento – si legge nell'art. 251 c.c. – dev'essere autorizzato dal giudice, il quale decide «avuto riguardo all'interesse del figlio e alla necessità di evitare allo stesso qualsiasi pregiudizio». Va sottolineato che l'interesse menzionato dalla norma è quello del *figlio*, non quello del *minore*: ciò sembra porre in primo piano non tanto il diritto del minore a essere curato e assistito dai suoi genitori, quanto il diritto del figlio alla propria identità personale. Inoltre la nuova norma sopprime il riferimento alla buona fede dei genitori, contenuto nella norma previgente, che credo potesse avere cittadinanza solo nella trama di un romanzo ottocentesco, e non di prima qualità.

L'art. 251 c. 1° c.c. sembra avere due presupposti impliciti opposti. Da un lato,



per il modo in cui è scritto sembra riferirsi al riconoscimento che si effettua per formare l'atto di nascita di un figlio neonato, dunque fatto dai due genitori il cui rapporto di parentela o di affinità è inevitabile che venga così subito a emergere⁵². Dall'altro lato, menzionando l'interesse del *figlio*, sembra invece alludere piuttosto a una persona che abbia un'età tale da poterle riconoscere un'identità personale sufficientemente formata. Comunque sia, la norma sembra presentarsi come generale, da applicare al riconoscimento del figlio di qualunque età e in qualunque caso, anche se già dispone di un atto di nascita come figlio d'ignoti o come figlio già riconosciuto da un genitore, previa falsa dichiarazione di non essere legato da rapporti di parentela o di affinità con l'altro genitore.

Da questo carattere di apparente generalità nascono due domande: l'autorizzazione giudiziale, indiscutibilmente necessaria se il figlio ha meno di 14 anni, è richiesta anche se ha un'età compresa tra i 14 e i 18 anni? E anche se è maggiorenne?

L'art. 251 c. 2° c.c., come modificato dal d.lgs. 154, precisa che il riconoscimento del minore dev'essere autorizzato dal giudice: precisazione inutile, sembrerebbe, perché ripete in sintesi quanto stabilito dal c. 1° sull'autorizzazione; e poi la norma generale che ripartisce le competenze fra tribunale ordinario e tribunale per i minorenni è contenuta nell'art. 38 c. 1° disp. att. c.c.⁵³.

Il testo dell'art. 251 c. 2° c.c. è stato modificato dal d.lgs. 154 rispetto al testo contenuto nell'art. 1 l. 219: la menzione del *tribunale per i minorenni* è stata sostituita con la menzione generica del *giudice*⁵⁴. Finché il testo di legge è rimasto quello introdotto dalla l. 219 mi sembra che la regola, pur espressa in modo implicito e non del tutto sicuro, fosse la seguente: la necessità dell'autorizzazione ha carattere generale, sicché il riconoscimento deve sempre essere autorizzato dal giudice; se il figlio è minorenni, questo giudice è il tribunale per i minorenni; altrimenti sembra sottinteso che sia il tribunale ordinario; nulla dice sul figlio di età compresa tra 14 e 18 anni.

Se si vuol dare un qualche valore al testo dell'art. 251 c. 2°, come modificato dal d.lgs. 154, e non leggerlo come una semplice e inutile ripetizione di altre norme, mi

⁵² Mi sembra improbabile che questo caso ricorra spesso: è infatti facile prevedere che il gruppo familiare in cui nasce un figlio incestuoso sia quanto meno moralmente inadatto a crescere un bambino e che la conseguenza più frequente sia l'immediato allontanamento del figlio, in vista della sua adozione.

⁵³ Sulla riforma dell'art. 251 cfr. le condivisibili e severe critiche di BASINI, "Braut und Schwester bist du dem Bruder – so blühe denn, Wälsungen-Blut!". Considerazioni critiche riguardo alla rinnovata disciplina sul riconoscimento dei figli, così detti, "incestuosi", in *Fam. dir.*, 2015, 62.

⁵⁴ Inoltre il testo dell'art. 38 disp. att. c.c. contenuto della l. 219 taceva sulla competenza per l'autorizzazione di cui all'art. 251 c. 1° c.c.

JUS CIVILE



sembra che vi si possa scorgere una regola nuova, diversa: l'autorizzazione del giudice, disciplinata in generale dal c. 1°, è limitata per effetto del c. 2° al minorenni.

Il tenore letterale della norma non si oppone affatto a una simile lettura. Ed è questa, a mio avviso, l'interpretazione più ragionevole e quella più coerente sul piano sistematico. L'opinione pressoché unanime della dottrina, invece, ritiene che l'autorizzazione giudiziale sia sempre necessaria, anche per il maggiorenne; tuttavia con quasi altrettanta unanimità critica questa regola con severità.

Mi sembra inconcepibile attribuire al giudice il compito di valutare che cosa sia nell'interesse di una persona maggiorenne e capace d'intendere e di volere⁵⁵: ammettere che il giudice possa decidere diversamente dall'eventuale opinione che questa stessa persona avesse – e ciò *nel suo interesse!* – mi sembra una forma assurda di paternalismo e un'offesa alla sua autodeterminazione e quindi, in generale, alla sua personalità⁵⁶. Per di più, un limite di tale portata all'autodeterminazione di un maggiorenne credo dovrebbe risultare, come minimo, da una norma inequivoca ed esplicita; la quale qui manca.

Se si guarda alla giurisprudenza della CtEDU, la formazione del rapporto giuridico di filiazione, di cui la tutela dell'identità personale è parte integrante, quando corrisponde alla verità biologica non può essere limitata per cause diverse da quelle elencate dall'art. 8 c. 2° CEDU, in primo luogo per la protezione dei diritti e delle libertà *altrui*: fra queste non rientra la protezione dell'interesse della persona stessa nella cui vita privata si registra l'ingerenza, purché sia maggiorenne e capace. Né mi sembra che l'ingerenza possa essere giustificata in nome dei principi della morale, pur menzionati nell'art. 8 c. 2° CEDU: il nuovo art. 251 c.c. precisa che si deve avere riguardo all'interesse del figlio, non alla moralità generale della società.

La norma, se interpretata nel senso di imporre l'autorizzazione giudiziale anche se il figlio è maggiorenne, mi sembra in pieno conflitto con i principi costituzionali e soprattutto con quelli della CEDU. Pertanto, per evitare una probabile dichiarazione di illegittimità costituzionale⁵⁷, la norma dovrebbe essere interpretata in modo costi-

⁵⁵ LISELLA, *Dichiarazione giudiziale di maternità e di paternità di figlio nato da relazione incestuosa e autorizzazione del giudice*, in *Fam. dir.*, 2104, 846, ben consapevole di questa obiezione, propone di ridurre in tali casi il controllo giudiziale a un semplice accertamento della volontà del figlio: così inteso, sarebbe solo una pratica burocratica del tutto inutile.

⁵⁶ Ma non è l'unica offesa di questo genere: lo è anche la previsione dell'autorizzazione del tribunale per i minorenni per la ricerca delle origini dell'adottato maggiorenne (art. 28 l. 184), offesa tanto più grave se ha già compiuto i 25 anni.

⁵⁷ L'illegittimità costituzionale della norma è argomentata in modo persuasivo da STEFANELLI, *Gradi di*

JUS CIVILE



tuzionalmente e convenzionalmente orientato. E sottolineo – come scritto poco sopra – che il tenore letterale dell’art. 251 c. 2° lo consente.

Aggiungo poi che il riconoscimento all’interessato della piena autodeterminazione è già stato enunciato come principio generale immanente nel sistema da C. cost. 494/2002, in un tempo in cui la riconoscibilità del figlio incestuoso era molto più ristretta: la dichiarazione giudiziale di paternità e maternità naturale su richiesta dei figli, che nel caso di specie erano ormai adulti da tempo, è ammessa anche se sono nati da un rapporto incestuoso, senza necessità di alcun controllo giudiziale su quanto appaia più opportuno nel loro interesse.

Per coerenza logica e sistematica, il controllo del giudice oggi previsto dall’art. 278 c.c. non può che riferirsi unicamente al caso del figlio minore. Inoltre se ha compiuto 14 anni è necessario anche che dia il consenso all’esercizio dell’azione da parte del genitore (art. 276 c. 2° c.c.).

Quanto al caso del figlio di età compresa fra i 14 e i 18 anni, mi sembra decisivo il fatto che l’art. 250 c. 2° c.c. richiede il suo assenso affinché il riconoscimento tardivo sia efficace, assenso ch’egli è interamente libero di dare o rifiutare: sul punto dell’assenso al riconoscimento egli è dunque trattato alla stessa stregua di un maggiorenne; in altre parole, limitatamente a questo atto gli è attribuita la capacità di agire di un maggiorenne. Non vedo ragioni plausibili per le quali questa regola non dovrebbe essere applicata anche al riconoscimento di cui all’art. 251: solo in tal modo il sistema presenta la necessaria coerenza logica.

accertamento e titoli costitutivi, in *La filiazione e i minori*, a cura di SASSI, SCAGLIONE, STEFANELLI, nel *Trattato Sacco di diritto civile*, Utet, 2018, 270.