



LEONARDO LENTI

Professore ordinario di Diritto privato – Università di Torino

FILIAZIONE GENETICA E INTERESSE DEL MINORE: LA ROTTA PERDUTA È PERDUTA?*

SOMMARIO: 1. *L'interesse del minore nella disciplina dello stato dei figli.* – 2. *La verità biologica e i suoi limiti.* – 3. *La priorità dell'interesse del minore e le azioni per rimuovere lo stato.* – 4. *Il disconoscimento, l'interesse del minore e il curatore speciale.* – 5. *L'impugnazione del riconoscimento.* – 6. *L'impugnazione del riconoscimento di compiacenza.* – 7. *Il rapporto conflittuale tra la verità biologica e l'interesse del minore.*

1. – C'era una volta un diritto della filiazione: era rigido e un po' burocratico, oggetto di controversie più che altro concettualistiche. Regolava con stile ottocentesco la costituzione e la rimozione del rapporto in base a elementi del tutto oggettivi: non si curava degli sconvolgimenti esistenziali che poteva produrre alle persone coinvolte, né del loro sentire.

Poi è progressivamente entrata la soggettività, si è fatto spazio alle scelte personali dell'individuo. Questa vicenda si è articolata in più tappe e ha portato a un cambiamento radicale del diritto della filiazione: è tuttora in corso e la sua direzione è tutt'altro che chiara.

La prima tappa data dal 1975: la riforma generale del diritto della famiglia ha introdotto una valutazione individualizzata dell'interesse del minore in caso di riconoscimento tardivo. Tuttavia per una decina d'anni la Corte di cassazione non ha dato alcun peso effettivo a questa novità: ha semplicemente asserito, in modo acritico, che per un minore è meglio avere due genitori che averne uno solo. Solo nel 1986 l'ha presa in seria considerazione, sulla spinta dell'attenzione alle esigenze particolari di ciascun minore, che

* *Lo scritto è destinato agli Studi in onore di Massimo Paradiso.*



sempre più intensamente connotava la giurisprudenza dei tribunali per i minorenni, cui allora apparteneva la competenza sul provvedimento di cui all'art. 250, comma 4, c.c.

Con la sentenza-trattato n. 6649 ha indicato i parametri di cui il giudice deve tener conto per decidere. È molto interessante rileggerla con l'occhio d'oggi, anche per la sua profonda assonanza con la recente C. cost. n. 127/2020. La svolta è stata però di breve durata: nel corso degli anni '90 la Corte è ritornata alla propria giurisprudenza precedente, ma aggiungendovi un'altra motivazione, diversa e destinata a un grande futuro: il diritto del genitore, rientrante nel novero dei *diritti fondamentali della persona*, di costituire il rapporto di filiazione, diritto che va assumendo un ruolo sempre più centrale nelle motivazioni. Di conseguenza, secondo l'orientamento oggi consolidato, il limite al riconoscimento tardivo, consistente nell'interesse del minore, opera soltanto in casi davvero fuori dall'ordinario.

Nel frattempo, nel 1983, la l. 184 ha aggiunto tra i legittimati attivi all'azione di disconoscimento il curatore speciale, appositamente nominato dal giudice (art. 244, comma 4°, oggi 6°), su richiesta del minore, se ha compiuto i 16 anni (oggi 14), altrimenti del pubblico ministero, cui nel 2013 è stato aggiunto l'altro genitore. Nel 1991 la Corte costituzionale, con la sentenza n. 429, ha posto una precisazione essenziale: tale nomina può aver luogo solo se è conforme all'interesse del minore.

Nel 1990 la Corte costituzionale, con la sentenza n. 341, ha stabilito che la valutazione dell'interesse del minore, prevista dall'art. 250, comma 4°, dev'essere fatta anche in caso di dichiarazione giudiziale di paternità naturale¹.

Alla fine degli anni '90 le sentenze C. cost. n. 347/1998 e Cass. n. 2315/1999 hanno stabilito l'inammissibilità del disconoscimento in caso di procreazione medicalmente as-

¹ È una sentenza – a mio avviso – errata nei principi, inutile per la tutela del minore e sciagurata per le conseguenze che ha prodotto negli anni immediatamente successivi alla sua emanazione.

È errata nei principi perché – all'opposto di quanto comunemente si legge in dottrina – ha cancellato il parallelismo tra riconoscimento tardivo e dichiarazione giudiziale, che invece prima esisteva: in caso di riconoscimento tardivo 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 consenso e il giudice non ha alcun potere di sindacato; in caso di dichiarazione giudiziale la madre esprime la medesima scelta esercitando l'azione in giudizio, ma qui il giudice ha il potere di sindacato. Introduce quindi una disparità di trattamento prima inesistente.

È inutile per la tutela del minore perché nei fatti il giudice riconosce sempre sussistente il suo interesse. Non solo, ma ha dato anche adito a tecniche difensive dei padri davvero surreali, quale quella di asserire che averli come padri sarebbe stato contrario all'interesse dei figli!

È sciagurata perché, collocando la valutazione nella fase di ammissibilità (art. 274, poi finalmente cancellato da Corte cost. n. 50/2006), ha fatto sì che i procedimenti che avevano superato la fase di ammissibilità ed erano arrivati a quella di merito, avevano dovuto retrocedere alla fase di ammissibilità, affinché vi fosse valutato l'interesse del minore; con buona pace del principio di ragionevole durata del processo.



sistita eterologa, in nome anzitutto dell'interesse del minore a conservare il rapporto giuridico di filiazione, oltre che per non premiare il «contegno ondivago» del genitore. Oggi la regola è recepita nel formante legislativo dall'art. 9, comma 1, l. n. 40/2004.

L'ultima tappa – quella che a mio avviso ha un effetto più dirompente nel sistema, perché fa cadere ogni *certezza* dello stato – è ancora in corso: l'irruzione dell'interesse del minore nelle due più importanti azioni di rimozione dello stato, il disconoscimento e l'impugnazione del riconoscimento, può portare all'esito di permetterne il rigetto nonostante risulti che non vi è discendenza genetica.

2. – La verità biologica è un principio fondante della disciplina della filiazione.

Ma che cosa si intende per verità *biologica*?

Per il maschio il significato è univoco: la derivazione *genetica*, cioè dai suoi spermatozoi, sicché *biologico* e *genetico* si identificano.

Per la femmina, invece, vi sono due diversi aspetti: la discendenza *genetica*, cioè dal suo ovocita, e la *gestazione* e il *parto*. Da quando è divenuta tecnicamente possibile la fecondazione in vitro, i due aspetti possono essere scissi: quindi la verità *di gestazione e parto* e la verità *genetica* non si possono più identificare.

È una costante storica che il principio di verità stia alla base del sistema della filiazione: più precisamente, della verità genetica per l'uomo² e della verità biologica consistente nella gestazione e nel parto per la donna. Il formante legislativo (art. 269, comma 3, c.c.) continua a ignorare la verità genetica femminile³: è rimasto immutato anche con la riforma del 2013, sicché il compito di regolare la questione spetta alla giurisprudenza.

²Non è una novità, ma una costante storica, come tutti sanno: la garanzia della discendenza genetica dal *marito-padre* è uno dei fondamenti delle regole sociali e giuridiche che nelle società europee hanno governato per millenni la famiglia patricentrica e la morale sessuale femminile. La riforma del 1975 ha avuto solo l'effetto di ampliarne l'area di applicazione, cancellando o riducendo fortemente le ragioni che in passato vi si opponevano.

³Ciò è in linea con la tradizione scientifica plurisecolare risalente ad Aristotele, che ha dominato nella cultura europea dell'era pre-microscopica, fino a metà del XVII secolo, e 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. L'embrione – secondo tale tradizione – 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 la sola funzione di accogliere il seme e di alimentarlo (causa materiale). La discendenza genetica, dunque, è solo maschile, mentre 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 fondamento culturale e sociale di una simile teoria scientifica è di tutta evidenza.



Il principio di verità è connotato da una grande *elasticità*⁴: può essere compresso in nome di altri principi, cui la società di volta in volta attribuisce un'importanza molto elevata; ma non è mai accantonato.

Così per secoli – in Italia fino al 1975 – la verità è stata limitata da tre principi. Due sono sempre ricordati: uno è la *difesa della famiglia legittima*, ragione giustificatrice della plurisecolare discriminazione verso i figli non matrimoniali e fondamento del pregresso divieto di riconoscere i figli adulterini; l'altro è il *favore per la legittimità* del figlio, fondamento dei limiti posti al disconoscimento, dell'assolutezza della presunzione di concepimento nel matrimonio e della lunghezza del suo termine, 300 giorni, eccessiva rispetto alla realtà biologica della gestazione⁵.

Il terzo di tali principi è invece raramente ricordato, ma non è meno importante: la garanzia molto ampia, seppur non completa, dell'*irresponsabilità maschile* in caso di procreazione fuori dal matrimonio, che nel XIX secolo si è molto accentuata rispetto ai secoli precedenti e che costituisce il fondamento dei tradizionali limiti all'accertamento della paternità⁶.

Benché tuttora si ripeta – troppo semplicisticamente – che nel diritto della filiazione vi sarebbe una contrapposizione secca tra il principio di favore per la legittimità, che l'avrebbe connotato prima del 1975, e il principio di verità, che l'avrebbe connotato successivamente, è indubbio che quest'ultimo continui a subire limitazioni, compressioni, anche molto forti e ampie: ma in nome di valori diversi da quelli di un tempo⁷.

⁴È come una palla, che schiacciata da una forza più o meno grande riassume poi la propria forma rotonda quando tale forza viene meno, salvo essere 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.

⁵È proprio l'intensità della discriminazione contro i figli naturali che dava un fondamento giustificativo al favore per la legittimità: evitare il rischio di negare la condizione di legittimità a un figlio che ne aveva diritto, a costo di attribuirlo in qualche caso a un figlio che non ne aveva diritto.

⁶Ai tempi del cosiddetto *ancien régime* (fino alla fine del XVIII secolo) operava in linea di massima una presunzione secondo la quale la donna che avesse avuto un figlio fuori dal matrimonio era da considerare vittima dell'inganno o della violenza; pertanto l'uomo, se identificato, era tenuto in linea generale (salvo privilegi di classe) a rimediare sposandola o dotandola. Nell'Ottocento questa sorta di presunzione era caduta: alla donna era stata riconosciuta una sufficiente capacità di autodeterminazione in materia, con la conseguenza, sfavorevole, che la violazione di un principio della morale sessuale – avere rapporti fuori dal matrimonio – era ascritta a sua *colpa* e non meritava quindi tutela. Pertanto l'uomo, cui la morale e il diritto del tempo lasciavano una libertà sessuale incomparabilmente maggiore, era in linea di massima libero da obblighi sia verso la donna sia verso il figlio che ne era nato.

⁷Nella giurisprudenza costituzionale è ormai pacifico che il principio di verità non ha una «rilevanza costituzionale assoluta», tale da sottrarlo a ogni bilanciamento: così Corte cost. nn. 272/2017 e 127/2020, sulle quali ritornerò ampiamente in seguito.



Sono molti i casi in cui oggi il principio di verità soccombe dinanzi ad altri principi.

Soccombe dinanzi al principio di priorità dell'*interesse del minore* in caso di adozione, di riconoscimento tardivo e di dichiarazione giudiziale; vi soccombe in caso di parto anonimo, ma qui è determinante anche la tutela della riservatezza e delle scelte esistenziali della madre; vi soccombe pure in caso di divieto di disconoscere il figlio nato ricorrendo alla procreazione medicalmente assistita eterologa, ma qui è determinante anche il principio di responsabilità per il fatto della procreazione e di tutela della buona fede e dell'affidamento. Soccombe infine dinanzi alla tutela della volontà della persona di diventare genitore, benché sprovvista della necessaria capacità generativa, com'è implicito nella regola stessa che ammette la procreazione medicalmente assistita eterologa.

La regola che impedisce a chiunque, tranne che al figlio stesso, di esercitare le azioni per rimuovere la paternità una volta trascorsi 5 anni dalla nascita, manifesta che il principio di verità soccombe pure davanti all'interesse del minore (in quanto tale) a conservare integri i suoi riferimenti affettivi o, più realisticamente date le circostanze, il diritto al mantenimento; e davanti all'interesse del figlio (in quanto tale) alla tutela della sua identità personale e dei suoi diritti successori⁸.

Il principio di verità, infine, soccombe dinanzi alla tutela dell'identità personale del figlio su una questione che, pur diversa dal rapporto di filiazione, vi è strettamente collegata: il diritto di conservare il cognome originario, quando sia divenuto un segno della propria identità personale in senso morale e sociale, nonostante il venir meno dello stato familiare in base al quale era stato attribuito (art. 95, comma 3, d.p.r. n. 396/2000 sullo stato civile, secondo la linea tracciata da C. cost. nn. 13/1994, 297/1996, 120/2001).

3. – L'irruzione del principio di priorità dell'interesse del minore costituisce una novità particolarmente *eversiva* dei principi consolidati – come accennato sopra – quando fa il suo ingresso nel campo delle azioni in giudizio volte a rimuovere lo stato, il disconoscimento e l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità, poiché rende lo stato soggetto a valutazioni palesemente discrezionali.

⁸ Sulla difficoltà di distinguere tra interesse del *minore* in quanto tale e interesse del *figlio* in quanto tale, ma anche sulla sua necessità di tener presente tale differenza, rinvio al mio *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 86 ss.



Per lungo tempo è stato categoricamente escluso che l'interesse del minore potesse paralizzare tali azioni, da chiunque fossero state promosse. Poi il principio che lo vuole oggetto di una considerazione prioritaria fa fatto la sua comparsa.

In un primo tempo la Corte costituzionale aveva escluso che il principio di verità si ponesse «in conflitto con il *favor minoris*, poiché anzi la verità biologica della procreazione costituisce una componente essenziale dell'interesse del medesimo minore, che si traduce nella esigenza di garantire ad esso il diritto alla propria identità e, segnatamente, all'affermazione di un rapporto di filiazione veridico»⁹. A questo modo l'interesse del minore era, sì, preso in considerazione, ma non ne derivavano conseguenze dirompenti: era identificato con la verità biologica, sicché rimuovere lo stato che non le corrispondeva era dichiarato come *di per sé* conforme al suo interesse.

Nell'ultimo quinquennio le cose sono profondamente cambiate: l'identificazione dell'interesse del minore con la verità biologica è caduta e ciò ha aperto nuovi scenari, che esporrò nei due paragrafi successivi¹⁰.

Occorre preliminarmente ricordare la differenza della legittimazione attiva alle due azioni di rimozione dello stato: al disconoscimento sono legittimati attivi il padre legale, la madre e il figlio maggiorenne, cui va aggiunto il curatore speciale; all'impugnazione del riconoscimento è legittimato attivo chiunque vi abbia un interesse di natura familiare, quindi anche il supposto padre biologico. La netta discriminazione tra figli matrimoniali ed extramatrimoniali, che ne deriva, mina fortemente il principio di eguaglianza, tanto declamato dalla riforma del 2012-2013, ed è oggetto di molte critiche in dottrina, sulle quali non è questa la sede per soffermarsi.

Per il disconoscimento l'attenzione dev'essere puntata sul caso in cui l'azione è esercitata dal curatore speciale, anzitutto sulla sua nomina e sulle sue funzioni, tenendo conto che la sua iniziativa nasce spesso da sollecitazioni del padre biologico. Per l'impugnazione del riconoscimento l'attenzione dev'essere invece puntata sul caso in cui l'azione è esercitata dal supposto padre biologico: la data la sua legittimazione attiva, la possibilità di nominare il curatore speciale, pur prevista, ha poca importanza.

⁹ Così si legge in Corte cost. n. 7/2012; nello stesso senso vd. anche Corte cost. n. 112/1997.

¹⁰ Non va sottovalutato il fatto che la recente irruzione della possibilità di attribuire un peso decisivo all'interesse del minore nelle decisioni sulle azioni volte a rimuovere il rapporto di filiazione non corrispondente alla verità biologica si presenta in molti casi interrelata con l'operatività effettiva del divieto di maternità per conto altrui posto dalla l. 40, con riguardo al caso di coppie sia eterosessuali sia omosessuali maschili; tema che però qui non tratterò, poiché dilaterrebbe a dismisura questo articolo.



4. – La questione dell'interesse del minore può incidere sul disconoscimento e sul suo esito in due diverse fasi: quella della *nomina del curatore speciale*, affinché eserciti l'azione; quella della *decisione* sull'azione di stato, una volta accertato che non vi è discendenza genetica.

Il curatore speciale è nominato dal tribunale ordinario con decreto, assunte sommarie informazioni, su richiesta del minore stesso, se ha compiuto i 14 anni; altrimenti del pubblico ministero o dell'altro genitore.

Le decisioni dell'autorità giudiziaria – tanto del pubblico ministero nel richiedere, quanto del tribunale nel nominare – sono governate dal principio di priorità dell'interesse del minore: come già detto, la richiesta e la nomina sono fatte soltanto se l'esercizio dell'azione vi corrisponde¹¹. La valutazione non dev'essere condotta in via astratta e generale, ma deve scendere nella specificità del caso, per cogliere il concreto atteggiarsi dell'interesse di *quel determinato* minore.

L'interesse del minore non è invece oggetto di alcun vaglio giudiziale se la richiesta di nominare il curatore proviene dal minore che ha compiuto i 14 anni, visto che è l'età a partire dalla quale la legge gli attribuisce in queste materie una serie di poteri decisionali autonomi¹².

La regola che nella nomina impone di tenere prioritariamente conto dell'interesse del figlio minore ha una forte incidenza, in linea di principio, anzitutto sulla posizione del padre biologico: dovrebbe consentir di evitare che, se i genitori decidono di non agire per il disconoscimento, questi possa aggirare la sua mancanza di legittimazione attiva sollecitando il pubblico ministero a chiedere la nomina del curatore, e il tribunale a nominarlo¹³, con il rischio di scompaginare, a tutto danno del minore (qui considerato *in quanto tale*, più che in quanto figlio), l'accordo raggiunto dalla coppia di restare unita e di allevarlo come figlio comune di entrambi, senza curarsi se ciò corrisponda o meno a verità biologica¹⁴.

Scorrendo la giurisprudenza, emerge che sono molti i casi nei quali la sollecitazione al pubblico ministero proviene invece dal giudice presso il quale è pendente un procedi-

¹¹ Corte cost. n. 429/1991: nel caso di specie il pubblico ministero era stato sollecitato a chiedere la nomina dal preteso padre biologico.

¹² Così Corte cost. n. 429/1991, § 4.

¹³ La nomina non è ricorribile per cassazione secondo l'art. 111 Cost., perché privo di decisorietà e definitività (così – giustamente, a mio avviso – Cass. 8617/2017). Tale ricorribilità sarebbe invece ammessa secondo Cass. 4035/1995, con evidente finalità nomofilattica.

¹⁴ Vd. il caso emblematico deciso da Cass. 4035/1995.



mento giudiziario, come quello per i provvedimenti di cui all'art. 333 e per quelli di cui all'art. 337-ter sgg., nel corso dei quali sorge il forte sospetto che lo stato del minore non corrisponda a verità biologica.

Il minore, se capace di discernimento, ha il diritto di essere ascoltato dal giudice personalmente già in questa fase del procedimento, e può così esprimere la sua posizione sulla vicenda familiare che lo riguarda. Il principio generale dell'art. 336-bis c.c. lo impone e il fatto che il codice definisca «sommarie» le informazioni da assumere in vista della decisione non vale a escluderlo. Se il figlio, informato delle possibili conseguenze che potrebbero derivare dalla nomina, dichiara il suo interesse a mantenere la paternità legale con la quale è cresciuto, e nel contempo il padre legale e la madre, che dovrebbero essere anch'essi sentiti, dichiarano di condividere tale scelta, la nomina non dovrebbe essere fatta, in quanto contraria al suo interesse.

Tuttavia per molti anni è spesso accaduto che tra le «sommarie informazioni» da assumere (art. 244, comma 6) non fosse compreso l'ascolto del minore, neppure se capace di discernimento, con la conseguenza di una nomina compiuta senza gli opportuni accertamenti individualizzati sul suo interesse.

Apro qui una breve parentesi sulla figura del curatore del minore. In tutti i procedimenti che coinvolgono il minore la sua funzione non è, né dovrebbe essere, meramente burocratica. Ha il preciso dovere di cercar di instaurare una relazione diretta con il minore, quanto più possibile empatica, che ispiri a quest'ultimo fiducia in lui. Deve informarlo sulla vicenda processuale e sulle sue possibili conseguenze; deve dargli tutte le spiegazioni opportune affinché raggiunga la massima consapevolezza possibile della situazione in cui si trova e di quella in cui potrà trovarsi al termine del giudizio (art. 10 Conv. Strasburgo 1996 sull'*esercizio dei diritti dei minori*, ratificata con l. n. 77/2003). Inoltre, e soprattutto, ha il delicato compito di cercar di conoscerne e interpretarne le opinioni e le aspirazioni, i desideri e le paure, i sentimenti e le emozioni su tutte le questioni in discussione nel procedimento giudiziario per il quale è stato nominato: in linea di massima deve ispirare la sua condotta processuale a farle valere, salvo ciò sia di sicuro pregiudizio per il minore¹⁵.

¹⁵ L'art. 2, comma 2 della Convenzione ONU sui diritti del minore (1989) stabilisce che «gli Stati parti adottano tutti i provvedimenti appropriati affinché il fanciullo sia *effettivamente tutelato* contro ogni forma di discriminazione o di sanzione motivate dalla condizione sociale, dalle attività, *opinioni professate o convinzioni* dei suoi genitori, *dei suoi rappresentanti legali* o dei suoi familiari» (corsivi miei). Leggendo questa norma in connessione con l'art. 12, comma 1 della stessa Convenzione sul diritto di esprimere liberamente la propria opinione, emerge il ruolo che la Convenzione attribuisce all'opinione del minore capace di



Il curatore non deve mai ridursi a svolgere, nei fatti, una funzione sostanzialmente diversa da questa. Ne tradirebbe gravemente lo spirito, se la interpretasse invece come solo burocratica e formale, oppure – il che è peggio e non è affatto raro – come una sorta di mandato pressoché imperativo conferitogli dall’autorità giudiziaria, quasi agisse “nell’interesse della legge” allo scopo di far trionfare la verità genetica¹⁶.

Quando il curatore è nominato e si giunge quindi al processo per il disconoscimento, è importante tener conto dell’assetto degli interessi contrapposti, coinvolti nella controversia giudiziaria: non è affatto indifferente quale sia la *persona che agisce* in giudizio e quale sia la *condotta processuale* delle parti¹⁷.

Il conflitto d’interessi tra i genitori legali e il figlio minore, da una parte, e il curatore che dovrebbe rappresentare quest’ultimo, dall’altra, emerge ben chiaro quando nel corso dell’azione di disconoscimento esercitata dal curatore del minore, cui si oppongono sia la madre sia il padre legale, quando viene finalmente il momento in cui il minore è ascoltato e dichiara il suo desiderio di mantenere la paternità legale con la quale è cresciuto. Dietro al curatore fanno evidentemente capolino due soggetti privi di legittimazione attiva, il preteso padre biologico, il cui intento è rimuovere l’ostacolo al proprio riconoscimento, e il pubblico ministero, il cui intento potrebbe solo essere quello di garantire la verità genetica, nel presupposto che ciò corrisponda a un interesse pubblico generale. Sono casi in cui è evidente che la nomina del curatore non avrebbe dovuto aver luogo, perché contraria all’interesse del minore: ci si trova dinanzi, infatti, a una famiglia che appare unita, nella quale entra, a scompagnarla, l’azione di un estraneo, il curatore¹⁸. Il quale però, in linea di principio astratto, non dovrebbe tenere la condotta che ci si può aspettare da un estraneo, essendo il soggetto che ha il compito legale di rappresentare il minore e di far valere la sua voce, il suo interesse.

I casi in cui l’azione di disconoscimento è esercitata dal curatore, il padre legale ne chiede il rigetto e il figlio dichiara che non intende affatto *cambiare* padre erano assai improbabili ancora due decenni fa, ma negli ultimi anni incominciano a ricorrere in giurisprudenza con qualche frequenza. Sono casi in cui la nomina del curatore speciale ha

discernimento: è *prioritario* rispetto all’opinione del suo rappresentante legale, tanto più se si tratta di persona diversa dai suoi genitori.

¹⁶ E in altri casi per affiancare il pubblico ministero e rafforzarne la posizione, in piena sintonia con lui: merita di essere segnalato che nella gran maggioranza dei procedimenti per l’adottabilità il curatore o il tutore provvisorio del minore sostengono la necessità di pronunciare l’adottabilità e se non è pronunciata è frequente che impugnino. Una tale costanza statistica mi sembra sospetta.

¹⁷ Lo sottolinea anche Cass. 8617/2017.

¹⁸ Lo evidenzia App. Bologna, 27 marzo 1993, ined., ma confermata da Cass. 4035/1995.



avuto luogo in base ad accertamenti evidentemente troppo astratti e superficiali; e comunque senza ascoltare il figlio. Poi però, nella fase del merito, tale nomina appare gravemente improvvida per il bene del figlio minore: ciò anzitutto a causa della sua decisa opposizione, emersa finalmente al momento del suo ascolto e proprio grazie a questo, e non certo grazie alla formale rappresentanza del curatore.

Quando la vicenda giunge a questo punto, i rimedi astrattamente ipotizzabili per dare un rilievo decisivo al suo interesse mi sembrano due: quello di prevedere che l'azione possa essere respinta solo in nome dell'interesse del minore, la cui valutazione è affidata alla prudente discrezionalità del giudice; e quello di ammettere che nella fase di merito si possa rinnovare la valutazione fatta al momento della nomina del curatore, se il disconoscimento corrisponde o meno all'interesse del minore.

Un recente orientamento di parte della giurisprudenza di cassazione accoglie questo secondo rimedio: premesso che la legittimazione attiva del curatore ha fondamento nella tutela dell'interesse del minore e che è stabilita da un provvedimento condizionato alla clausola *rebus sic stantibus*, la relativa valutazione dev'essere rinnovata nel corso del procedimento di merito, quanto meno al fine di accertare se sia ancora sussistente. Pertanto se il disconoscimento risulta essere contrario all'interesse del minore, l'azione non può essere accolta perché la legittimazione del curatore si considera venuta meno¹⁹.

L'introduzione del termine di 5, trascorsi i quali il disconoscimento può essere proposto se non dal figlio stesso, rende questi casi statisticamente marginali per il futuro; ma per qualche anno ancora relativamente frequenti.

5. – La legittimazione attiva a impugnare il riconoscimento è attribuita a chiunque vi abbia un interesse di natura familiare: quindi anche al preteso padre genetico. Questi può dunque agire direttamente e personalmente, a differenza del disconoscimento. Qui dunque manca il filtro dell'interesse del minore, che in caso di disconoscimento opera al momento della decisione sulla nomina del curatore.

¹⁹ In questo senso vd. Cass. 26767/2016, che ripercorre ampiamente l'evoluzione in materia della giurisprudenza di legittimità degli ultimi anni, seguita da Cass. 8617/2017; vd. in senso opposto Cass. 4020/2017, che ritiene tale interpretazione «priva di basi normative». Vd. inoltre Trib. Como, 13 marzo 2019, che sceglie un'altra via: nonostante il disconoscimento, azionato dal curatore speciale in pendenza della separazione giudiziale della coppia e motivato da dichiarazioni ivi fatte della madre, decide – vista l'indiscussa grave inadeguatezza di costei – di affidare la figlia al servizio sociale con collocazione presso il padre d'affetti, anche se non più legalmente tale, e gli suggerisce di adottarla come figlia del proprio coniuge (art. 44, comma 1, lett. b, l. n. 184).



Anche qui, come per la legittimazione attiva alle due azioni di rimozione dello stato, emerge un evidente fondo di favore per la famiglia matrimoniale, nonostante le parole tante volte declamate: la sua intimità è infatti protetta contro le intrusioni provenienti da un terzo molto meglio di quanto sia protetta l'intimità della famiglia non matrimoniale. Ciò è incoerente non solo con il principio dell'unicità dello stato di figlio, ma anche con l'operazione – di valore più che altro psico-lessicale – di cancellare le qualifiche di *legittima* e di *naturale* che comparivano nei testi normativi come attributi della parola *famiglia*, compiuta dal d.lgs. n. 154.

Pur in mancanza di un filtro espressamente previsto dalla legge, a fine anni '80 si è formato un orientamento – derivante, almeno inizialmente, da un mero concettualismo processualistico – che finiva con il raggiungere un risultato simile a quello descritto nel paragrafo precedente per il disconoscimento: era asserita la necessità di provare l'*assoluta impossibilità* della discendenza genetica, dunque una prova particolarmente rigorosa²⁰. Ne conseguiva che il rifiuto del minore di sottoporsi alla prova dei marcatori del DNA, spalleggiato dalla madre, non aveva il medesimo peso decisivo a sfavore delle sue pretese che aveva nelle altre azioni di stato, in particolare nel disconoscimento e nella dichiarazione giudiziale di paternità.

Questo orientamento è stato abbandonato di recente: è stato giustamente definito «anomalo ed eccentrico rispetto all'altra giurisprudenza sulle azioni di stato»²¹ e incompatibile sul piano logico con i principi che sottostanno al nuovo art. 263. Dovrebbe conseguire che anche in caso di impugnazione del riconoscimento il rifiuto ha valore di prova, per lo più decisiva, contro chi lo oppone, salvo motivi gravissimi (art. 116, comma 2, c.p.c.). I primi sviluppi di questo nuovo orientamento non sembra però abbiano effettivamente modificato l'esito del processo, ma solo la motivazione della decisione. Il rifiuto del minore, se capace di discernimento, di sottoporsi alla prova genetica è infatti ritenuto giustificato con una larghezza ben maggiore di quella consueta nelle altre azioni di stato, ma con un argomento diverso da quello precedente: con il suo interesse a non veder turbata la propria condizione esistenziale²².

A questo modo l'esito del giudizio finisce con l'essere molto simile a quello che sarebbe derivato dall'orientamento precedente, pur con una motivazione diversa. Ed è anche sostanzialmente analogo, pur percorrendo una via tecnicamente del tutto diversa, al-

²⁰ Vd. tra le molte Cass. 17970/2015, 17095/2013, 10585/2009.

²¹ Così per prima Cass. 1859/2016, seguita da Cass. 30122/2017, 18140/2018.

²² Vd. Cass. 18140/2018 e 4791/2020.



l'esito che deriva dall'orientamento accennato nel paragrafo precedente a proposito del disconoscimento azionato dal curatore speciale.

6. – In questo quadro legislativo e giurisprudenziale ha fatto irruzione la recentissima C. cost. n. 127/2020, che riguarda un caso particolare, che continua a ricorrere con una qualche frequenza, benché molto minore che in passato: quello del riconoscimento scientemente falso, tradizionalmente detto *riconoscimento di compiacenza*.

In forza del principio codicistico secondo il quale il riconoscimento deve corrispondere a verità, le norme di legge non distinguono tra il caso in cui l'autore del riconoscimento non è consapevole della sua falsità e il caso in cui ne è consapevole, ma ciononostante lo effettua²³: la sua impugnazione è pertanto ammessa comunque, con la conseguenza patrimoniale che la legge, permettendo all'uomo di liberarsi del rapporto di filiazione²⁴, gli permette di liberarsi anche dall'impegno di mantenere il figlio.

La Corte costituzionale, con la sentenza 127/2020, in assonanza con i principi indicati nella precedente sentenza 272/2017²⁵ afferma che la falsità del riconoscimento, almeno nel caso in cui sia certamente consapevole, non impone l'accoglimento dell'impugnazione: «il bilanciamento tra il concreto interesse del soggetto riconosciuto e il favore per la verità del rapporto di filiazione – afferma – non può costituire il risultato di una *valutazione astratta e predeterminata* e non può implicare *ex se* il sacrificio dell'uno in nome dell'altro. L'esigenza di operare una razionale comparazione degli interessi in gioco, alla luce della *concreta situazione dei soggetti coinvolti*, impone al giudice di tenere conto di tutte le *variabili del caso concreto*, sotteso alla domanda di rimozione dello status» (§ 4.3 della sentenza, corsivi miei), fra le quali vi sono «sia il legame del soggetto riconosciuto con l'altro genitore, sia la possibilità di instaurare tale legame con il genitore biologico, sia la durata del rapporto di filiazione e del consolidamento della condizione identitaria acquisita per effetto del falso riconoscimento [...], sia, infine, l'idoneità dell'autore del riconoscimento allo svolgimento del ruolo di genitore». L'identità perso-

²³ Anche se potrebbe integrare i reati di falso ideologico (art. 483 c.p.) o di alterazione di stato (art. 567 c.p.).

²⁴ Vd. Cass. 5886/1991 e da ultima Cass. 30122/2017. Segnalo qualche raro precedente in senso opposto: Trib. Civitavecchia, 23 febbraio 2009, in *Giur. it.*, 2009, 2205, e Trib. Roma, 17 ottobre 2012, in *NGCC*, 2013, I, 349, con nota di M.G. STANZIONE.

²⁵ Vd. inoltre, nello stesso senso, Cass. 4791/2020, cit.



nale del figlio, dunque, è fondata non solo sul dato biologico, ma anche sui legami affettivi e personali sviluppati nella famiglia²⁶.

Anche qui dunque, come per il disconoscimento (vd. § 13[®]), l'accertata mancanza del legame genetico non dovrebbe portare necessariamente ad accogliere la domanda, ma imporrebbe al giudice di operare il bilanciamento descritto sopra, ispirandosi alle variabili indicate dalla Corte.

Anche qui, come per il disconoscimento, l'introduzione del termine di 5, trascorsi i quali l'impugnazione del riconoscimento non può più essere proposta se non dal figlio stesso, rende questi casi statisticamente marginali per il futuro; ma per qualche anno ancora relativamente frequenti.

7. – L'interesse del minore sembra così assurgere a un'importanza tale da impedire che le azioni di rimozione dello stato siano accolte, nonostante sia accertata che manca la discendenza genetica. La spinta forse decisiva in tal senso viene dal crescente peso attribuito dal diritto – di fonte legislativa e giurisprudenziale, interna e internazionale – all'*autodeterminazione del minore* interessato, purché sia abbastanza maturo per compiere le scelte fondamentali di vita sulle questioni di carattere personale.

Il giudice può così assecondare la sua eventuale volontà di mantenere la relazione giuridica con il padre legale, purché espressa in modo fermo e chiaro al momento dell'ascolto; e purché sia da costui condivisa, opponendosi al disconoscimento e all'impugnazione del riconoscimento. Come si vede l'*ascolto* del minore capace di discernimento – prescritto in via generale da più norme, tra le quali spicca l'art. 336-*bis* c.c. – oltre che legalmente indispensabile, finisce in questi casi con l'assumere, nei fatti, un valore *determinante*.

Ciò è logicamente coerente con il principio che ammette la conservazione del cognome nonostante il venir meno dello stato familiare dal quale deriva (art. 95, comma 3, d.p.r. n. 296/2000); anzi, che ne è un'importante estensione, perché a questo modo non solo è possibile conservare il cognome, ma diviene possibile conservare anche lo stato stesso.

²⁶ Sottolineo ancora la somiglianza tra queste affermazioni e quelle contenute in Cass. 6649/1986, sull'interesse del minore in caso di mancato consenso al riconoscimento tardivo: Corte cost. n. 127/2020 potrebbe innescare una rivisitazione dell'orientamento giurisprudenziale ormai consolidato sull'art. 250 c. 4°, dando un maggior peso all'interesse del minore a conservare la propria condizione familiare monogenitoriale, se corresse il rischio di essere turbata in modo rilevante dal secondo riconoscimento, come stabilito dalla sentenza 6649.



Tutto ciò produce – a mio avviso – una rilevante lesione del principio di certezza del diritto in materia di stato delle persone. Mi sembra che si stia navigando in una gran tempesta e che non si disponga di strumenti di orientamento sicuri e, soprattutto, largamente condivisi. Con queste parole non intendo esprimere un giudizio di valore negativo su quanto sta accadendo: oggi non mi sentirei proprio farlo. Ma intendo solo esprimere l'incertezza e la confusione che mi vedo davanti.

Questa sensazione di incertezza e confusione è confermata anche dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Dietro ai proclami sulla priorità dell'interesse del minore, costantemente ripetuti con enfasi, emergono regole operative non univoche, che mi sembra ne diano differenti configurazioni; e soprattutto che, nel necessario bilanciamento con i diritti e gli interessi dei padri biologici, giungano a risultati assai diversi fra loro. Emblematiche sono le conclusioni, in buona sostanza opposte, cui giungono due note sentenze in materia, spesso richiamate come precedente: *Ahrens c. Germania* (2012) e *Mandet c. Francia* (2016), entrambe a proposito dell'impugnazione di un riconoscimento che era molto probabile fosse consapevolmente falso²⁷.

Nel caso *Ahrens* si tratta di una neonata, sicché il suo ascolto è ovviamente escluso. Questi i fatti: la figlia nasce qualche mese dopo l'inizio di una convivenza, è riconosciuta dal convivente della madre prima della nascita e vive con loro; pochi mesi dopo un uomo – un *ex* della madre – impugna il riconoscimento: la prova biologica, rinviata più volte per la condotta della madre e del padre legale, lo indica come padre genetico. L'azione è giudicata inammissibile, perché il diritto tedesco ammette l'impugnazione del padre biologico solo se concorrono queste circostanze: una dichiarazione giurata di aver avuto rapporti sessuali con la madre nel periodo del concepimento, la formazione di un rapporto di fatto con il figlio e la completa assenza di rapporti di fatto tra il padre legale e il figlio (§ 1600 *abs.* 1° n. 2 e *abs.* 2° *BGB*): nel caso di specie mancavano il secondo e il terzo requisito.

La Corte ha escluso che l'inammissibilità dell'impugnazione fosse un'interferenza indebita nella vita familiare, poiché questa non si era mai formata, dato che la relazione tra la madre e il padre biologico aveva «natura puramente sessuale» e non intendeva dare vita a un nucleo familiare (§ 59). Eppure in altre sentenze la Corte aveva considerato leso – pur «eccezionalmente» – il diritto alla vita familiare anche se questa non si era potu-

²⁷ Sono entrambe della 5ª sez. della Corte ed è rilevante che l'unico giudice presente in entrambi i collegi (Nussberger) abbia assunto la stessa, coerente, posizione: favorevole nella sentenza *Ahrens*, dissenziente, con un'ampia opinione, nella sentenza *Mandet*. Ciò evidenzia come si tratti di due decisioni di segno davvero opposto.



ta sviluppare per motivi estranei alla volontà del ricorrente (vd. *Anayo c. Germania*, 2010, e *Pini e altri c. Romania*, 2004). Quanto all'interferenza nella vita privata del padre – unica vita privata presa in considerazione – la Corte premette che si deve distinguere tra il diritto di instaurare con la figlia un rapporto di fatto e il diritto di costituire il rapporto giuridico. Le sue ripetute affermazioni secondo le quali la formazione di un rapporto di fatto dev'essere sempre garantita, salvo sia contrario all'interesse del minore coinvolto nella vicenda, non implicano che debba essere altrettanto garantita pure la costituzione del rapporto giuridico: il margine di apprezzamento lasciato agli Stati in proposito è ampio, data la differenza tra le loro legislazioni (§ 75). Nel caso di specie l'esistenza di un saldo legame familiare tra il padre legale e la bambina, che per il diritto tedesco preclude l'impugnabilità del riconoscimento, costituisce un'ingerenza *giustificata* nella vita del padre genetico.

Nel caso *Mandet* si tratta di un bambino in età preadolescenziale (10 anni), il cui ascolto in linea di principio dovrebbe invece avere un peso rilevante nella decisione. Questi i fatti: il bambino nasce 2 mesi dopo il divorzio dei genitori (che hanno già altri 3 figli comuni); dopo 1 anno l'ex marito della madre lo riconosce, il nucleo familiare si ricostituisce e poco dopo la coppia si risposa; 9 anni dopo la nascita, il probabile padre genetico impugna in giudizio il riconoscimento – come l'ordinamento francese gli consente – e ne ottiene l'annullamento, nonostante l'opposizione del padre legale: la motivazione principale indica come interesse prioritario del figlio minore la verità biologica, nonostante quest'ultimo, ormai decenne, avesse dichiarato al suo curatore e al giudice in forma scritta – non era stato possibile sentirlo perché la famiglia viveva all'estero – di non voler modificare il proprio stato.

La Corte ha escluso che l'annullamento fosse un'interferenza indebita nella vita familiare del minore e della sua famiglia, cioè della relazione di fatto tra figlio, madre e marito, grazie al fatto che il minore era rimasto a vivere con loro (§ 58). Quanto alla relazione giuridica, ha condiviso l'operato dell'autorità giudiziaria francese, affermando che vi è *coincidenza* tra il diritto del padre biologico di effettuare il proprio riconoscimento, previa rimozione dello stato di figlio dell'altro uomo, e l'interesse del figlio minore alla verità genetica (§ 57). Una simile valutazione del suo interesse è evidentemente *astratta*, come mette bene in evidenza l'opinione dissenziente (§ 10), ed è in conflitto con le costanti declamazioni della Corte, secondo le quali l'interesse del minore, invece, dovrebbe essere sempre valutato *in concreto*. Così facendo, mi sembra che la Corte tuteli in realtà il diritto dell'adulto, senza curarsi del benessere di *quel* minore: proprio al contrario di quanto deciso nella sentenza *Ahrens*.

JUS CIVILE



L'orientamento della sentenza *Mandet* è stato poi sostanzialmente accolto anche nelle sentenze *L.D. e P.K. c. Bulgaria* (2017) e *Koychev c. Bulgaria* (2021), sicché mi sembra vada stabilizzandosi.

Guardando al diritto vivente italiano, tale orientamento – che privilegia in modo forte il dato genetico – mi pare vada in direzione opposta rispetto all'orientamento che emerge dalla sentenza 127/2020 della Corte costituzionale e si ricolleggi piuttosto a quello di C. cost. nn. 112/1997 e 7/2012.

L'incertezza e la confusione sono dunque grandi: tutto sta cambiando e non vedo mete chiare e condivise verso le quali andare, ma solo un vagare or qua e or là, sulla spinta turbinosa e cangiante dai venti. La rotta, al momento, mi sembra perduta.